

# **BVGer B-921/2015 vom 1. Juni 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-06-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-921\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-921_2015)

FR: TAF B-921/2015 du 1 juin 2015

IT: TAF B-921/2015 del 1 giugno 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 une 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**

Le requérant, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint 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 ;

exigence de confidentialité). 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.). Le recourant ne le conteste d'ailleurs pas.

### **E. 3**

En premier lieu, le recourant fait grief à l'autorité inférieure d'avoir constaté les faits de manière incomplète et inexacte. Il présente à ce sujet les arguments suivants : tant la date que l'objet de la communication du 5 décembre 2012 étaient connus ; celle-ci ne contenait pas uniquement des nouvelles négatives mais également des informations positives ; la régression du cours de l'action B.\_\_\_\_\_ n'était pas aussi importante que le prétend la FINMA et ne paraissait en outre pas inhabituelle. Pour ces mêmes motifs, il estime que l'exigence d'un soupçon initial n'est pas remplie. La FINMA rétorque que le contenu du communiqué n'était, lui, pas connu ; qu'il s'agissait de la seule variation de cours dépassant 10 % entre le 30 décembre 2010 et le 27 décembre 2012 ; que compte tenu de l'évolution du cours le lendemain de l'annonce, il ne pouvait pas être retenu que celle-ci ne constituait pas une communication de faits négatifs. L'autorité inférieure ajoute que, dans la mesure où les faits présentés par l'autorité requérante ne s'avèrent pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires, elle n'a pas à en examiner la véracité ni à procéder à des recherches supplémentaires.

#### **E. 3.1**

La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 49 PA lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure ; elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés ; sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. arrêts du TAF B-3662/2011 du 30 août 2012 consid. 3.1 et B-6872/2013 du 3 mars 2014 consid. 6.1). Dans le domaine de l'entraide administrative, l'autorité requérante doit exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial d'infraction justifiant sa demande ; cette exigence découle du principe de la proportionnalité ancré à l'art. 38 al. 4 LBVM. On ne saurait toutefois attendre que, à ce stade de la procédure, l'état de fait présenté ne souffre d'aucune lacune ou d'éventuelles contradictions. En effet, une telle condition 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 (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1 et les réf. cit.). 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 ; elle n'est pas tenue de procéder à des recherches supplémentaires (cf. arrêt du TF 2A.162/2001 du 10 juillet 2001 consid. 4b). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les actes requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou 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" ; cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2). L'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite lorsque

les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement inhabituel 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. 3.2**

En l'espèce, il ne peut être retenu que la communication du 5 décembre 2012 (disponible à l'adresse (...), dernière visite le 1er juin 2015) fût anticipée par le marché au point d'ôter tout fondement à l'hypothèse d'une utilisation d'une information confidentielle ; en effet, même à admettre que la publication d'un communiqué de presse était attendue à la veille de l'investor day et que les milieux intéressés escomptaient des pronostics prudents pour les exercices suivants, il n'en demeure pas moins que la nouvelle a surpris de nombreux intervenants sur le marché au vu de la réaction observée sur le cours de l'action le lendemain. Il semble également que, malgré l'annonce simultanée de nouvelles pouvant être qualifiées de positives, les aspects négatifs l'aient emporté face à ces dernières aux yeux des investisseurs de sorte à provoquer une régression du cours. À cet égard, le chiffre de 14.9 % retenu par la FINMA semble se référer au cours le plus bas atteint le 6 décembre 2012 et non pas au résultat à la clôture de la journée qui correspondait à une diminution de 11.34 % comme le relève le recourant. Cependant, n'est pas décisive l'ampleur exacte de la variation mais l'existence d'un développement inhabituel du marché ; or, tel est le cas en l'occurrence puisqu'il apparaît à l'examen des données historiques disponibles sur le site de la bourse Euronext Paris (cf. cours de l'action B. \_\_\_\_\_ à l'adresse <http://www.boursedeparis.fr/>(...), dernière visite le 1er juin 2015) que la baisse de cours intervenue le 6 décembre 2012 constitue non seulement la seule variation quotidienne de cette importance entre le 1er janvier 2010 et le 31 décembre 2013 mais également l'une des rares à dépasser le seuil des 6 %. Ainsi, les faits pertinents démontrant une relation temporelle entre les transactions litigieuses intervenues les 5 et 6 décembre 2012 et un développement inhabituel du marché sont suffisamment établis.

### **E. 3.3**

En conclusion, il appert que l'état de fait exposé par l'autorité requérante s'avère apte à établir le soupçon initial nécessaire à l'octroi de l'entraide administrative et que, partant, le grief du recourant quant à la constatation incomplète et inexacte des faits doit être rejeté. Par voie de conséquence également, en admettant l'existence d'un tel soupçon justifiant de transmettre lesdites informations, la FINMA ne viole pas le principe de la proportionnalité.

### **E. 4**

Le recourant déclare revêtir la qualité de tiers non impliqué - la décision de procéder aux transactions litigieuses ayant été prise par l'animateur de C. \_\_\_\_\_ sans aucune intervention de sa part - et estime que l'octroi de l'entraide sous ces circonstances ne s'avérerait pas conforme au principe de la proportionnalité. Il précise qu'il se trouvait dans l'impossibilité de passer des ordres les 5 et 6 décembre 2012 car il comparaisait en tant que plaignant devant un tribunal à Londres. Rappelant notamment que des transactions effectuées par le recourant par le passé avaient déjà fait l'objet de demandes d'entraide et que le Tribunal de céans avait déjà eu l'occasion de s'interroger sur la nature de la relation entre le recourant et C. \_\_\_\_\_ - en particulier sur les instructions données par le premier à la seconde - la FINMA estime que l'implication du recourant dans les transactions sous enquête ne peut être exclue. Elle met en doute l'impossibilité invoquée par ce dernier en expliquant que les ordres pouvaient être transmis à l'avance.

#### **E. 4.1**

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). 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. ; arrêt du TAF B-1023/2009 du 5 mai 2009 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 en outre 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. 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).

#### **E. 4.2**

Comme l'indique la FINMA, le recourant était par le passé partie à plusieurs procédures devant le Tribunal administratif fédéral portant sur des décisions d'entraide administrative en faveur de l'AMF. Dans son arrêt B-2537/2008 du 10 juillet 2008, le Tribunal de céans avait considéré que, malgré l'existence d'un contrat de gestion discrétionnaire en faveur de C.\_\_\_\_\_, l'implication du recourant dans les transactions sous enquête ne pouvait être exclue en raison notamment du fait que, en l'espace de quelques mois, plusieurs enquêtes conduisaient à lui ; en outre, les opérations concernées n'avaient été effectuées pour aucun client de C.\_\_\_\_\_ hormis le recourant (cf. consid. 7.3 de l'arrêt précité). Dans l'arrêt B 6059/2011 du 7 février 2012, la qualité de tiers non impliqué avait été écartée essentiellement pour les mêmes motifs (cf. consid. 5.2.2 de l'arrêt en question). La situation se présente une nouvelle fois de la même manière dans le cas d'espèce. Sous ces circonstances, il est permis de douter de la non-implication du recourant dans la décision de procéder aux transactions. La référence aux affaires précédentes ne revient pas à juger de cette question de manière abstraite comme le critique le recourant ; il est au contraire légitime de prendre en considération le cadre général de la coopération entre lui et C.\_\_\_\_\_ dans son examen. Enfin, la présence du recourant à une audience les 5 et 6 décembre 2012 ne rend aucunement impossible la transmission d'instructions par moyen de télécommunication mobile par exemple ; par ailleurs, comme le relève la FINMA, la passation des ordres peut avoir eu lieu avant le 5 décembre 2012 déjà ; le fait que cette dernière puisse être intervenue antérieurement à la période définie par l'autorité requérante - à savoir le mois de décembre 2012 - ne se révèle pas pertinent puisque les transactions ont été effectuées pendant cette période.

#### **E. 4.3**

En conclusion, il appert que le recourant ne peut se prévaloir de la qualité de tiers non impliqué pour faire obstacle à la transmission d'informations la concernant dans le cadre de l'entraide administrative internationale requise par l'AMF. Il ne peut en outre être suivi lorsque, dans son courrier du 4 juin 2014, il qualifie de contradictoire la communication d'informations relatives tant à lui qu'à C. \_\_\_\_\_ : d'une part, l'implication de cette dernière est connue de l'AMF puisqu'elle la nomme dans la requête ; d'autre part, il peut s'avérer utile à l'autorité requérante de disposer tant de l'identité du client que de celle du gestionnaire.

#### **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, le recourant 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, le recourant n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

#### **E. 7**

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.