



Cour II
B-520/2017

Arrêt du 1^{er} mai 2017

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Ronald Flury, Eva Schneeberger, juges,
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

A. _____ S.A.,
représentée par Maître Marc Joory, avocat,
recourante,

contre

**Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA**,
Laupenstrasse 27, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :

A.

Par requête du 9 décembre 2015, l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF ou autorité requérante) a sollicité l'entraide administrative auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA dans le cadre d'une enquête sur le marché du titre de la société B._____ coté à la bourse Euronext Paris. L'AMF a expliqué que, avant l'ouverture du marché le 15 octobre 2015, une agence de presse avait annoncé que la société C._____ entamait des négociations afin d'acquérir B._____. Celle-ci a demandé ce même jour la suspension du négoce de ses titres et confirmé qu'une offre publique d'achat avait été lancée par C._____ au prix de EUR 71.53 par titre représentant une prime de 15.5 % par rapport au cours de clôture de la veille. L'autorité requérante a relevé des transactions réalisées par D._____ sur ce titre, à savoir l'achat de 5'000 titres le 9 octobre 2015 et la vente de 6'000 titres le 16 octobre 2015, estimant la plus-value réalisée à environ EUR 50'000. L'autorité requérante a ouvert une enquête afin de vérifier que les transactions en question n'avaient pas été réalisées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires françaises, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée. La demande adressée à la FINMA visait à obtenir de la part de D._____ notamment le détail des transactions effectuées sur le titre B._____ et tout instrument financier qui lui serait lié, entre le 1^{er} septembre 2015 et le 31 octobre 2015, l'identité des bénéficiaires économiques et des personnes ayant décidé d'effectuer les transactions ainsi que, pour chacun des bénéficiaires économiques, les documents détenus par D._____ ainsi que le mode de passation des ordres.

B.

Donnant suite à la demande de la FINMA, D._____ lui a remis les documents requis desquels il ressort que les transactions visées par la requête ont été effectuées pour le compte de A._____ SA (ci-après : la recourante), titulaire d'une relation bancaire dont le bénéficiaire économique est E._____, sur ordre de F._____ SA. Selon le détail des transactions, le nombre de titres vendus au travers de ce compte s'élevait à 5'000 et non pas à 6'000.

C.

Par courrier du 29 mars 2016, la recourante a fourni les motivations relatives à ses transactions en s'opposant à toute transmission d'informations et de documents la concernant à l'AMF. Elle a expliqué que

E._____ avait acquis les titres B._____ visés par l'enquête sur la base de ses propres analyses fondées sur des informations circulant librement dans le domaine public et non pas sur l'exploitation d'une information confidentielle. Le 3 juin 2016, la recourante a requis le prononcé d'une décision formelle.

D.

Par décision du 16 décembre 2016, la FINMA a accordé l'entraide administrative à l'AMF en prévoyant de lui communiquer l'identité du bénéficiaire économique des transactions examinées ainsi que celle de la personne qui a pris la décision de les effectuer, les explications de la recourante quant aux motifs de ces transactions, et les détails des transactions réalisées entre le 1^{er} septembre 2015 et le 31 octobre 2015 sur le titre B._____ ainsi que la copie des documents d'ouverture de compte et des procurations détenues sur le compte.

La FINMA a demandé à l'AMF de traiter ces informations et documents de manière confidentielle tout en rappelant expressément qu'ils devaient être utilisés exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ; de plus, elle a précisé que leur transmission à d'autres fins ne pouvait se faire qu'avec son accord explicite.

La FINMA a expliqué que l'autorité requérante avait présenté un état de fait non lacunaire duquel il ressort que celle-ci disposait d'éléments suffisants lui permettant de soupçonner un développement suspect du marché, en particulier une possible opération d'initié. Les transactions sont intervenues en relation temporelle avec la hausse du titre B._____ survenue durant la période sous enquête. La FINMA a estimé que les informations qu'elle entendait transmettre s'avéraient utiles à l'enquête de l'AMF. Elle a déclaré que l'argument de la recourante selon lequel les transactions avaient été ordonnées par E._____ sur la base de ses propres analyses du marché ne permettait pas de désamorcer le soupçon initial justifiant l'octroi de l'entraide.

E.

Par mémoire du 23 janvier 2017, la recourante a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, à son annulation et à ce qu'il soit fait interdiction à la FINMA de transmettre à l'AMF toute donnée ou documentation la concernant elle-même ou son ayant droit économique. À l'appui de ses conclusions, la recourante reproche à la FINMA une violation du principe de la proportionnalité à défaut d'un soupçon initial suffisant et d'une période

d'enquête correspondant aux transactions examinées. Elle maintient que E._____ avait pris la décision d'acquérir les actions B._____ sur la base de ses propres recherches et déclare que la FINMA n'exposait pas en quoi ces explications ne s'avéraient pas susceptibles de contrer le soupçon initial. La recourante estime que la FINMA aurait dû exiger de l'AMF la fixation d'une durée appropriée de l'enquête, celle-ci ayant été ouverte le 1^{er} janvier 2015 – soit bien avant les faits examinés – sans indication d'une date de clôture.

F.

Au terme de sa réponse du 15 février 2017, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours sous suite de frais. S'agissant de la durée de l'enquête, la FINMA déclare que, bien que l'enquête ait été ouverte le 1^{er} janvier 2015, la période de référence visée par l'AMF s'étendait du 1^{er} septembre au 31 octobre 2015 et se trouvait donc en relation temporelle avec la hausse du cours du titre faisant suite à l'annonce du 15 octobre 2015. Elle indique que le fait que les transactions examinées se trouvaient en relation temporelle avec la hausse du titre suffisait à établir un soupçon initial justifiant d'accorder l'entraide. La FINMA précise en outre qu'elle n'avait pas à apprécier les arguments de la recourante quant aux raisons ayant poussé son ayant droit économique à acquérir les titres B._____. Partant, la transmission des informations à l'AMF ne viole pas le principe de la proportionnalité.

G.

Invitée à faire part de ses observations éventuelles sur la réponse de la FINMA, la recourante a, par courrier du 27 février 2017, maintenu les développements et conclusions de son recours.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

1.1 À teneur de l'art. 42a al. 6 LFINMA (RS 956.1 ; s'agissant de l'applicabilité des art. 42 et 42a LFINMA à la présente procédure, cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2016 consid. 2 et les réf. cit.), 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.

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).

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.

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).

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 être accordée dans la mesure où elle satisfait aux conditions précitées (cf. arrêt du TAF B-741/2016 du 13 mai 2016 consid. 3.1). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

3.

Aux termes de l'art. 42 al. 4 2^{ème} 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 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.). 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 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 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).

4.

La recourante allègue une violation du principe de la proportionnalité à deux titres. D'une part, elle estime que la durée de l'enquête de l'AMF contrevient à ce principe car elle a été ouverte le 1^{er} janvier 2015 et n'a pas été délimitée dans le temps par l'indication d'une date de clôture. D'autre part, elle met en cause l'existence d'un soupçon initial suffisant en déclarant que la décision d'acquérir les titres B._____ avait été prise par E._____ sur la base de ses propres analyses et non pas en usant d'informations privilégiées.

4.1 S'agissant de la durée de l'enquête sur le titre B._____, il ressort en effet de la requête de l'AMF qu'elle a été ouverte le 1^{er} janvier 2015, soit plus de dix mois avant les transactions faisant l'objet de la demande d'entraide. L'autorité requérante ne fournit pas d'informations sur les raisons qui l'ont poussée à lancer des investigations sur ce titre. Ses motifs ne sont toutefois pas pertinents en l'espèce dès lors que ce laps de temps ne permet pas de conclure à une fishing expedition visant à dévoiler systématiquement l'identité de tous les intervenants sur le marché du titre B._____. Il peut s'expliquer par des soupçons d'opérations irrégulières antérieures. De même, le fait que l'AMF n'ait pas fixé de date pour la fin de l'enquête n'a rien d'inusuel dès lors qu'elle peut difficilement connaître à l'avance le temps qui lui sera nécessaire pour mener ses recherches à terme. Par conséquent, la durée de l'enquête ne viole pas le principe de la proportionnalité. La FINMA n'était dès lors pas tenue d'interroger l'AMF à ce sujet.

4.2 En ce qui concerne l'existence d'un soupçon initial suffisant, la FINMA a constaté que les transactions effectuées pour le compte de la recourante se trouvaient en lien temporel avec l'annonce qui a provoqué une augmentation notable du cours du titre B._____. Les actions ont en effet été acquises six jours avant cette annonce pour être vendues le jour suivant lorsque le négoce du titre a été repris. La recourante ne conteste d'ailleurs pas cette connexité mais déclare que la décision d'investir avait été prise par E._____ sur la base de ses propres analyses. Elle se réfère en particulier à une annonce du 6 octobre 2015 – soit trois jours avant l'achat des actions – faisant état d'une recommandation d'achat du titre B._____ provenant d'un analyste qui a estimé que le cours actuel avait "le mérite d'offrir un point d'entrée intéressant" et rappelant que les rumeurs sur la recherche d'un acquéreur n'avaient jamais été niées par les dirigeants de l'entreprise. S'il ne s'avère en effet pas impossible que des informations disponibles publiquement soient à l'origine des transactions examinées voire même que la connexité temporelle – du moins de l'acquisition – découle simplement du hasard, il n'en reste pas moins que ces explications ne permettent pas d'écarter toute probabilité que ces transactions aient été motivées par des informations d'initiés. La recourante ne parvient dès lors pas à désamorcer le soupçon initial en démontrant que les renseignements requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête (cf. supra consid. 3 in fine). Sous ces conditions, l'entraide doit être accordée. La FINMA ne peut cependant pas être suivie lorsqu'elle déclare ne pas avoir à apprécier les arguments de la recourante quant aux raisons qui ont poussé son ayant droit

économique à effectuer les transactions ; il ne peut en effet d'emblée être exclu que ces explications puissent la convaincre de l'absence de tout lien avec les agissements visés par l'enquête dans lequel cas l'entraide pourrait être refusée.

Il convient encore de relever brièvement que l'étendue des informations et documents transmis s'avère elle aussi conforme au principe de la proportionnalité dans la mesure où ils peuvent effectivement s'avérer utiles à l'enquête de l'autorité requérante.

4.3 Au résultat, il peut être retenu que la requête de l'AMF se fonde sur un soupçon initial suffisant et 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.

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.

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 1^{ère} 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).

7.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Cette somme est compensée par l'avance de frais déjà versée du même montant.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. G01088566 ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

Expédition : 2 mai 2017