



---

Cour II  
B-1258/2013

## Arrêt du 24 juillet 2013

---

Composition

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

---

Parties

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
tous deux représentés par Maître Maurice Harari, avocat,  
recourants,

contre

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

---

Objet

Entraide administrative internationale.

**Faits :****A.**

Par requête du 7 décembre 2011, l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF) 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 C.\_\_\_\_\_ coté à la bourse Euronext Paris. L'AMF disposait d'informations indiquant que la banque D.\_\_\_\_\_ SA détenait au 17 novembre 2010 316'000 actions de la société C.\_\_\_\_\_ pour le compte notamment de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ (ci-après : les recourants) et entendait examiner si les transactions en question n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, en particulier celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée. La requête de l'AMF visait à dévoiler entre autres l'identité des titulaires des actions précitées et pour chacun la quantité de titres détenus au 1<sup>er</sup> janvier 2010, au 17 novembre 2010, aux 1<sup>er</sup> et 15 décembre 2010 ainsi qu'aux 1<sup>er</sup> janvier et 1<sup>er</sup> décembre 2011.

**B.**

Les informations fournies par D.\_\_\_\_\_ SA à la FINMA ont révélé que les actions étaient détenues le 17 novembre 2010 par les recourants qui avaient commencé à les acheter en 2004 en les livres de la banque après en avoir transféré un premier lot d'un autre établissement en 2003. À l'examen des documents remis par la banque, il s'est avéré qu'aucune transaction n'avait été effectuée durant la période sous investigation ; d'entente avec les recourants, la FINMA a informé l'AMF le 3 février 2012 qu'au vu des informations en sa possession, elle avait constaté qu'aucune des personnes mentionnées dans la requête de cette dernière n'avait effectué de transaction sur le titre C.\_\_\_\_\_ entre les mois de juillet 2010 et février 2011.

**C.**

Par une deuxième requête, l'AMF a une nouvelle fois sollicité l'assistance administrative de la FINMA afin d'enquêter cette fois sur l'éventualité d'une action de concert et l'omission de déclarations de franchissement de seuils en relation avec les titres de la société C.\_\_\_\_\_. Elle a précisé qu'elle disposait d'un enregistrement d'une conversation téléphonique du 2 décembre 2010, obtenu légalement, dans laquelle E.\_\_\_\_\_, le frère de A.\_\_\_\_\_, aurait fait la déclaration suivante : "Et alors, D.\_\_\_\_\_ : 1.6. Ça, c'est B.\_\_\_\_\_ ". Attendu que les recourants

détenaient 14 % du capital, l'AMF entendait notamment vérifier s'ils avaient franchi le seuil de 15 %.

**D.**

Par courrier du 14 mars 2012, la FINMA a informé les recourants qu'elle envisageait de transmettre les informations récoltées et leur a fixé un délai pour se déterminer sur la requête d'entraide administrative, le cas échéant en indiquant s'ils renonçaient à exiger une décision formelle à cet égard.

**E.**

Par courrier du 20 mars 2012, les recourants ont demandé une copie de l'intégralité de la nouvelle requête de l'AMF, faisant valoir un intérêt privé l'emportant sur d'autres intérêts contraires tendant à en conserver la confidentialité.

**F.**

Par courrier du 28 mars 2012, la FINMA a refusé aux recourants l'accès à la requête en raison d'intérêts privés de tierces personnes qui y sont citées ainsi que de l'intérêt de l'enquête à demeurer confidentielle.

**G.**

Le 2 avril 2012, les recourants ont réitéré leur demande, ajoutant qu'ils ne s'opposeraient pas à ce que leur soit remise éventuellement une version caviardée permettant de concilier tous les intérêts en présence.

**H.**

Lors d'un entretien le 16 avril 2012 et dans un courriel du même jour, la FINMA a révélé aux recourants certaines informations obtenues de l'AMF, à savoir la déclaration de E.\_\_\_\_\_ lors de l'entretien téléphonique enregistré ainsi que ses dires lors d'une audition le 17 février 2012 selon lesquels B.\_\_\_\_\_ l'aurait informé posséder des actions C.\_\_\_\_\_ à Genève.

**I.**

Déclarant qu'ils n'étaient pas en mesure de se prononcer sur le fond de l'affaire sans disposer de la version intégrale de la requête de l'AMF, les recourants ont, par courrier du 20 avril 2012 et courriel du 10 mai 2012, sollicité que la FINMA la leur transmette ou leur notifie une décision formelle de rejet de leur demande.

**J.**

Par courrier du 31 juillet 2012 anticipé par courriel du jour précédent, la FINMA a adressé aux recourants une version de la requête dans laquelle la date et les noms de tierces personnes avaient été caviardés, leur impartissant un délai pour prendre position.

**K.**

Par courrier du 30 août 2012, les recourants ont allégué une violation de leur droit d'être entendus du fait qu'ils n'avaient obtenu qu'une version caviardée de la requête de laquelle ont été supprimés des éléments cardinaux, déclarant qu'ils ne pouvaient ainsi pas se déterminer en pleine connaissance de cause ; en particulier, la date revêtirait selon eux une importance déterminante s'agissant de trancher la question de savoir si des seuils déclenchant une obligation de déclaration avaient été franchis et si une action de concert existait. Partant, ils ont conclu à ce que leur soit remise une version non caviardée. En outre, ne respectant pas le principe de la proportionnalité, toute transmission d'informations à leur sujet violerait leurs droits fondamentaux, en particulier leur droit au respect de la sphère privée. Ils ont estimé qu'avec 14.1 % du capital, ils n'avaient de loin pas dépassé le seuil de 15 % déclenchant une obligation de déclaration. Ils ont reproché en outre à l'AMF d'être instrumentalisée par un groupe d'actionnaires opposé aux recourants. Ils ont relevé qu'aucune retranscription de l'écoute n'avait été jointe à la requête et indiqué que E.\_\_\_\_\_ en contestait l'interprétation faite par l'AMF. Ainsi, la requête contiendrait un exposé inexact des faits et constituerait une "fishing expedition" devant par conséquent être rejetée.

**L.**

Par décision du 22 février 2013, la FINMA a accordé l'entraide administrative à l'AMF et a accepté de lui transmettre les informations recherchées, à savoir pour l'essentiel le fait que les 316'000 actions appartenaient aux recourants qui avaient commencé à les acheter en les livres de D.\_\_\_\_\_ SA en 2004 après transfert d'un premier lot en provenance d'un autre établissement en 2003, tout en rappelant expressément que lesdites informations 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 pouvaient se faire qu'avec l'assentiment préalable de la FINMA.

**M.**

Par mémoire du 7 mars 2013, mis à la poste le même jour, les recourants ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral concluant pour l'essentiel à l'annulation de la décision querellée sous suite de frais et dépens.

À l'appui de leurs conclusions, les recourants se plaignent d'une violation des garanties de procédure dans l'État requérant, faisant valoir que l'enregistrement de la conversation téléphonique du 2 décembre 2010 avait été obtenu de manière illégale par l'AMF. L'entraide administrative devrait selon eux être refusée en application par analogie des principes régissant l'entraide judiciaire en matière pénale. Ils estiment que le soupçon initial n'est pas avéré car il se fonde uniquement sur cette écoute téléphonique illicite et dont l'interprétation est contestée par l'auteur des propos enregistrés ; ils déclarent que l'AMF cherche par tous les moyens à obtenir des informations à leur égard. Ils en concluent que la décision ne respecte pas le principe de proportionnalité et porte ainsi atteinte de manière injustifiée à leur sphère privée.

**N.**

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en conclut au rejet sous suite de frais au terme de sa réponse du 18 avril 2013. Elle estime que les conditions et les garanties prévues pour l'octroi de l'entraide administrative ainsi que le principe de proportionnalité ont été respectés. Elle explique qu'il n'existe pas de motif permettant de douter de la véracité des faits avancés par l'AMF, que l'enregistrement téléphonique n'est en outre pas le seul élément sur lequel se fonde le soupçon et qu'elle n'a pas à examiner si les recourants ont effectivement enfreint leurs obligations de déclaration de seuil. Elle constate en outre que les soupçons de l'AMF n'ont pas été démentis par les recourants. Elle indique que les principes régissant l'entraide judiciaire en matière pénale ne sont pas pertinents dans le cadre de la procédure d'entraide administrative.

**O.**

Par observations du 3 mai 2013, les recourants ont persisté dans leurs conclusions et les griefs allégués, estimant en outre que leur droit d'être entendu avait été violé car ils n'avaient pas eu accès au dossier complet les concernant ; en particulier, ils reprochent à l'autorité inférieure de ne pas leur avoir fourni la première requête de l'AMF et la réponse qu'elle lui a donné, d'avoir caviardé des informations essentielles dans la version de la seconde requête qu'elle leur a fait parvenir et de ne pas avoir indiqué la

source des prétendus dires – qu'ils contestent – de E.\_\_\_\_\_ lors de son audition du 17 février 2012. Selon eux, l'AMF fonderait sa requête uniquement sur une écoute illicite ; il leur serait inutile de faire valoir ce grief dans le cadre d'une procédure en France puisque les informations auraient déjà été transmises. Ils déclarent que l'omission d'une déclaration de franchissement de seuil ne constitue pas une contravention à une norme légale mais uniquement réglementaire. La requête violerait ainsi le principe de la proportionnalité car la sanction dans un tel cas n'est qu'une amende, les éventuels titres non déclarés ne donnent pas le droit de vote ou d'obtenir des dividendes et, enfin, parce que les fonctionnaires de l'AMF doivent déclarer les infractions au parquet qui peut les transmettre aux autorités fiscales en violation du principe de spécialité.

**P.**

Dans ses remarques du 23 mai 2013, la FINMA indique que les deux premières pièces n'avaient jamais servi comme moyens de preuve dans le cadre de la présente procédure, que les recourants commettaient un abus de droit en invoquant cette objection à ce stade et que, subsidiairement, une pesée des intérêts en présence justifierait le maintien de la confidentialité de ces documents. Pour ce qui est de l'extrait de l'audition de E.\_\_\_\_\_, la FINMA explique que cette information lui a été transmise par l'AMF dans un courriel du 8 mars 2012 dont elle joint une copie à son courrier. Quant au caviardage de la seconde requête, la FINMA rappelle que les passages gardés confidentiels ne constituaient pas une information essentielle et que les recourants agissaient de mauvaise foi en soulevant ce grief non pas dans leur mémoire de recours mais au niveau de leurs observations subséquentes alors qu'ils disposaient de toutes les informations nécessaires pour le faire précédemment.

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** Les recourants, 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).

**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 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

## **2.**

Les recourants invoquent une violation de leur droit d'être entendus car ils n'ont pas eu accès à certaines pièces du dossier. Dès lors qu'il s'agit d'un grief de nature formelle, il convient de le traiter au préalable.

**2.1** Le droit d'être entendu figure à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et comprend en particulier le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier. Ce droit se trouve concrétisé, s'agissant de la procédure administrative, aux art. 26 ss PA. À teneur de l'art. 26 al. 1 PA, la partie ou son mandataire a le droit de consulter les pièces relatives à la procédure la concernant au siège de l'autorité appelée à statuer ou à celui d'une autorité cantonale désignée par elle ; cela comprend notamment tous les actes servant de moyens de preuve (art. 26 al. 1 let. b PA). À titre d'exception, l'art. 27 al. 1 PA prescrit que l'autorité peut refuser la consultation des pièces lorsque des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération (let. a), des intérêts privés importants (let. b) ou l'intérêt d'une enquête officielle non encore close (let. c) exigent

que le secret soit gardé. L'énumération des intérêts figurant à l'art. 27 al. 1 let. a PA se présente de manière non exhaustive.

L'art. 27 al. 2 PA prescrit que le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes. En conséquence, seules les pièces ou les parties de pièces présentant un contenu digne d'être tenu secret peuvent être exclues de la consultation du dossier (cf. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 38 ad art. 27). Dès lors que les raisons de le garder secret ne s'étendent pas à un document dans son entier, une consultation partielle doit être accordée (par exemple en caviardant certaines indications ; cf. WALDMANN/OESCHGER, op. cit., n° 38 ad art. 27 ; STEPHAN C. BRUNNER, in : Auer/Müller/Schindler [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall 2008, n° 43 ad art. 27).

Une pièce dont la consultation a été à juste titre refusée à la partie sur la base de l'art. 27 PA 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 (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5469/2010 du 7 décembre 2010 consid. 4.2.7). L'art. 28 PA ne s'applique que lorsque la consultation a été entièrement refusée ou, si une pièce a été en partie caviardée en application de l'art. 27 al. 2 PA en raison de l'existence d'un intérêt prépondérant au secret pour ensuite être partiellement mise à la disposition des parties concernées, que pour les éléments supprimés (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6062/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.3).

**2.2** Les requérants se plaignent de ne pas avoir obtenu la première requête de l'AMF du 7 décembre 2011 et la réponse que lui a donnée la FINMA le 3 février 2012. Cette dernière indique que ces documents relèvent d'une procédure distincte et qu'ils n'ont pas servi de moyens de preuve dans la présente cause.

**2.2.1** Le droit de consulter le dossier en vertu de l'art. 26 PA ne peut être exercé que dans le cadre d'une procédure pendante (cf. WALDMANN/OESCHGER, op. cit., n° 48 et n° 86 ad art. 26 ; BRUNNER, op. cit., n° 16 ad art. 26). Toutefois, il peut se justifier sous certaines circonstances d'accorder le droit de consulter le dossier hors procédure en se fondant sur l'art. 29 al. 2 Cst. ; celui qui veut se prévaloir de ce droit

doit cependant disposer d'un intérêt digne de protection à la consultation du dossier (cf. ATF 129 I 249 consid. 3 ; WALDMANN/OESCHGER, op. cit., n° 49 ad art. 26 ; BRUNNER, op. cit., n° 19 ad art. 26).

**2.2.2** En l'espèce, bien que les deux requêtes concernent les mêmes personnes et tendent à obtenir les mêmes informations, elles constituent néanmoins deux procédures distinctes dont la première a été close par la réponse négative que la FINMA a donné à l'AMF ; les recourants ne peuvent donc prétendre à la consultation de la première requête ainsi que de la réponse de la FINMA en vertu de l'art. 26 PA. Ils n'expliquent en outre pas en quoi l'accès à ces documents leur serait utile dans le cadre de la présente procédure mais se contentent d'alléguer de manière générale que l'AMF tente par tous les moyens d'obtenir des informations à leur sujet. D'ailleurs, comme le relève l'autorité inférieure, ils avaient postérieurement à la clôture de la première procédure expressément déclaré se satisfaire des informations qu'elle leur avait fournies. Il n'appert donc pas qu'ils disposent d'un intérêt digne de protection à la consultation de ces pièces.

**2.2.3** En conclusion, il n'y a pas lieu de retenir une violation du droit de consulter le dossier pour ce qui a trait aux pièces précitées.

**2.3** Les recourants reprochent ensuite à l'autorité inférieure d'avoir caviardé certaines informations dans la version de la seconde requête qu'elle leur a fait parvenir, en particulier la date de celle-ci. Ils déclarent que la date de la requête revêt une importance majeure s'agissant des allégations de franchissement de seuil et d'action de concert ; selon eux, le fait que la requête soit antérieure ou ultérieure au 20 mars 2012 était déterminant à cet égard, attendu qu'un actionnaire de la société avait cédé ses parts à un autre actionnaire important donnant lieu à une déclaration de franchissement de seuil à cette date. À l'inverse, la FINMA estime que les informations caviardées ne sont pas essentielles pour la procédure et que la confidentialité de la date ainsi que des noms des tiers nommés dans la requête se révélait nécessaire afin de ne pas dévoiler à des suspects potentiels des éléments leur permettant la collusion ou la destruction de preuves ; le caviardage serait en outre justifié par l'intérêt public à la correcte application 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) ainsi que par la protection des intérêts de tiers, à savoir les autres actionnaires mentionnés dans la requête et les personnes de contact auprès de l'AMF.

**2.3.1** Le Tribunal de céans a déjà constaté que la FINMA ne pouvait se contenter de se prévaloir de manière générale de l'accord multilatéral précité pour refuser l'accès au dossier ou à une partie de celui-ci mais qu'elle devait se fonder sur un motif suffisant au sens de l'art. 27 PA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6980/2011 du 3 juillet 2012 consid. 5). Constitue un tel motif l'intérêt d'une enquête officielle non encore close (art. 27 al. 1 let. c PA) ; dans ce contexte, il doit être très probable que le déroulement de la procédure se verra considérablement entravé par l'octroi complet de la consultation des pièces ou qu'une exécution adéquate de leurs tâches par les autorités sera remise en question (cf. BRUNNER, op. cit., n° 38 ss ad art. 27).

**2.3.2** À titre préalable, il sied de constater que la date de la requête ressort de la copie du courriel que l'autorité inférieure a consenti à transmettre aux recourants le 23 mai 2013, auquel ils n'ont pas jugé utile de réagir. En l'espèce, la requête de l'AMF visait également d'autres personnes que les recourants et tendait aussi à vérifier l'existence d'une action de concert ; comme l'explique l'autorité inférieure, il pourrait s'avérer défavorable à l'enquête que ces personnes soient informées de l'existence d'une telle demande les concernant ainsi que de sa date. À l'inverse, il appert que ces informations ne présentent aucune pertinence pour ce qui est du soupçon initial sur lequel les recourants doivent se prononcer, à savoir qu'ils détenaient plus de 15 % du capital de la société au mois de novembre 2010 déjà. Leurs arguments ont trait au soupçon d'action de concert sur lequel la FINMA ne se fonde pas dans sa décision d'accorder l'entraide et ne permettent pas de conclure à ce que leur intérêt à pouvoir prendre connaissance de ces éléments l'emporte sur ceux sur lesquels la FINMA se base pour leur en refuser la consultation.

**2.3.3** Il ressort de ce qui précède que l'intérêt de l'enquête non encore close l'emporte sur celui des recourants à pouvoir consulter l'intégralité du document ; en outre, les informations en question n'ont pas été utilisées à leur désavantage.

**2.4** Par conséquent, la FINMA n'a violé le droit d'être entendu des recourants ni en gardant secrets la date de la seconde requête et les noms de tierces personnes y mentionnés ni en omettant de leur transmettre la première requête et la réponse qu'elle lui a donnée.

### **3.**

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 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 ; principe 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.] ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1).

L'AMF est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. Le Tribunal de céans, comme précédemment le Tribunal fédéral, a constaté à maintes reprises que l'AMF respectait les principes précités (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5952/2011 du 20 janvier 2012 consid. 5 et les réf. cit.).

#### **4.**

Les recourants déclarent que la décision de la FINMA ne respecte pas le principe de la proportionnalité et, partant, viole leur droit au respect de la vie privée ancré à l'art. 13 Cst. et à l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101).

**4.1** Aux termes de l'art. 38 al. 4 2<sup>ème</sup> phrase LBVM, 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. 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. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 7.1 et les réf. cit.). Concrètement, elle doit 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 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit., ATF 126 II 409 consid. 5a, ATF 125 II 65 consid. 6b/aa ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1 ; ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2001, p. 146). On ne saurait toutefois attendre d'elle 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 exigence s'avérerait en désaccord avec les buts de l'entraide administrative internationale dès lors que cette dernière vise précisément à clarifier, au moyen des informations 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 Tribunal administratif fédéral B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). 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 (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).

Dans le cadre d'une procédure d'entraide, l'autorité requise n'a pas à soupeser la véracité des faits présentés dans la demande. En effet, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires, elle se trouve liée par les faits constatés dans la requête (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1). Elle n'a pas non plus à se pencher sur l'interprétation du droit de l'État requérant (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 6.2 et les réf. cit.).

**4.2** En l'espèce, la requête de l'AMF vise notamment à examiner si les recourants ont omis une déclaration de franchissement de seuil. À l'appui de sa demande, l'autorité française a indiqué que ceux-ci détenaient

14 % du capital de la société, chiffre à aucun moment contesté par les recourants. Elle a en outre présenté des extraits d'un enregistrement téléphonique et de l'audition de E.\_\_\_\_\_ laissant à penser que les recourants sont titulaires de 316'000 autres actions, représentant 1.6 % du capital de la société, et qu'ils ont ainsi franchi le seuil de 15 % du capital ce qui, selon la réglementation française en vigueur, aurait dû donner lieu à une déclaration de franchissement de seuil. Les documents remis à la FINMA par D.\_\_\_\_\_ SA confirment cette information. Le soupçon initial présenté par l'AMF n'est donc pas manifestement infondé. Quant à eux, les recourants ne contestent pas les renseignements recueillis par l'autorité inférieure mais mettent en doute la validité des informations fournies par l'AMF à l'appui de sa demande et allèguent que cette dernière constituerait une "fishing expedition".

**4.2.1** Pour faire échec à la transmission des données, les recourants estiment en effet que l'AMF se base uniquement sur l'enregistrement téléphonique dont ils contestent la teneur et arguent du fait qu'il a été recueilli de manière illégale par celle-ci. L'AMF de son côté a expressément déclaré dans sa requête que l'enregistrement avait été obtenu légalement. Tout comme pour le respect des principes de spécialité et de confidentialité, il y a lieu de présumer jusqu'à preuve du contraire que l'autorité requérante se comporte de bonne foi et ne présente pas à la FINMA des informations fausses (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-934/2011 du 3 mai 2011 consid. 2 et les réf. cit.) ; la FINMA ainsi que le Tribunal de céans n'ont pas de raison de mettre en doute l'état de fait avancé par l'AMF ; il ne leur appartient pas non plus d'examiner la licéité des preuves produites par l'AMF au regard du droit français. Dans l'extrait qu'elle a mentionné, E.\_\_\_\_\_ déclare : "Et alors, D.\_\_\_\_\_ : 1.6. Ça, c'est B.\_\_\_\_\_ ". Il est tout à fait compréhensible que l'AMF interprète cette assertion dans le sens que les actions appartiennent à ce dernier, quoi qu'en disent les recourants, lui permettant ainsi de les soupçonner d'avoir omis de déclarer un franchissement de seuil. Au demeurant, leurs allégués apparaissent d'autant moins crédibles qu'ils attribuent à cette phrase une signification manifestement erronée ; en effet, ils expliquent qu'elle doit être comprise en ce sens que lesdites actions pourraient voter en faveur de B.\_\_\_\_\_ et non pas qu'elles lui appartiendraient. Or, il est avéré que les recourants sont bel et bien les titulaires de ces actions.

Pour ces mêmes motifs, la contestation des dires de E.\_\_\_\_\_ lors de son audition ne sert aucunement aux recourants.

**4.2.2** Les recourants prétendent ensuite que les seuils entraînant une obligation de déclarer ne sont fixés que dans le règlement général de l'AMF ; par conséquent, le soupçon porté à leur égard toucherait à la violation d'une disposition non pas légale mais seulement réglementaire ne constituant qu'une simple contravention sanctionnée par une amende. Cet argument s'avère infondé à plusieurs égards : il appert en effet que l'obligation de déclarer les franchissements de seuil est prévue dans le Code de commerce français à l'art. L233-7 mentionné par l'AMF dans sa requête ; de toute manière, l'art. 38 al. 2 LBVM ne pose pas d'exigences quant à la nature de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières dans le pays requérant et, en particulier, n'impose pas qu'elle soit ancrée dans une loi au sens formel. Il en va de même pour ce qui relève du type de sanction encouru ; le fait qu'il ne s'agisse que d'une amende ne revêt aucune importance dans ce contexte. Quant à l'argument selon lequel les actions en question ne donneraient pas le droit de vote ou d'obtenir des dividendes, sa pertinence est douteuse au vu de la teneur de l'art. L233-7 précité ; il n'a en tout état de cause pas à être examiné par l'autorité requise ; le cas échéant, il appartiendra à l'autorité requérante de le prendre en considération au regard de la législation française.

**4.2.3** Les recourants indiquent encore que les fonctionnaires de l'AMF se verraient tenus de déclarer toute infraction qu'ils constatent, y compris fiscales, au parquet qui pourrait les transmettre aux autorités fiscales en violation du principe de spécialité. Comme il a été exposé ci-dessus, l'AMF satisfait aux exigences de spécialité et de confidentialité de l'art. 38 al. 2 LBVM (cf. supra consid. 4). Par ailleurs, il sied de souligner qu'aucune violation de ces principes 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 jusqu'ici été admises au niveau de cette instance.

**4.3** En conclusion, il appert que l'état de fait exposé par l'AMF laisse apparaître un soupçon initial que les informations requises peuvent contribuer à éclaircir, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire ou du moins utile à l'enquête ; la requête de l'AMF ne constitue ainsi pas une recherche indéterminée de moyens de preuve. Par voie de conséquence, en admettant l'existence d'un tel soupçon justifiant de transmettre ces informations, la FINMA ne viole pas le principe de la proportionnalité. Attendu que ce principe est respecté, la restriction du droit des recourants au respect de la vie privée est également justifiée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.234/2000 du 25 avril 2001 consid. 2b/bb).

## 5.

Les recourants estiment que l'art. 2 let. a de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1) devrait se voir appliqué par analogie à la présente procédure et la requête d'entraide rejetée en raison des manquements entachant l'enquête menée par l'AMF. En particulier, ils estiment qu'elle est instrumentalisée par un groupe d'actionnaires auxquels ils s'opposent pour le contrôle de la société. Ils déclarent que l'enregistrement de la conversation téléphonique avait été obtenu de manière illégale et qu'en en faisant usage, l'AMF violait l'art. 6 al. 1 CEDH. Or, en vertu de l'art. 2 let. a EIMP, la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la CEDH. Pour sa part, la FINMA estime que la procédure d'entraide ne constitue pas un litige pénal ni une contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil et n'est par conséquent pas soumise à la CEDH ; l'EIMP s'avère ainsi non applicable, fût-ce par analogie. L'autorité inférieure rappelle au demeurant que l'enregistrement téléphonique ne constitue pas le seul élément à l'appui de la requête de l'AMF et estime qu'elle n'a pas à se pencher sur les allégués relatifs aux relations conflictuelles entre actionnaires.

**5.1** Selon l'art. 38 al. 2 let. a 2<sup>ème</sup> phrase, les informations recueillies par le biais de l'entraide administrative peuvent être retransmises par l'autorité requérante à d'autres autorités, tribunaux ou organes – notamment ceux chargés de la poursuite pénale – pour autant qu'elles soient utilisées par ces derniers à des fins de mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, c'est-à-dire qu'elles respectent le principe de la spécialité (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2A.13/2007 du 3 septembre 2007 consid. 4.2 et 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1).

Aux termes de l'ancien art. 38 al. 2 let. c LBVM, en vigueur jusqu'au 31 janvier 2006, la communication d'informations aux autorités étrangères était soumise à la condition que celles-ci ne les transmettent à leur tour qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international ; toutefois, lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale était exclue, aucune information ne pouvait être transmise à des autorités pénales. Cela impliquait que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale fussent réunies, y compris la nécessité de la double incrimination prévue à l'art. 64 EIMP (cf. ATF 125 II 450

consid. 4b). Cette exigence compliquait voire bloquait l'entraide avec certains États, raison pour laquelle les conditions de l'entraide ont été assouplies par modification du 7 octobre 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006 (cf. RO 2006 197 s ; HANS-PETER SCHAAD in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [éd.], Basler Kommentar Börsengesetz - Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2011, n° 6 ad art. 38 LBVM).

Cet amendement a aboli le principe dit du "long bras", qui obligeait l'autorité de surveillance à garder le contrôle de l'utilisation des informations après les avoir transmises à l'autorité étrangère ; il a assoupli le principe de confidentialité tout en maintenant le principe de la spécialité : ainsi, tant que ce dernier est respecté, la retransmission des informations recueillies par l'autorité requérante à une autre autorité ne présuppose plus l'assentiment préalable de la FINMA. Celui-ci est toutefois toujours requis lorsque les informations doivent être retransmises à des autorités pénales en dépit du principe de spécialité, notamment à des fins fiscales ; dans un tel cas, la FINMA peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue (art. 38 al. 6 LBVM).

S'il appert à la lecture du message du Conseil fédéral concernant la modification de l'art. 38 LBVM que la révision visait en particulier à supprimer la condition de la double incrimination et la nécessité pour l'autorité requérante de présenter des éléments supplémentaires allant au-delà du soupçon initial nécessaire à l'octroi de l'entraide administrative (cf. FF 2004 6350 ss), on peut conclure de la formulation de l'art. 38 al. 6 LBVM a contrario que les dispositions de l'EIMP de manière générale – dont les motifs d'irrecevabilité prévus aux art. 2 ss EIMP – ne sont pas applicables à la procédure d'entraide administrative pour autant que les informations recueillies soient utilisées dans le cadre du principe de spécialité (cf. SCHAAD, op. cit., n° 140 ad art. 38 LBVM). Le message précise d'ailleurs que l'art. 3 EIMP ne se verra appliquer qu'en cas de transmission à des fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières (cf. FF 2004 6362). Sur le vu de ce qui précède, une application par analogie desdites dispositions et en particulier de l'art. 2 let. a EIMP ne semble pas faire sens.

**5.2** Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas à être tranchée de manière définitive attendu que, même en appliquant cette norme de manière analogue, les recourants ne peuvent rien en tirer à leur profit. En effet,

quiconque invoque l'art. 2 let. a EIMP doit démontrer être concrètement exposé au risque de violation de ses droits de procédure ; il ne suffit pas que la personne accusée dans le procès pénal ouvert dans l'État requérant se prétende menacée du fait d'une situation politico-juridique spéciale; il lui appartient de rendre vraisemblable l'existence d'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'État requérant, susceptible de la toucher de manière concrète (cf. ATF 129 II 268 consid. 6.1). Or, en l'espèce, les recourants se contentent d'alléguer que l'enregistrement était illégal sans apporter d'éléments concrets à l'appui de leurs dires. En outre, citant un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, ils exposent eux-mêmes que ledit enregistrement – s'il devait s'avérer qu'il a été obtenu de manière illicite – ne serait pas recevable comme preuve dans le cadre d'une procédure en France. Les recourants ne parviennent ainsi pas à rendre vraisemblable que les principes de procédure fixés par la CEDH ne seraient pas respectés.

**5.3** En conclusion, les recourants ne peuvent se prévaloir de l'art. 2 let. a EIMP pour s'opposer à la transmission des informations.

## **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.

## **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 1<sup>ère</sup> 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 Fr. 3'000.-, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de Fr. 3'000.- déjà versée.

Vu l'issue de la procédure, les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

**8.**

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.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 3'000.-, sont mis à la charge des recourants. 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 :

- aux recourants (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'autorité inférieure (recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

Expédition : 26 juillet 2013