

BVGer B-6922/2017 vom 26. April 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-04-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6922_2017

FR: TAF B-6922/2017 du 26 avril 2018

IT: TAF B-6922/2017 del 26 aprile 2018

Regeste

Entraide administrative internationale

Erwägungen

E. 1.1

À teneur de l'art. 42a al. 6 LFINMA (RS 956.1), la décision de la FINMA de transmettre des informations à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix 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 PA accordant l'assistance administrative à une telle autorité. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

E. 1.2

Les requérants, qui ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement atteints 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. 1.3

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. 42a al. 6 LFINMA, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

E. 2

À teneur de l'art. 42 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance 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 l'exécution des lois sur les marchés financiers 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 par 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 confidentialité).

E. 3

Les requérants font valoir une violation de leur droit d'être entendus, plus exactement de celui de consulter le dossier, incompatible avec les principes du procès équitable et d'égalité des armes. Ils reprochent à la FINMA de ne pas leur avoir transmis la requête d'entraide, le courriel de E._____ Ltd du 31 octobre 2014 ainsi que le contenu de l'entretien

téléphonique dans lequel l'AMF a confirmé à la FINMA qu'elle poursuivait son enquête.

E. 3.1

Le droit d'être entendu figure à l'art. 29 al. 2 Cst. ainsi qu'à l'art. 29 PA et comprend en particulier le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier. Ce droit est concrétisé, s'agissant de la procédure administrative, aux art. 26 ss PA. Le droit de consulter le dossier s'étend à tous les actes essentiels de la procédure, soit ceux ayant servi de base à la décision litigieuse (cf. ATF 121 I 225 consid. 2a). À titre d'exception, l'art. 27 al. 1 PA donne à l'autorité le droit, à certaines conditions, de refuser la consultation des pièces ; ce refus ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). Selon l'art. 28 PA, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. En matière d'entraide administrative, le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'art. 27 PA ne pouvait être invoqué afin de dénier l'accès de manière générale aux requêtes d'entraide comme le requiert l'art. 11 let. a de l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) (cf. ATAF 2012/19 consid. 5 s.). L'art. 42a al. 3 LFINMA a dès lors été adopté comme base légale permettant de restreindre de manière standard le droit de consulter la correspondance avec les autorités étrangères afin de se conformer au MMoU. L'art. 28 PA est réservé pour que les clients puissent tout de même exercer leurs droits procéduraux. Dans pareil cas, la FINMA fonde sa décision quant à la transmission d'informations uniquement sur les éléments qui ont été communiqués au client concerné oralement ou par écrit et sur lesquels il a eu l'occasion de s'exprimer (cf. Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235, 7368 s.). L'art. 42a al. 3 LFINMA constitue dès lors une *lex specialis* par rapport à l'art. 27 PA puisqu'il permet à la FINMA, de manière générale, de garder secrète la correspondance avec des autorités requérantes comme le prévoit le MMoU. Il ressort de la teneur de cet article que la FINMA peut non seulement refuser la consultation de la requête d'entraide mais également d'autres échanges avec l'autorité étrangère intervenus dans le cadre de la procédure.

E. 3.2

En l'espèce, la FINMA n'a pas transmis aux recourants la version originale de la requête mais en a repris le contenu essentiel dans ses courriers du 16 mars 2017. Il s'avère à la lecture de ces documents que la FINMA a repris mot pour mot le texte de la requête en caviardant le numéro de compte du recourant auprès de G. _____ SA dans la version envoyée à la recourante. Le courriel de E. _____ Ltd du 31 octobre 2014 joint à la requête de l'AMF ainsi que les échanges, par téléphone et courriel, entre la FINMA et l'AMF concernant la poursuite par cette dernière de son enquête font également partie de la correspondance tombant sous le coup de l'art. 42a al. 3 LFINMA ; la FINMA en a aussi communiqué le contenu essentiel aux recourants. Ceux-ci ont par la suite eu l'opportunité de se prononcer à ce sujet. Partant, les exigences fixées à l'art. 28 PA et, par conséquent, à l'art. 42a al. 3 LFINMA sont respectées. Enfin, les recourants se méprennent lorsqu'ils déclarent que le refus de donner accès à certaines pièces s'applique également au Tribunal de céans. D'une part, seules les personnes bénéficiant de la qualité de partie peuvent se prévaloir du droit d'accès au dossier - comme de tous les éléments du droit d'être entendu - et non pas les autorités et les tribunaux ; il en va logiquement de même des restrictions de ce droit comme

celle de l'art. 27 PA. D'autre part, on voit mal comment le bienfondé de l'application de cet article ainsi que le respect de l'art. 28 PA par une autorité administrative telle que la FINMA peuvent être soumis à un contrôle juridictionnel sans que l'autorité de recours ne puisse prendre connaissance des pièces concernées.

E. 3.3

Il découle de ce qui précède que le refus de la FINMA de donner aux recourants accès aux pièces susmentionnées ne viole pas leur droit d'être entendus.

E. 4

De jurisprudence constante, l'AMF est considérée comme une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 42 al. 2 LFINMA à laquelle l'entraide administrative peut en principe être accordée dans la mesure où elle satisfait aux conditions fixées à cet article (cf. arrêt du TAF B-741/2016 du 13 mai 2016 consid. 3.1). Les recourants déclarent cependant qu'en vertu de la législation française, soit l'art. L.465-3-6 du Code monétaire et financier, l'AMF n'a plus le droit de signifier des griefs au recourant en raison d'une procédure pénale portant sur les mêmes faits de sorte qu'elle ne peut pas non plus requérir l'assistance de la FINMA dans le cadre de cette enquête. Par ailleurs, ils contestent le respect par cette autorité du principe de la spécialité en ce qui concerne le recourant au motif que l'AMF aurait transmis des informations à son sujet aux autorités pénales et fiscales.

E. 4.1

Le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion - dans des affaires comparables au cas d'espèce - de dire que le fait pour l'AMF de ne pouvoir notifier des griefs ne signifiait pas pour autant qu'elle devait interrompre toute enquête. Dans la mesure où l'autorité requérante avait en outre déclaré à la FINMA qu'elle poursuivait son enquête, il n'y avait pas lieu de lui nier la compétence de requérir l'entraide (cf. arrêt du TAF B-5099/2017 du 20 décembre 2017 consid. 3 et la réf. cit.). En l'espèce, il en va de la sorte dès lors que l'AMF a informé la FINMA par courriel et téléphone qu'elle continuait la procédure. D'ailleurs, selon les recourants, la demande de l'AMF couvre une période plus longue et concerne d'autres comptes que ceux ayant fait l'objet d'une demande d'entraide internationale adressée le 14 novembre 2014 par l'autorité pénale française au Ministère public de la Confédération en lien notamment avec les transactions sur le titre C._____ ; ces renseignements sont donc susceptibles d'orienter l'enquête de l'AMF vers d'autres faits et personnes que ceux sur lesquels l'autorité pénale mène sa procédure. Par conséquent, il ne peut être conclu que l'AMF n'est plus autorisée à enquêter sur cette affaire et a fortiori, à requérir l'assistance administrative de la FINMA.

E. 4.2

S'agissant du respect du principe de la spécialité, et quoi qu'en disent les recourants, il ne ressort pas du dossier que les autorités pénales et fiscales françaises aient reçu de l'AMF des informations obtenues au travers de l'entraide administrative sollicitée auprès de la FINMA. En particulier, rien dans les pièces mentionnées par les recourants n'indique que les informations proviennent de la FINMA ; il s'agit au contraire généralement de renseignements collectés directement par l'AMF. Le fait qu'elle leur transmette d'autres renseignements - dont ceux provenant d'autorités de surveillance des marchés financiers de pays tiers tels que les informations reçues de Grande-Bretagne en l'espèce - n'est pas pertinent puisque le principe de la spécialité ne s'étend qu'aux informations livrées par la

FINMA. Qui plus est, comme elle le fait de manière systématique dans ses décisions en matière d'entraide administrative internationale, la FINMA demande à l'AMF de respecter le principe de la confidentialité (ch. 2, 1ère phrase du dispositif) et attire son attention sur le fait que les informations et documents communiqués peuvent être utilisés exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou retransmis, à cet effet uniquement, à d'autres autorités, tribunaux ou organes (ch. 2, 2e phrase du dispositif), conformément au principe de la spécialité ancré à l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA. La 3e phrase du ch. 2 du dispositif peut cependant prêter à confusion : la FINMA y signale expressément à l'AMF que, aux termes de l'art. 42 LFINMA, la transmission de ces informations à d'autres fins à des autorités pénales n'est possible qu'avec son accord explicite. Cette phrase correspond en partie à l'al. 5 de l'art. 42 LFINMA en vertu duquel la FINMA 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'art. 42 al. 2 let. a LFINMA, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. La précision "à des autorités pénales" ne figure généralement pas dans la teneur des chiffres topiques des dispositifs des décisions en la matière. Cet ajout peut laisser croire que la transmission à des autorités non pénales à d'autres fins que celle de l'exécution des lois sur les marchés financiers serait licite ; or, tel n'est pas le cas. En effet, une retransmission des informations dans d'autres buts, notamment à des fins fiscales, reste interdite même après l'abolition du principe du long bras sous l'empire de l'ancien art. 38 al. 2 LBVM qui régissait l'entraide dans le domaine de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières (RO 2006 197 ; cf. 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, FF 2004 6341, 6357) ; l'entrée en vigueur de l'art. 42 al. 2 LFINMA qui correspond dans une large mesure à l'ancien art. 38 al. 2 LBVM n'a rien changé à cette situation (cf. Message du conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235, 7362 s.). Afin d'éviter toute ambiguïté, le ch. 2 du dispositif doit dès lors être modifié d'office en supprimant dans sa 3e phrase la mention des autorités pénales. Ce changement demeure sans conséquence sur l'issue du litige. Par ailleurs, la FINMA ne peut s'exonérer de toute responsabilité dans la surveillance du respect du principe de la spécialité en indiquant qu'elle n'a pas à contrôler l'usage que font d'autres autorités - destinataires indirectes - des informations qui leur parviennent par le biais de l'entraide qu'elle a octroyée à l'AMF. Si la FINMA devait constater que de telles informations sont divulguées à des autorités tierces à d'autres fins que celle de la surveillance des marchés financiers, notamment à des fins fiscales, elle devra alors interrompre l'entraide avec l'autorité en question ou exiger des garanties supplémentaires.

E. 4.3

Il découle de ce qui précède que l'AMF remplit les conditions à l'octroi de l'entraide.

E. 5

Il reste à examiner si la décision respecte le principe de la proportionnalité. Les recourants déclarent que tel n'est pas le cas dès lors que l'AMF dispose déjà des informations requises. Ils critiquent en outre le choix selon eux arbitraire de la période pour laquelle les renseignements sont demandés. Ils mettent en cause l'implication de la recourante dans l'affaire. Ils ajoutent que l'AMF ne s'intéressait qu'aux débits intervenus sur les comptes bancaires de sorte que les mouvements sur les comptes de dépôts de titres ne doivent pas

être transmis. Enfin, ils estiment que les versements en faveur de leurs avocats sont couverts par le secret professionnel et doivent être caviardés.

E. 5.1

Aux termes de l'art. 42 al. 4, 2^e phrase LFINMA, 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). L'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite notamment lorsque les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement inhabituel du marché ou la publication d'informations jusqu'ici tenues secrètes (cf. arrêt du TAF B-520/2017 du 1^{er} mai 2017 consid. 3 et les réf. cit.). 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 apparait 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).

E. 5.2

En l'espèce, il ressort de l'état de fait présenté par l'autorité requérante que des CFD portant sur les actions C._____ ont été achetés pour le recourant au travers de son compte auprès de E._____ Ltd peu avant les rumeurs et l'annonce de la fusion entre D._____ et C._____ et ont été revendus juste après avec une plus-value de presque 1.6 millions d'euros. Il appert dès lors que les transactions en question ont eu lieu dans un bref laps de temps très proche de l'annonce qui a eu un effet important sur le cours de l'action C._____ et par conséquent sur la valeur des CFD. Une telle proximité temporelle permet de retenir l'existence d'un soupçon initial suffisant. Le fait que l'AMF ait déjà reçu certaines informations de l'autorité britannique de surveillance des marchés financiers ne rend pas redondante ou inutile la requête déposée auprès de la FINMA ; en effet, cette requête doit permettre de compléter les informations obtenues par des renseignements que seule la FINMA peut se procurer. Quant à la période choisie, allant du mois où la première transaction litigieuse a eu lieu jusqu'à environ six mois après le transfert par le recourant de ses avoirs de E._____ Ltd à G._____ SA, elle semble adéquate puisqu'elle est susceptible de livrer des informations sur d'éventuels fournisseurs ou destinataires de fonds liés à la transaction sur le titre C._____ ; cette période ne peut aucunement être qualifiée d'exagérée. À cet égard, il ne peut être exigé de l'autorité requérante, comme les recourants semblent le demander, qu'elle démontre que la plus-value réalisée grâce aux opérations litigieuses ait été transférée du compte du recourant chez E._____ Ltd à celui auprès de G._____ SA ou qu'elle mentionne déjà à ce stade le nom d'autres initiés puisque c'est justement les informations qu'elle recherche au travers de l'entraide. Les recourants se prévalent implicitement de la qualité de tiers non impliqué au sens de l'art. 42 al. 4, 3^e phrase LFINMA afin de faire obstacle à la transmission des informations les concernant :

dans le cas du recourant parce que F._____ SA prenait les décisions d'investissement pour son compte ; dans le cas de la recourante car le compte bancaire ouvert à son nom n'a jamais servi à effectuer des transactions sur le titre C._____. S'agissant du premier, attendu que son compte a servi à l'exécution des transactions en cause et qu'il ne réfute pas de manière concrète et plausible des indices éventuels de son implication, il ne peut être considéré comme tiers non impliqué (cf. arrêt du TAF B-3977/2015 du 20 octobre 2015 consid. 3 et les réf. cit.). La situation est moins claire dans le cas de la seconde : en effet, les versements depuis le compte du recourant en sa faveur ont eu lieu avant les transactions litigieuses tandis qu'un virement en sens inverse est intervenu après ces opérations ; il ne peut dès lors être conclu que son compte ait directement contribué au financement des achats ou ait profité du gain réalisé. Cependant, compte tenu de ses liens avec le recourant - ayant droit économique de sa relation bancaire auprès de la même banque - et du fait que des versements ont eu lieu entre les deux comptes, une implication de sa part - ne fût-ce qu'indirecte - dans les transactions litigieuses ne peut être totalement exclue ; les informations transmises peuvent en particulier permettre d'identifier des personnes potentiellement impliquées en suivant les versements effectués par la recourante (cf. arrêt du TAF B-7241/2013 du 6 août 2014 consid. 4.2) et obtenir une vue globale des flux financiers des comptes contrôlés par le recourant. Pour cette même raison, les documents relatifs au compte du recourant auprès de H._____ SA peuvent eux aussi s'avérer utiles à l'enquête puisque le recourant y a transféré des fonds depuis son compte chez G._____ SA. Les recourants ne peuvent dès lors être considérés comme tiers non impliqués. Les recourants déclarent que l'AMF ne s'intéresse qu'aux débits sur les comptes en espèces et non pas aux mouvements sur les comptes de dépôts de titres. Il ressort des documents bancaires dont la transmission est prévue que les extraits de dépôts qui y figurent correspondent à des opérations de négoce de titres inscrites également dans les extraits des comptes en espèces. Dans la mesure où ces opérations constituent des débits sur le compte en espèces et peuvent permettre de suivre l'usage qu'a fait le recourant des fonds issus notamment des transactions liées au titre C._____, leur communication s'avère justifiée et, partant, celle des extraits des comptes de titres. Enfin, les recourants ne peuvent pas se prévaloir du secret professionnel auquel les avocats sont soumis en vertu de l'art. 13 LLCA (RS 935.61) puisqu'il s'agit d'un devoir que ces derniers et non pas leurs clients sont tenus de respecter. Les versements en faveur des avocats des recourants n'ont dès lors pas à être caviardés.

E. 5.3

Au résultat, il peut être retenu que la requête de l'AMF se fonde sur un soupçon initial suffisant que les informations et documents dont la FINMA a décidé la transmission peuvent contribuer à clarifier sans aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'avancement de l'enquête. Partant, l'octroi de l'entraide dans cette mesure respecte le principe de la proportionnalité.

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

E. 7

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, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 3'000 francs déjà versée. Vu l'issue de la procédure, les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

E. 8

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

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