



Cour II
B-6059/2011

Arrêt du 7 février 2012

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Philippe Weissenberger, Stephan Breitenmoser, juges ;
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Rodrigue Sperisen, avocat,
recourant,

contre

**Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FINMA**, Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :**A.**

B._____ et C._____ sont deux sociétés françaises cotées à la bourse EURONEXT Paris.

B.

Le 23 octobre 2010, C._____ a annoncé détenir 15'016'000 actions de B._____ représentant 14,2 % du capital de cette dernière et être au bénéfice de contrats d'instrument financier (contrats d'equity swap) ayant pour sous-jacent l'action B._____ dont elle entendait solliciter la conversion en un nombre correspondant d'actions – en l'occurrence 3'001'246 actions – de sorte à posséder 17,1 % du capital. À la suite de cette annonce, le cours de l'action B._____ a augmenté de 15,12 % pour atteindre EUR (...) à la clôture du marché le lundi 25 octobre 2010.

Dans un courrier reçu le 27 octobre 2010 par l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF), C._____ lui a adressé une déclaration de franchissement de seuil indiquant que sa participation dans le capital de B._____ en date du 24 octobre 2010 se montait à 17,07 % ; une part de 12,14 % a été acquise par le biais de contrats d'equity swap conclus en 2008 par plusieurs sociétés du groupe – dont le débouclage devait initialement s'opérer en espèces mais qu'elle a toutefois décidé de convertir en titres – l'obligeant à effectuer la déclaration de franchissement de seuil ; les 4,93 % restants provenaient d'acquisitions de titres B._____ sur le marché par des filiales de C._____.

C.

L'AMF a relevé les achats de 30'000 CFDs (contracts for difference) portant sur des actions B._____ réalisés entre le 12 et le 22 octobre 2010 par la société D._____, à (...), par le biais du compte qu'elle possède auprès de E._____, à (...). Les CFDs ont été acquis au prix moyen de EUR 175,16 et cédés les 25 et 26 octobre 2010 au prix moyen de EUR 191,03, réalisant une plus-value de EUR 476'275. L'AMF a ouvert une enquête pour s'assurer que les transactions en question n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée.

D.

Par courrier du 19 janvier 2011, l'AMF a sollicité l'assistance administrative de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés

financiers (FINMA) afin d'obtenir notamment le détail des transactions effectuées sur le titre B._____ et sur les CFDs ayant pour sous-jacent l'action B._____ entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2010, l'identité précise du ou des bénéficiaires finaux pour le compte desquels ces transactions ont été opérées ainsi que les motivations précises ayant conduit à la réalisation des transactions ; en outre, elle a souhaité connaître les quantités de titres B._____ détenus en portefeuille par les bénéficiaires économiques au 1^{er} janvier 2010 et au 30 août 2010.

E.

Donnant suite à cette demande, la FINMA a, par courrier du 27 janvier 2011, demandé à D._____ de lui transmettre les informations et documents sollicités par l'AMF.

Par courrier du 2 mars 2011, D._____ a transmis à la FINMA les informations et les documents requis. Il en ressort que, durant la période considérée, seize transactions en CFDs – dont dix opérations d'achat intervenues entre le 12 et le 22 octobre 2010 et six ventes les 25 et 26 octobre 2010 – portant sur le titre B._____ ont été effectuées pour le compte d'un de ses clients, A._____ (ci-après : le recourant), sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire ; que celui-ci ne possédait ni titres B._____ ni CFDs au 1^{er} janvier et au 30 août 2010 ; qu'il avait déjà investi dans le titre B._____ en 2008 et 2009. D._____ a en outre précisé qu'elle avait ordonné les transactions sur la base d'informations publiques, à la suite d'un suivi professionnel de l'évolution du secteur (...) et en particulier du titre B._____.

Par courrier du 19 septembre 2011, la FINMA a prié D._____ d'informer son client qu'elle envisageait de transmettre ses données à l'AMF et de l'inviter à se déterminer sur la requête d'entraide administrative, en indiquant s'il renonçait à exiger une décision formelle à cet égard.

En date du 4 octobre 2011, le recourant a déclaré s'opposer à la transmission des informations à l'autorité requérante au motif qu'il ne s'avérait manifestement pas impliqué dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête, ayant conclu un mandat de gestion discrétionnaire et faute d'indices permettant de supposer une implication de sa part. En outre, il a considéré que les événements liés à l'affaire des données volées auprès de F._____ à (...) seraient de nature à remettre en cause les engagements pris par l'AMF quant à l'application des principes de confidentialité et de spécialité, en conséquence de quoi il demande la

suspension de la transmission de ses données jusqu'à ce que la FINMA reconsidère les termes de sa relation avec l'AMF.

F.

Par décision du 21 octobre 2011, la FINMA a accordé l'entraide administrative à l'AMF et a accepté de lui transmettre les informations remises par D._____ tout en rappelant expressément que celles-ci devaient être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. De plus, il a été précisé que leur utilisation ou leur transmission à d'autres fins ne pouvait se faire qu'avec l'assentiment préalable de la FINMA.

Dans sa décision, la FINMA a constaté que d'importantes opérations avaient été effectuées sur le titre B._____ pour le compte du recourant peu de temps avant et après l'annonce de la prise de participation de C._____ dans le capital de B._____ qui a influencé le cours de l'action de cette dernière ; cette relation temporelle fondait un soupçon initial justifiant la transmission des informations tout en respectant le principe de la proportionnalité. En outre, divers indices permettent d'exclure sa qualité de tiers non impliqué dont notamment le fait qu'il soit un investisseur capable de juger de l'opportunité des placements opérés, qu'il apparaisse régulièrement dans le cadre de demandes d'entraide administrative en matière boursière et que D._____ n'ait procédé aux transactions en cause que pour son compte – à l'exception d'un investissement de moindre importance en faveur du fonds G._____ dont elle assume la gestion. La FINMA relève par ailleurs que le recourant a déjà effectué des transactions sur le titre B._____ en 2008 et 2009, le caractère ponctuel de ces investissements pouvant constituer un indice qu'ils ont été réalisés sur la base d'informations privilégiées.

G.

Par mémoire du 3 novembre 2011, mis à la poste le même jour, le recourant a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Il requiert préalablement l'audition par le Tribunal de H._____, de D._____, ainsi que la production par la FINMA des garanties prétendument obtenues du gouvernement français en février 2010 quant au respect de ses engagements. En outre, il conclut principalement, sous suite de dépens, à l'admission du recours et à l'annulation de la décision querellée. A titre subsidiaire, il demande que l'autorité inférieure soit astreinte à obtenir des garanties complémentaires de l'AMF quant au respect des principes de spécialité et de confidentialité

de même que la suspension de la transmission des données le concernant jusqu'à l'obtention desdites garanties ; plus subsidiairement, il requiert qu'il soit ordonné à la FINMA de joindre à la transmission à l'AMF le courrier de D._____ du 2 mars 2011.

A l'appui de ses conclusions, le recourant reproche en premier lieu à l'autorité inférieure de ne pas l'avoir considéré comme un tiers non impliqué rappelant, d'une part, la jurisprudence rendue en la matière tant par le Tribunal fédéral que par le Tribunal administratif fédéral et, d'autre part, l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire en faveur de D._____. Il réfute les indices avancés par la FINMA de son éventuelle implication dans les transactions. Il estime en outre que le comportement du gouvernement français dans l'affaire des données volées auprès de F._____ à (...) se révélait de nature à remettre en cause la validité des engagements pris par l'AMF envers la FINMA dès lors que ledit gouvernement avait passé outre les protestations du gouvernement suisse en transmettant les données illégalement obtenues à des pays tiers.

H.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet au terme de ses remarques responsives du 1^{er} décembre 2011. S'agissant du grief du recourant relatif à sa qualité de tiers non impliqué, elle relève que, malgré l'existence d'un mandat de gestion en faveur de D._____, le recourant n'aurait pas été en mesure de lever les doutes subsistant sur sa non-implication dans les transactions en cause. Elle retient que le recourant apparaît comme un homme d'affaires et investisseur avisé se préoccupant des investissements réalisés au moyen de sa fortune et à même de les influencer fortement, rappelant que le Tribunal de céans lui avait reconnu cette qualité dans l'arrêt B-2537/2008 du 10 juillet 2008 (cf. ATAF 2008/66 consid. 7) concernant trois requêtes d'assistance administrative présentées par l'AMF en relation avec des soupçons d'usage d'informations privilégiées. Elle souligne qu'il a déjà été impliqué dans au moins cinq procédures d'entraide pour délit d'initiés engagées par différentes autorités, ce qui attesterait de sa présence régulière sur les marchés financiers. Elle demande en outre au Tribunal de céans de ne pas donner suite à la demande d'audition de H._____. Par ailleurs, l'autorité inférieure réitère que l'AMF remplit toutes les conditions liées en particulier au principe de confidentialité. Elle ajoute que la présente cause concerne l'assistance administrative en matière boursière et non fiscale de sorte que les circonstances qui ont entouré la conclusion de la convention de double imposition avec la France

– notamment des clarifications effectuées en février 2010 et les garanties éventuellement présentées à cet égard – ne s'avèrent pas pertinentes en l'espèce. Elle note que la procédure ne se fonde pas sur des données volées mais sur la surveillance du marché exercée par l'AMF dont celle-ci détient la compétence. Elle déclare qu'il appartient au recourant d'apporter la preuve d'éventuels manquements de l'AMF à ses engagements. Enfin, elle précise ne pas avoir d'objection à transmettre à l'AMF, en sus des données relatives au recourant, la lettre de D._____ du 2 mars 2011.

I.

Par observations du 16 décembre 2011, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il reproche à l'autorité inférieure une interprétation trop restrictive de la notion de tiers non impliqué et réitère sa demande tendant à l'audition de H._____. Il lui fait également grief d'ignorer que son gérant a, dès l'automne 2008, traité pour son compte plusieurs titres de sociétés actives dans le secteur (...) dont B._____ ; les transactions incriminées n'auraient ainsi selon lui rien d'inusuel. Il redit enfin ses craintes de voir ses données transmises aux autorités fiscales françaises. Un ultime échange de courriers s'en est suivi sans apporter de nouveaux éléments de fond.

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.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1. À teneur de l'art. 38 al. 5 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (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 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) 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.

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).

1.3. Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11 et 52 al. 1 PA de même que l'art. 38 al. 5 LBVM), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

La LBVM et la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 contiennent chacune leur propre réglementation relative à l'entraide à l'endroit 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 1^{er} 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).

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 non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre 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).

Il sied de souligner à ce stade que le principe de la spécialité exclut que les informations transmises par le biais de l'entraide administrative en matière boursière soient utilisées en particulier à des fins fiscales (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 ss, spéc. 6357 s.] ; DOUGLAS HORNUNG, *Entraide administrative internationale – La mise en œuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence*, in : *Pratique juridique actuelle* [PJA] 2001 p. 548).

Aux termes de l'art. 38 al. 4 2^{ème} phrase 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'autorité requérante. 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 cette dernière. L'autorité requise doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles infractions ou distorsions du marché justifiant la demande d'entraide (soupçons initiaux). 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. ; ATAF 2011/14 consid. 5.2.2.1, arrêt du Tribunal fédéral 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

4.

Le requérant ne conteste pas que l'AMF constitue une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM. Il estime en revanche qu'elle ne respecte plus les principes de confidentialité et de spécialité depuis l'affaire des données volées auprès de F._____ à (...). Selon lui, il n'a pas été établi que le gouvernement suisse aurait obtenu les garanties suffisantes complémentaires de la France. Il conclut à ce que le Tribunal administratif fédéral enjoigne l'autorité inférieure de le renseigner sur l'étendue des garanties reçues permettant de continuer à considérer l'AMF comme un partenaire digne

de confiance. À défaut, il demande la suspension de la transmission de ses données personnelles à l'AMF jusqu'à l'obtention de garanties supplémentaires suffisantes.

L'autorité inférieure a relevé, dans la décision entreprise, que l'AMF est signataire à part entière 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), ce qui implique qu'elle est à même de respecter les exigences de confidentialité requises pour la transmission d'informations. Elle se réfère également à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral confirmant que l'AMF remplit les conditions de spécialité et de confidentialité de l'art. 38 al. 2 LBVM. À ses yeux, l'AMF se présente donc comme une autorité de surveillance des marchés financiers liée par le secret de fonction et utilisant les informations dans un but de surveillance des bourses et du négoce de valeurs mobilières. En outre, la FINMA dit peiner à voir en quoi les garanties offertes par l'AMF au niveau du respect des principes précités seraient touchées par l'affaire des données volées. Citant la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle souligne l'absence de signe démontrant que l'AMF entendrait ne pas les respecter dans un cas concret.

4.1. C'est à juste titre que le recourant ne nie pas la qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM de l'AMF que le Tribunal fédéral et, depuis 2007, le Tribunal administratif fédéral ont d'ailleurs reconnu de jurisprudence constante (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.).

4.2. Le recourant ne conteste pas non plus qu'avant l'affaire des données volées auprès de F._____ à (...), l'AMF respectait les principes de confidentialité et de spécialité. Ce point a également fait l'objet d'une abondante et constante jurisprudence des deux instances précitées reconnaissant d'une part que l'autorité française satisfaisait à l'exigence de confidentialité, ses agents et membres étant astreints au secret professionnel, et que, d'autre part, elle présentait des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.).

Conformément au II de l'art. L. 621-4 du Code monétaire et financier, les collaborateurs de l'AMF sont tenus au secret professionnel dans les

conditions et sous les peines prévues à l'art. L. 642-1 sous forme d'un renvoi à l'art. 226-13 du Code pénal français (un an d'emprisonnement et EUR 15'000 d'amende) à telle enseigne que l'exigence de confidentialité imposée à l'art. 38 al. 2 LBVM est respectée. Le principe de spécialité est ancré à l'art. L. 632-7 – auquel l'art. L. 632-16 cité par l'AMF dans ses requêtes renvoie – disposant que les informations provenant d'un État tiers ne peuvent être divulguées sans l'accord exprès de l'autorité qui les a communiquées et, le cas échéant, aux seules fins pour lesquelles elle a donné son accord. En outre, l'AMF est signataire à part entière du MMoU de l'OICV (cf. www.iosco.org) 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 l'AMF que les informations transmises doivent être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ainsi que les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmises 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 œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce de valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières nécessite l'autorisation de la FINMA ; l'AMF doit requérir le consentement de la FINMA avant d'utiliser ou de retransmettre les informations dans ce contexte.

Dans ces conditions, il appert, conformément à la jurisprudence constante rendue en la matière par le Tribunal fédéral et le Tribunal de céans, que les dispositions légales françaises, auxquelles s'ajoutent les exigences suisses rappelées dans la décision dont est recours, garantissent le respect des principes de la confidentialité et de la spécialité.

4.3. S'agissant des garanties données par un État quant au respect des principes précités et, ainsi, l'usage qu'il entend faire des informations transmises dans le cadre d'une demande d'entraide administrative internationale, il convient de renvoyer à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au principe de la spécialité ; il a, à cet égard, considéré que les autorités étrangères ne sont pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public mais doivent s'engager à mettre tout en œuvre pour le respecter (exigence qualifiée en anglais de "best efforts" ou de "best endeavour"). Aussi longtemps que l'État

requérant l'observe effectivement et qu'il n'existe aucun signe qu'il ne le fasse pas dans le cas concret, rien ne s'oppose à accorder l'entraide administrative. S'il devait s'avérer que l'autorité requérante ne puisse plus s'y conformer en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, la FINMA devrait alors refuser l'entraide (cf. ATF 127 II 142 consid. 6b et les réf. cit.). Rien ne justifie en outre de s'écarter de cette jurisprudence pour ce qui est du principe de confidentialité.

4.3.1. En l'espèce, il apparaît de prime abord que la formulation de la demande d'entraide ainsi que le renvoi aux dispositions applicables du code monétaire et financier ne laissent transparaître aucune intention de l'AMF de ne pas respecter les principes de confidentialité et de spécialité (cf. supra consid. 4.2). Au contraire, l'autorité requérante rappelle expressément, d'une part, le secret de fonction auquel son personnel est tenu et, d'autre part, que la transmission des informations obtenues dans le cadre de l'entraide administrative internationale n'interviendrait qu'avec l'accord explicite des autorités requises et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont donné leur accord.

4.3.2. Dans ses écritures, le recourant a certes indiqué fonder ses inquiétudes sur le comportement du gouvernement français dans l'affaire des données volées auprès de F._____ ; il n'a toutefois pas précisé si lesdites inquiétudes portaient uniquement sur une éventuelle transmission des données le concernant par l'AMF à des fins fiscales ou s'il s'agit également de la divulgation à d'autres autorités. Quoi qu'il en soit, le recourant n'a pas démontré l'existence de signes spécifiques et concrets dénotant une volonté de l'autorité inférieure de ne pas respecter les principes susmentionnés ; la simple invocation de l'affaire ayant touché F._____ à (...) ne constitue pas un indice sérieux mettant en doute le respect desdits principes par l'AMF dans le cas d'espèce. En effet, cette affaire ne présente aucun lien avec l'entraide administrative internationale en matière boursière concernée par la présente procédure. En particulier, ainsi que l'a noté l'autorité inférieure, la problématique ne portait aucunement sur des informations reçues régulièrement dans le cadre d'une demande d'entraide à d'autres autorités mais de données obtenues à la suite d'un vol ; aussi, la question avait principalement trait à la manière dont les données ont été acquises et non sur leur transmission ultérieure. Or, les craintes du recourant portent précisément sur la transmission ultérieure d'informations personnelles obtenues au travers de l'assistance administrative. De plus, la demande d'entraide a in casu été formulée conformément à la procédure applicable ; si l'assistance est

accordée, les informations auront donc été obtenues de manière parfaitement régulière. Les appréhensions du recourant se fondent ainsi sur des éléments sans lien avec la demande d'entraide administrative internationale formulée par l'AMF.

Au demeurant et en marge de cette affaire, il sied encore de noter que la Cour de cassation, plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français, a jugé dans un arrêt du 31 janvier 2012 (pourvoi n° 11-13.097) que les données volées auprès de F._____ ne pouvaient être utilisées comme fondement de perquisitions à des fins fiscales du fait de leur origine illicite, rendant ainsi improbable un usage abusif par les autorités fiscales des données obtenues au travers de l'assistance administrative et contredisant les allégations du recourant en ce qui concerne le respect par la France de ses obligations envers la Suisse.

4.3.3. Par ailleurs, il appert qu'aucune violation des principes de confidentialité et de spécialité par l'AMF n'a été à ce jour constatée par le Tribunal administratif fédéral, diverses demandes d'entraide administrative internationale en matière boursière ayant été admises au niveau de cette instance depuis l'affaire des données volées.

4.4. Sur le vu de ce qui précède, force est de reconnaître que l'affaire des données volées auprès de F._____ ne constitue pas un indice sérieux et concret que l'AMF ne respectera pas – ou ne sera plus en mesure de respecter au regard des dispositions de son droit interne ou d'une décision contraignante – les principes de confidentialité et de spécialité dans le cas particulier, soit notamment qu'elle pourrait ne pas requérir l'assentiment de la FINMA dans une situation où elle devrait le faire. L'entraide administrative ne saurait donc être refusée pour ce motif pas plus qu'il ne se justifie d'ordonner à l'autorité inférieure la production de garanties fournies dans un tout autre contexte ou de solliciter de la part de l'AMF des assurances supplémentaires. Le grief du recourant doit par conséquent être rejeté.

5.

Le recourant prétend revêtir la qualité de tiers non impliqué au sens l'art. 38 al. 4 LBVM et que, dès lors, une transmission des informations le concernant à l'AMF serait exclue aux termes de cette disposition. Il se prévaut de l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire clair, écrit et non équivoque confié à D._____ et du fait que les transactions en cause ont été ordonnées par cette dernière à l'issue d'une analyse professionnelle du marché sans que le recourant n'intervienne dans la

décision. Il conteste en outre la pertinence des indices présentés par l'autorité inférieure pour remettre en question sa qualité de tiers non impliqué et justifier la transmission des données à l'AMF, lui reprochant une interprétation trop étroite de la notion de tiers non impliqué.

Pour sa part, l'autorité inférieure ne nie pas que D._____ disposerait d'un tel mandat. Elle a néanmoins considéré que les indices présentés suffisaient à mettre en doute la non-implication du recourant dans les transactions.

5.1. À titre liminaire, force est d'admettre que les activités litigieuses ont eu lieu durant une période sensible – se définissant comme celle se situant avant, pendant ou après une phase d'augmentation de cours inhabituelle (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 7) – puisqu'elles ont été opérées, pour l'achat, entre le 12 et le 22 octobre 2010 et, pour la vente, les 25 et 26 octobre 2010 alors que le communiqué de C._____ annonçant l'acquisition d'une part du capital de B._____ est intervenu le 23 octobre 2010 et a été suivi, le 25 octobre 2010, d'une progression du titre de 15,12 %; le recourant ne le conteste au demeurant pas. Or, la variation du cours des titres durant une période sensible constitue un indice suffisant de distorsion du marché, de nature à justifier l'octroi de l'entraide (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.2 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). Dans ces circonstances, l'AMF pouvait légitimement demander à la FINMA des précisions sur les transactions en cause. Au demeurant, la FINMA n'avait pas à vérifier les raisons invoquées par le recourant pour expliquer ces opérations boursières, soit le fait que D._____ aurait pratiqué une analyse professionnelle et suivie du marché pour procéder auxdites transactions. 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 possible distorsion du marché sont ou non fondées (cf. ATF 127 II 142 consid. 5c). Les allégations du recourant quant aux motifs de ces transactions ne sont pas déterminantes dans ce contexte.

Il appert ainsi qu'en admettant l'existence d'un soupçon initial justifiant de transmettre les informations demandées, la FINMA ne viole pas le principe de la proportionnalité ancré à l'art. 38 al. 4 2^{ème} phrase LBVM.

5.2.

5.2.1. À teneur de l'art. 38 al. 4 3^{ème} 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 Tribunal fédéral 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 Tribunal fédéral 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 6.1 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a posé l'exigence d'un rapport de gestion de fortune clair, écrit et sans équivoque afin d'éviter les difficultés et les malentendus dans la détermination précise des relations entre les personnes en cause (cf. arrêt du Tribunal fédéral 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 dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire (cf. ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit., arrêts du Tribunal administratif fédéral B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 et B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1).

5.2.2. En l'espèce, il est constant que D._____ se trouvait au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire dont une copie a été jointe au recours. Il convient à cet égard d'examiner si d'autres circonstances indiquent que le recourant pourrait avoir été mêlé lui-même d'une manière ou d'une autre aux transactions litigieuses.

Comme l'a relevé l'autorité inférieure, le fait que les transactions opérées par D._____ sur le titre B._____ ne l'ont été que pour le compte du recourant – et dans une moindre mesure pour un fonds géré par elle – atteste le caractère exceptionnel de ces opérations ; il paraît en effet

surprenant que D._____ n'ait procédé à l'achat des CFDs sur le titre B._____ que pour le compte du recourant et le fonds G._____ alors que cette décision découle selon elle d'une analyse du marché qui aurait pu à l'évidence intéresser d'autres clients. Dans le cadre de la procédure B-2537/2008, il avait déjà été constaté que les opérations de négoce examinées portant sur les titres de trois sociétés différentes avaient été réalisées uniquement pour le compte du recourant et de celui de H._____, administrateur de la société D._____, mais non pour d'autres clients (cf. ATAF 2008/66 consid. 7.3). Ces éléments mènent à s'interroger sur la relation entre le recourant d'une part, et D._____ ainsi que H._____ d'autre part, en particulier sur d'éventuelles instructions données par le premier aux seconds. Le fait que le recourant ait également investi dans d'autres titres de sociétés actives dans le domaine (...) ne permet pas d'ôter les doutes à cet égard.

De surcroît, le nombre de transactions opérées sur le titre B._____ est non négligeable, soit dix opérations d'achat entre le 12 et le 22 octobre 2010 pour un total de 30'000 CFDs revendus en six opérations les 25 et 26 octobre 2010, dégageant un gain de EUR 476'275. L'investissement total se porte ainsi à plusieurs millions d'euros ; il est permis de douter du fait que le recourant ne soit intervenu à aucun moment dans la décision d'investir. En outre, certaines transactions réalisées par le passé sur le titre B._____ pour le compte du recourant ont eu lieu pendant des périodes d'augmentation sensible du cours de l'action : le recourant a ainsi obtenu un rendement d'environ 6,7 % entre le 7 et le 11 novembre 2008 et même de plus de 13 % entre le 3 et le 24 avril 2009 ; compte tenu des investissements répétitifs dans ce titre, il est légitime d'examiner si les transactions d'octobre 2010 ont été décidées sur la base d'informations privilégiées dont le recourant aurait disposé.

5.2.3. Les éléments ainsi décrits relatifs à la situation dans laquelle les activités litigieuses ont pris place suffisent, dans l'ensemble, à jeter un doute sur l'absence d'intervention du recourant dans les transactions précitées. Attendu que pour conduire au rejet de la demande d'entraide administrative, la non-implication doit être manifeste, un tel doute suffit a contrario à lui nier cette qualité. C'est alors à l'AMF et non à la FINMA qu'il incombera ensuite de faire toute la lumière sur la réelle implication du recourant. Dans ce contexte, contrairement à ce qu'avance le recourant, l'interprétation donnée par la FINMA à la notion de tiers non impliqué n'est pas trop restrictive mais correspond en tout point à la jurisprudence en la matière ; la FINMA s'y est conformée en présentant

des indices concrets d'une éventuelle implication du recourant et non pas de simples suppositions sans fondement.

5.3. Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il ne s'avère pas manifeste que le recourant n'ait pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante ; dès lors, la transmission d'informations le concernant ne contrevient pas au principe de la proportionnalité tel que prescrit par l'art. 38 al. 4 LBVM.

6.

Le recourant sollicite du Tribunal de céans l'audition de H._____, de la société D._____.

Aux termes de l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). Le droit d'être entendu tel qu'il est garanti par ces dispositions comprend notamment le droit de produire des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'obtenir qu'il soit donné suite à ces offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit d'être entendu ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 122 II 464 consid. 4 ; JAAC 70.75 consid. 3bb), ni celui d'obtenir l'audition de témoins. Selon le Tribunal fédéral, l'autorité peut en effet mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 125 I 127 consid. 6, ATF 124 I 208 consid. 4). De surcroît, l'audition de témoins apparaît d'ailleurs comme un moyen de preuve subsidiaire qui n'est utilisé qu'à titre exceptionnel lorsque les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon (art. 14 al. 1 PA ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A.15/2006 du 15 juin 2006 consid. 2.1 et les réf. cit.).

En l'espèce, la requête du recourant doit, selon sa formulation, permettre au Tribunal de céans de déterminer de manière définitive s'il a donné ou non des instructions relatives à l'investissement dans le titre B._____ ; elle tend ainsi à confirmer sa non-implication dans les transactions en cause. L'on ne saurait certes exclure à ce stade que l'audition de

l'administrateur de D._____ pourrait amener certains éclaircissements. Cela étant, il a été démontré précédemment que le recourant ne peut être considéré comme manifestement non impliqué dans les transactions en cause (cf. supra consid. 5). Or, le moyen de preuve requis ne porte pas directement sur les constatations – factuelles et non contestées – opérées précédemment ayant mené à cette conclusion.

Aussi, l'audition de H._____ ne saurait suffire à réduire à néant l'influence potentielle desdites constatations ainsi que le doute qu'elles ont induit et, de la sorte, à rétablir le caractère manifeste de la non-implication du recourant. En effet, il ne faut pas perdre de vue le rôle de l'autorité requise, sous l'angle de la qualité de tiers non impliqué, consistant uniquement à examiner si la personne au sujet de laquelle l'autorité requérante réclame des informations s'avère – de manière évidente – non impliquée dans les transactions faisant l'objet de la demande d'entraide. Dès lors que le caractère manifeste de la non-implication fait défaut, l'entraide doit être accordée ; il n'appartient pas aux autorités requises d'entreprendre des mesures d'instruction complémentaires puisqu'elles incombent précisément à l'autorité requérante. Il en découle que la requête du recourant doit être rejetée.

7.

Le recourant a conclu, à titre plus subsidiaire, qu'il soit ordonné à la FINMA de joindre à son courrier de transmission à l'AMF le courrier de D._____ du 2 mars 2011. Le Tribunal de céans relève que cette requête, formulée pour la première fois au stade du recours, a été admise par la FINMA dans sa réponse du 25 novembre 2011 déclarant expressément ne pas s'y opposer. Ce point ne s'avère dès lors pas litigieux.

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.

9.

Il appert à la lecture du ch. 1.1 du dispositif de la décision attaquée que la période concernée par la transmission des données n'a pas été précisément spécifiée, manifestement par inadvertance. Il sied donc de compléter le dispositif sur ce point. Pour le reste, les informations dont la

FINMA a décidé la transmission sont clairement décrites. Attendu que la requête de l'AMF portait sur les transactions effectuées par D. _____ entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2010 et que, sur cette base, la FINMA a obtenu les renseignements figurant au dispositif de la décision, ces dates seront retenues dans le libellé corrigé.

10.

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 et 4 FITAF).

En l'espèce, le recourant 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.

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

11.

Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Le ch. 1.1 du dispositif de la décision rendue par l'autorité inférieure le 21 octobre 2011 est, conformément au consid. 9 du présent arrêt, complété par l'insertion des dates manquantes comme suit :

"Entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2010, ...".

3.

Il est pris acte du fait que la FINMA ne s'oppose pas à joindre à son courrier de transmission à l'AMF le courrier de D._____ du 2 mars 2011.

4.

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

5.

Il n'est pas alloué de dépens.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. A176896/11069369/1685226 ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

Expédition : 9 février 2012