



Cour II
B-6980/2011

Arrêt du 3 juillet 2012

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Philippe Weissenberger et Francesco Brentani, juges ;
Fabienne Masson, greffière.

Parties

1. X. _____ SA,
2. Y. _____,
tous deux représentés par Maître Malek Adjadj, 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 23 novembre 2010, la Financial Services Authority (ci-après : la FSA), autorité britannique de surveillance des marchés financiers, a sollicité l'entraide administrative auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) en relation avec l'activité d'un ressortissant anglais du nom de Z._____. Il ressort de ladite requête que le prénommé aurait, entre août 2005 et août 2009, opéré, avec d'autres personnes, un plan d'investissements collectifs non autorisé (...) au travers des sociétés A._____. Les intervenants (...) auraient proposé la vente de terrains immobiliers à des consommateurs britanniques en violation de la section 19 du Financial Services and Markets Act 2000.

La FSA a ouvert une enquête visant à déterminer si Z._____ s'était engagé avec plusieurs personnes dans cette activité non autorisée contraire au Financial Services and Markets Act 2000. Dans ce contexte, ses investigations ont conduit la FSA à identifier une société du nom de X._____ SA ainsi que trois comptes bancaires en Suisse – soit deux auprès du B._____ SA (ci-après : B._____ ou la banque 1) à E._____ et le troisième auprès de C._____ (ci-après : C._____ ou la banque 2) à E._____ – sur lesquels a été transféré, en faveur de la société précitée, un montant d'au moins GBP 2'310'500.- provenant de l'activité non autorisée depuis un compte détenu par A._____ à F._____ ; Z._____, agissant au nom de A._____, est le signataire de ce compte.

La demande d'entraide du 23 novembre 2010, répertoriant les numéros IBAN des trois comptes en cause, tendait à la transmission d'informations et de documents y relatifs, soit les documents d'ouverture de compte, la correspondance, les notes de gestionnaire, les relevés bancaires depuis l'ouverture du compte jusqu'à ce jour ou jusqu'à sa clôture (y compris le nom du détenteur du compte, son adresse et le solde du compte).

B.

Donnant suite à la requête d'entraide, la FINMA a, par courriers des 22 et 23 décembre 2010, demandé respectivement au B._____ et à C._____ de lui transmettre les informations et documents sollicités par la FSA.

B.a Par courrier du 4 janvier 2011, la banque 2 a transmis à la FINMA les informations et les documents requis. Il en ressort que le titulaire du

compte dont le numéro IBAN a été communiqué par la FSA est X._____. SA et son ayant droit économique Y._____. Le compte a été ouvert en novembre 2008. Le 28 août 2009, X._____ SA a transféré de ce compte vers son propre compte ouvert auprès de la banque 1 la somme de GBP 299'000.-.

B.b Par courrier du 7 janvier 2011, la banque 1 a transmis à la FINMA les informations et les documents requis. Il en ressort que le titulaire et ayant droit économique de l'un des deux comptes dont le numéro IBAN a été communiqué par la FSA est Y._____, ressortissant (...) résidant à F._____. Ledit compte a été ouvert en août 2006. En outre, durant l'année 2007, A._____ a effectué sur ce compte douze virements en faveur de Y._____. Le titulaire du second compte auprès du B._____ annoncé par la FSA est X._____ SA dont l'ayant droit économique est Y._____. Le compte a été ouvert en 2007. Par ailleurs, durant l'année 2008, A._____ a procédé, sur ce compte, à neuf virements en faveur de X._____ SA. Cette dernière et Y._____ ont ainsi reçu de la part de A._____ la somme totale de GBP 2'260'000.-.

B.c Les 13 et 14 janvier 2011, la FINMA a prié les banques 1 et 2 d'informer leurs clients et de les inviter à se déterminer sur la requête d'entraide administrative de la FSA.

Par courrier du 4 mars 2011 – faisant suite à la transmission, à leur demande, des copies du dossier les concernant par la FINMA –, X._____ SA et Y._____ se sont plaints de n'être toujours pas en possession de l'ensemble des pièces. Ils se sont par ailleurs opposés à toute transmission d'informations ou de données à leur sujet.

Par courrier du 10 mars 2011, la FINMA a confirmé à X._____ SA et Y._____ qu'ils se trouvaient bien en possession d'une copie complète de leur dossier à l'exception de la requête d'entraide qu'elle a qualifiée de confidentielle conformément à l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV). Elle a toutefois résumé les faits tels qu'ils ressortent de ladite requête.

Le 25 mars 2011, X._____ SA et Y._____ ont estimé n'avoir toujours pas pu bénéficier d'un accès réel au dossier. À leurs yeux et compte tenu des éléments transmis, la demande ne serait pas justifiée. Le fondement du caractère litigieux des transactions mentionnées par la FINMA ne serait par ailleurs ni étayé ni justifié. De plus, les prénommés affirment

que la procédure étrangère menée par la FSA ne définit aucunement les éléments à leur charge. Ils considèrent que toute transmission d'informations violerait le principe de la proportionnalité et serait incompatible avec le principe de la bonne foi.

C.

Par décision du 16 décembre 2011, la FINMA a accordé l'entraide administrative à la FSA et a accepté de lui transmettre les informations remises par les banques 1 et 2. Elle a expressément requis de la FSA de traiter les informations et documents transmis de façon confidentielle conformément au MMoU et rappelé que ceux-ci devaient être utilisés 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.

D.

Par mémoire du 23 décembre 2011, mis à la poste le même jour, X. _____ SA (ci-après : la recourante 1) et Y. _____ (ci-après : le recourant 2) ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Ils concluent préalablement à ce qu'il soit ordonné à la FINMA de produire en mains dudit Tribunal l'intégralité des pièces de la procédure traduites dans une langue officielle en Suisse (soit en l'espèce le français) et de certifier que le dossier produit est complet ; à ce qu'un accès illimité au dossier intégral leur soit garanti ; à ce qu'un délai raisonnable leur soit octroyé pour compléter leur recours et pour prendre position sur les pièces remises dans le cadre de la présente procédure. À titre principal, ils concluent, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision entreprise, au refus de l'entraide en tant qu'elle les concerne, à l'interdiction pour la FINMA de transmettre tout document ou information à la FSA ; subsidiairement, ils requièrent la suspension de la décision entreprise jusqu'à communication de plus amples informations de l'autorité étrangère.

À l'appui de leurs conclusions, les recourants, n'ayant pas eu accès à la demande d'entraide administrative de la FSA, se plaignent tout d'abord d'une violation de leur droit d'être entendu. Par ailleurs, ils voient dans la décision querellée une violation du principe de la proportionnalité, en particulier dans l'intention de la FINMA de transmettre la quasi intégralité de la documentation bancaire saisie.

E.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet au terme de ses remarques responsives du 19 janvier 2012.

F.

Le 13 février 2012, les recourants ont persisté dans leurs conclusions.

G.

Par ordonnance du 26 mars 2012, le Tribunal administratif fédéral a invité l'autorité inférieure à lui faire savoir si, à la lumière de l'arrêt B-6062/2011 du 22 mars 2012, elle souhaitait réexaminer sa décision du 16 décembre 2011 ou, dans la négative, à déposer ses observations. Ces dernières sont datées du 30 avril 2012, celles des recourants du 7 juin 2012.

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 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.

Les recourants concluent préalablement à ce qu'il soit ordonné à la FINMA de produire en mains du Tribunal administratif fédéral l'intégralité des pièces de la procédure, traduites dans une langue officielle, soit le français.

2.1. L'art. 57 al. 1 PA prescrit que, si le recours n'est pas d'emblée irrecevable ou infondé, l'autorité de recours en donne connaissance sans délai à l'autorité qui a pris la décision attaquée et, le cas échéant, aux parties adverses du recourant ou à d'autres intéressés, en leur impartissant un délai pour présenter leur réponse ; elle invite en même temps l'autorité inférieure à produire son dossier. La production du dossier constitue une obligation tendant à la transmission de l'intégralité des pièces concernant la cause (cf. ANDRÉ MOSER, in : Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich/St-Gall 2008, n° 13 ad art. 57 et la réf. cit.).

En l'espèce, les recourants s'en prennent à l'état incomplet du dossier mis à leur disposition. Si l'absence de la requête d'entraide administrative internationale du dossier mis à leur disposition est établie, les recourants ne prétendent pas que d'autres documents feraient défaut. Dans le cadre normal de l'échange d'écritures, l'autorité inférieure a été, conformément aux prescriptions légales, invitée à produire le dossier complet de la cause par décision incidente du 29 décembre 2011. Elle s'est conformée à cette invitation lors de l'envoi de sa réponse le 19 janvier 2012. En particulier, la requête d'entraide administrative internationale formulée par la FSA figure au dossier remis à l'attention du Tribunal de céans. De surcroît, à la lecture du bordereau accompagnant les pièces, rien ne permet d'affirmer que l'autorité inférieure se serait soustraite à son obligation en omettant d'en transmettre certaines.

Dans ces circonstances, sans préjuger du respect ou non du droit d'être entendu des recourants notamment sous l'angle de l'accès au dossier (cf. infra consid. 3 ss), force est de constater que l'autorité inférieure a

satisfait à son obligation de transmission du dossier. Il a ainsi, de facto, été fait droit à la conclusion préalable des recourants dans le cadre normal de l'instruction de la présente affaire.

2.2. S'agissant de la requête des recourants tendant à la traduction dans une langue officielle de la Confédération, soit le français, de l'intégralité des pièces du dossier, l'autorité inférieure conclut à son rejet relevant en particulier que le recourant 2 est l'ayant droit de la recourante 1, qu'il est un ressortissant de F._____ dont la langue officielle est l'anglais et que les statuts de la recourante 1 ont été produits en anglais sans traduction ; elle constate qu'il en va de même des procurations établies par les recourants en faveur de leur mandataire versées au dossier.

Lorsqu'une partie produit des pièces qui ne sont pas rédigées dans une langue officielle, l'autorité peut, avec l'accord des autres parties, renoncer à en exiger la traduction (art. 33a al. 3 PA). Si nécessaire, l'autorité ordonne une traduction (art. 33a al. 4 PA). Ces dispositions laissent à l'autorité chargée de les appliquer une marge d'appréciation importante (cf. BERNARD MAITRE/VANESSA THALMANN [SAID HUBER], in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 21 ad art. 33a et les réf. cit.). Qui plus est, ainsi que cela ressort du message du Conseil fédéral, la pratique tend à l'admission de documents non libellés dans une langue officielle sans en exiger la traduction lorsque les membres du Tribunal, le greffier ainsi que les autres parties connaissent cette langue (cf. message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, spéc. 4099 s.). Il peut également être renoncé à la traduction de tels documents lorsque la cause nécessite d'être traitée de manière rapide notamment dans les affaires d'entraide (cf. MAITRE/THALMANN [HUBER], op. cit., n° 24 ad art. 33a).

En l'espèce, il appert que le dossier est constitué d'un nombre conséquent de documents libellés en anglais ; il comprend également certaines pièces en espagnol. Il est vrai que, dès lors que les recourants ont formellement requis la traduction des pièces non rédigées dans une langue officielle de la Confédération, l'on ne saurait admettre leur consentement, même tacite, à y renoncer. Cela étant, eu égard aux circonstances, l'on saisit mal les raisons de leur requête ; ils ne les ont d'ailleurs pas explicitées. En effet, si les recourants se sont abondamment prononcés sur l'étendue de leur droit de consulter le dossier, ils n'ont pas motivé leur demande tendant à la traduction des

pièces formulées dans une langue ne faisant pas partie de celles, officielles, de la Confédération. En particulier, ils n'ont à aucun moment allégué qu'eux ou leur mandataire ne maîtriseraient pas les langues étrangères en cause. S'agissant de l'anglais, force est au contraire de remarquer avec l'autorité inférieure que le recourant 2, également ayant droit économique de la recourante 1, est un ressortissant (...) résidant à F. _____ ; que l'ensemble de la documentation d'ouverture des comptes acquise auprès des banques 1 et 2 est libellée en anglais et a été signée par le recourant 2 ; que la correspondance a été systématiquement rédigée en anglais ; que les écritures de recours contiennent des renvois exprès, en anglais, au MMoU (pourtant disponible en version française sur le site même de l'OICV, <http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=pubdocs&year=2002&publicDocID=126>, visité le 25 juin 2012). De surcroît, les recourants ont eux-mêmes versé au dossier divers documents rédigés en anglais, soit les procurations établies par leur propre mandataire, celle signée par la recourante 1 en faveur du recourant 2 ainsi qu'un exemplaire du MMoU, sans y joindre une quelconque traduction. En outre, la recourante 1 s'avère sise à D. _____ dont la langue officielle est l'espagnol. Or, l'art. 33a PA vise à l'évidence à donner à toutes les parties ainsi qu'aux membres du Tribunal appelés à statuer les moyens de saisir parfaitement la portée et la teneur des pièces versées au dossier. In casu, aucun élément n'autorise à penser que des personnes précitées ne seraient pas à même de le faire.

En tout état de cause, il est permis de se demander si le comportement des recourants ne devrait pas d'ailleurs être considéré comme abusif. Cela étant, les exigences de célérité imposées par l'art. 38 al. 4 LBVM (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2537/2008 du 10 juillet 2008 consid. 9) ainsi que le but de la requête des recourants manifestement contraire à celui visé par l'art. 33a PA commandent de toute façon de renoncer à exiger une traduction des pièces versées en langue étrangère. Dans ces circonstances, la demande de traduction des recourants doit être rejetée.

3.

Les recourants concluent à ce qu'un droit d'accès illimité au dossier intégral leur soit garanti. À l'appui de leur conclusion, ils invoquent une violation de leur droit d'être entendu. Ils estiment que leur opposer le principe de confidentialité pour refuser l'accès au dossier revient non seulement à travestir l'essence même du principe mais constitue une grave ingérence dans les règles de la LBVM. Par ailleurs, ils soulignent que le MMoU sur lequel l'autorité inférieure se fonde se présente comme

une déclaration d'intention non contraignante ; il n'est dès lors pas susceptible de constituer une base légale suffisante à une restriction des droits garantis par la Constitution. En outre, les recourants relèvent que les informations transmises par la FINMA touchant au contenu de la requête d'entraide ne permettent pas de déterminer avec précision quels documents sont nécessaires aux investigations de la FSA. Ils soulignent sur ce point que, même si la décision querellée devait se justifier quant à l'interdiction d'accès à certains documents du dossier, la FINMA ne pourrait faire usage des informations décrites dans la requête de la FSA puisqu'elle n'a pas pleinement respecté son devoir de communication. De plus, les recourants déclarent mal voir comment un administré pourrait savoir si les documents en cause sont utiles à faire avancer l'enquête s'il ne dispose justement pas du contenu précis de ladite enquête. Ils considèrent que la FINMA énonce des considérations politiques, non pertinentes en matière juridique, en faisant état de la durée des négociations entourant le MMoU ; la FINMA ne démontrerait aucunement que le cas d'espèce remplirait les conditions d'une restriction à l'accès au dossier ni n'établirait un quelconque intérêt public supérieur à la limitation de leur droit d'être entendu.

De son côté, l'autorité inférieure rappelle que le respect des standards du MMoU – nonobstant leur nature non contraignante – est néanmoins assuré dans toutes les places financières mondiales importantes. Elle ajoute que la remise en question de leur application et la divulgation de la requête aux suspects potentiels auraient, dans les faits, des conséquences désastreuses pour la place financière suisse et les relations que s'efforce d'entretenir le pays avec l'étranger dans le contexte politique et financier mondial actuel. En outre, elle considère avoir traduit et résumé les éléments essentiels de la requête d'entraide. À ses yeux, la restriction au droit de consulter les pièces du dossier se révèle proportionnée et justifiée par l'existence d'un intérêt public prédominant à la conservation du secret. Elle juge que les recourants ont été en mesure de faire valoir leurs droits et n'ont, de ce fait, subi aucun préjudice de sorte que leur droit d'être entendu ainsi que leur droit d'accès au dossier ont été respectés. Expliquant que seule est admise en qualité de membre du MMoU l'autorité de surveillance qui démontre que son droit interne ne contrevient pas aux dispositions dudit MMoU, la FINMA indique qu'il lui a fallu plus de huit ans pour être acceptée en raison de l'existence de sa procédure de notification ; elle précise qu'une partie des membres étaient et sont toujours de l'avis que le seul fait d'informer le client de l'existence d'une requête constitue déjà une violation du memorandum. Rappelant la teneur de l'art. 11 let. a MMoU

touchant à la confidentialité de la correspondance échangée entre les autorités, elle note que le caractère confidentiel s'étend non seulement au contenu de la demande d'entraide – soit l'exposé des faits et les informations découlant de l'enquête – mais surtout au document physique que constitue la demande. Elle se réfère en outre aux recommandations de l'OICV en la matière selon lesquelles l'autorité requise ne devrait même pas divulguer le fait qu'une requête a été déposée ni même l'identité de l'autorité requérante ; par ailleurs, en aucun cas l'autorité requise ne devrait faire connaître le contenu de la requête. La FINMA explique être parvenue à faire admettre que la communication de l'émission d'une requête était conforme à l'art. 11 let. a MMoU et surtout que celle des éléments donnant aux parties la possibilité de faire valoir leur droit d'être entendu l'était aussi. Elle signale que son adhésion en qualité de membre A du MMoU a été admise à la condition, d'une part, qu'elle gardera confidentielles les requêtes qu'elle reçoit, seul le fait qu'une requête a été déposée pouvant être divulgué si cette révélation se révèle nécessaire pour exécuter la requête et après consultation de l'autorité requérante ; d'autre part, elle ne peut porter à la connaissance des personnes visées que le minimum nécessaire des faits pour juger de la légalité de la requête, des pouvoirs de l'autorité requérante et de la pertinence des informations requises. Elle affirme qu'aller au-delà de cette décision impliquerait la perte du statut de membre de MMoU. Aussi, elle estime qu'imposer un caviardage s'avère tout simplement impossible, allant au-delà du minimum nécessaire des faits et consistant en une divulgation de la demande d'entraide elle-même ; or, cela représenterait une violation grave, par la FINMA, de ses engagements.

4.

4.1. 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, exigent que le secret soit gardé (let. a) ou

lorsque l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige (let. c). L'énumération des intérêts figurant à l'art. 27 al. 1 let. a PA se présente de manière non exhaustive.

4.1.1. N'importe quel intérêt public (ou privé [art. 27 al. 1 let. b PA]) opposé ne justifie pas un refus ou une restriction du droit de consulter le dossier. Il appartient à l'autorité administrative ou, en cas de litige, au juge de déterminer, dans un cas particulier, si un intérêt concret à la conservation du secret l'emporte sur l'intérêt, par principe (également) important, à la consultation du dossier. Il serait inadmissible d'exclure du droit à la consultation certaines catégories de documents de manière générale. Un examen attentif et complet ainsi qu'une appréciation des intérêts en conflit doivent être entrepris par l'autorité compétente d'une manière conforme à son pouvoir d'appréciation et en tenant compte du principe de la proportionnalité (cf. ATF 115 V 297 consid. 2c ss et les réf. cit. ; STEPHAN C. BRUNNER, in : Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, n° 9 ss ad art. 27 et les réf. cit.).

La notion d'intérêts importants, publics ou privés, employée à l'art. 27 al. 1 let. a et b PA constitue une notion juridique indéterminée octroyant à l'autorité chargée de l'interpréter une latitude de jugement (Beurteilungsspielraum) étendue. L'admission d'intérêts importants s'opposant à l'accès au dossier n'interviendra pas d'une manière générale mais selon les spécificités du cas d'espèce (cf. ATAF 117 Ib 481 consid. 7a/aa et les réf. cit.). Cependant, seuls les intérêts qualifiés l'emportant sur l'intérêt fondamental à la consultation du dossier seront à même d'en limiter la portée dans un cas particulier. Aussi, une autorité rejetant une demande de consultation des pièces sur la base de considérations générales en relation avec des intérêts à la conservation du secret se rend fautive d'un déni de justice formel (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.651/2005 du 21 novembre 2006 consid. 2.6.2 et les réf. cit. ; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 17 ad art. 27).

4.1.2. Une restriction à la consultation du dossier pour des motifs de maintien de la sécurité extérieure de la Confédération – ce qui semble en premier lieu entrer en ligne de compte en l'espèce – s'avère admissible selon la doctrine et la jurisprudence afin de garantir le maintien des engagements internationaux ainsi que d'entretenir de bonnes relations avec les États étrangers. Il s'agit notamment de l'intérêt qui existe à éviter

de sérieuses frictions dans le cadre de la politique extérieure (par exemple lorsque certains documents sont qualifiés de confidentiels par les coutumes ou traités internationaux) ou de celui touchant à une représentation efficace des intérêts de la Suisse vis-à-vis des autorités étrangères (cf. dans ce sens BRUNNER, op. cit., n° 21 s. ad art. 27 et les réf. cit.). L'on songera aussi à l'invocation de la protection de l'intérêt public au bon fonctionnement des institutions étatiques dont la FINMA fait partie (cf. BRUNNER, op. cit., n° 23 s. ad art. 27 et les réf. cit.). La consultation du dossier peut également se trouver en opposition avec une norme figurant dans une loi spéciale prévoyant le secret (cf. BRUNNER, op. cit., n° 25 ad art. 27 et les réf. cit.).

4.1.3. La consultation du dossier se verra également refusée lorsque l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige (art. 27 al. 1 let. c PA). Dans ce contexte, il doit être très probable que le déroulement de la procédure sera 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. Une indication claire sur un tel danger est généralement requis (cf. BRUNNER, op. cit., n° 38 ss ad art. 27 et les réf. cit.).

4.2. 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. WALDMANN/OESCHGER, op. cit., 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. BRUNNER, op. cit., n° 43 ad art. 27).

4.3. 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). Ledit Tribunal a exposé dans cet arrêt que l'art. 28 PA ne s'avère applicable 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).

5.

En l'espèce, l'autorité inférieure se fonde essentiellement sur des intérêts publics importants de la Confédération au sens de l'art. 27 al. 1 let. a PA.

5.1. Le Tribunal administratif fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer de manière approfondie sur les dangers existants pour les intérêts publics avancés par l'autorité si l'accès à la demande d'entraide administrative se voit finalement octroyé (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5469/2010 du 7 décembre 2010, en particulier consid. 4.2.2 ss) ; il sied d'y renvoyer. Au consid. 4.2.6 de cet arrêt, ledit Tribunal a admis l'existence d'un intérêt public prépondérant à refuser la consultation de la demande d'entraide en raison des circonstances spécifiques du cas concret – entre autres la situation singulière dangereuse dans le contexte de la demande liée à l'État requérant, soit l'Italie ; il a en même temps souligné que l'autorité inférieure ne saurait compter avec la faculté de refuser l'accès à une demande d'entraide émanant de tous les signataires du MMoU sans base légale correspondante, sur la seule référence audit MMoU et aux dangers abstraits pour le bien-être économique du pays qui y sont liés.

5.2. L'art. 11 let. a MMoU invoqué par l'autorité inférieure en qualité d'intérêts publics importants justifiant le refus de la consultation de la demande d'entraide comporte le titre « Confidentialité » dans la version française ; il prescrit que « chaque Autorité préservera le caractère confidentiel des demandes présentées dans le cadre du présent Accord, leur contenu et tous les éléments découlant du présent Accord, y compris les consultations entre Autorités et l'assistance fournie spontanément. Après avoir consulté l'Autorité requérante, l'Autorité requise pourra divulguer le fait que l'Autorité requérante a présenté une demande, si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête ».

Il est douteux que cette disposition puisse ou doive être interprétée de telle manière que l'autorité inférieure ne serait en aucun cas habilitée à octroyer l'accès à la demande d'entraide – même en caviardant les éléments sensibles – à défaut de quoi le Memorandum of Understanding serait violé. La teneur de la clause dudit memorandum n'exclut a priori pas que l'autorité inférieure dispose de la faculté d'accorder le droit de consultation à la personne idoine d'une manière conforme à l'art. 27 PA après avoir consulté l'autorité requérante. Dans ce contexte, on pourrait

d'ailleurs très sérieusement s'interroger sur le point de savoir si la pratique suivie par la FINMA consistant à communiquer à la personne concernée l'existence d'une demande d'entraide ainsi qu'une partie du contenu de celle-ci sans avoir, semble-t-il, consulté au préalable l'autorité requérante ne serait pas déjà précisément en contradiction même avec ses propres indications. Quoi qu'il en soit, l'art. 6 let. a MMoU, qui a pour titre « Principes généraux concernant l'assistance mutuelle et l'échange d'informations », s'exprime en faveur d'une interprétation permettant un accès conforme à l'art. 27 PA après une telle consultation : « Le présent Accord expose les intentions des Autorités concernant l'assistance mutuelle et l'échange d'informations destinés à permettre l'application et le respect des lois et réglementations en vigueur dans les juridictions dont dépendent les Autorités. L'objectif des dispositions du présent Accord n'est pas de créer des obligations ayant force de loi, ni de remplacer les législations nationales. » Il ressort notamment de la dernière phrase que l'art. 11 let. a MMoU s'interprète à la lumière du droit interne du pays concerné. Une interprétation de la disposition précitée en conformité avec les art. 26 ss PA semble dès lors en principe possible ; il en découle que les dangers évoqués par l'autorité inférieure – qui surviendraient, le cas échéant, en cas de violation du MMoU – apparaissent pour le moins improbables. Il sied encore d'ajouter qu'une réglementation envisageant, dans une loi spéciale (par exemple à l'art. 38 LBVM), une restriction du droit à la consultation des pièces permettant d'exclure, d'une manière générale, les demandes d'entraide administrative internationale de ce droit n'existe pas (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6062/2011 du 22 mars 2012 consid. 5.1.2) ; dans ce contexte, l'on s'étonne d'ailleurs que rien, à la lecture des déterminations de l'autorité inférieure, ne suggère que les autorités compétentes entreprendraient actuellement de modifier la réglementation dans ce sens (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5469/2010 du 7 décembre 2010 consid. 4.4.5 in fine).

6.

In casu, l'autorité inférieure a certes souligné qu'une éventuelle perte du statut de membre du MMoU aurait des conséquences néfastes pour les intermédiaires financiers suisses, l'accès aux marchés financiers britanniques dépendant, pour eux, du bon fonctionnement de la coopération internationale. Elle a également précisé qu'une coopération internationale entre la Suisse et la Grande-Bretagne apparaissait comme un enjeu décisif et qu'une grande majorité des requêtes d'entraide internationale reçues par la FINMA provient de la FSA, ajoutant qu'il existe une extrême interdépendance entre les places financières des deux pays, notamment entre les offres et services des intermédiaires

financiers suisses actifs sur les marchés britanniques et ceux des intermédiaires financiers britanniques sur les marchés suisses. Il s'agit cependant de considérations générales valant pour l'ensemble des autorités de surveillance signataires du MMoU, excluant ainsi d'une manière toute générale la transmission de l'ensemble des requêtes d'entraide administrative internationale émanant desdites autorités. Il est sans doute vrai que l'on ne saurait exclure totalement que les conséquences néfastes évoquées par la FINMA se produisent. Cela étant, comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 5.2), le respect de l'art. 11 MMoU ne s'oppose pas forcément à une transmission des informations sur la base des art. 26 et 27 PA. Or, concrètement, rien dans l'argumentation avancée par l'autorité inférieure dans le cas d'espèce ne laisse encore présager, avec un degré de vraisemblance suffisamment élevé, une telle dégradation des relations entre les deux pays en raison de la transmission de certaines données de la requête touchant les recourants. Au regard des éléments développés précédemment (cf. consid. 4.1.1 et 5.1), il faut bien reconnaître que la mention de l'existence de risques pour le bien-être économique du pays formulée de façon plus ou moins vague ne saurait suffire – au regard de l'art. 27 PA – à restreindre, d'une manière générale ou s'agissant de certaines pièces spécifiques propres au cercle des signataires du MMoU, le droit à la consultation du dossier en tant que corollaire au droit constitutionnel d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.).

7.

L'autorité inférieure n'a pas non plus été en mesure d'expliquer si et dans quelle mesure l'intérêt d'une enquête officielle de la FSA non encore close (art. 27 al. 1 let. c PA) s'opposerait à la consultation de la requête d'entraide ou, plus précisément, de parties de la requête puisqu'un pan de son contenu a déjà été résumé et communiqué. Afin de se fonder à juste titre sur l'art. 27 al. 1 let. c PA, la FINMA doit être à même de démontrer ou, à tout le moins, de rendre vraisemblable que la procédure en cours se verrait entravée par la consultation et d'en exposer les motifs à cet effet.

8.

Il découle de l'ensemble de ce qui précède que l'autorité inférieure a refusé aux recourants la consultation de la demande d'entraide sans se fonder sur un motif prévu par l'art. 27 al. 1 PA. Puisque le Tribunal administratif fédéral fait preuve d'une grande retenue dans les cas de ce genre où l'autorité inférieure dispose de connaissances spécifiques (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5469/2010 du 7 décembre

2010 consid. 4.2.6) et qu'il n'est pas entièrement exclu que l'autorité inférieure avance encore des éléments probants à son interprétation de l'art. 11 let. a MMoU dans le contexte propre aux relations de la Suisse avec la Grande-Bretagne, il ne convient ni d'accorder aux recourants l'accès à la demande d'entraide dans le cadre de la procédure de recours, ni de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure pour qu'elle y donne suite. Bien plus, il se justifie d'annuler purement et simplement, pour des motifs formels, la décision dont est recours. L'autorité inférieure reste libre de rendre une nouvelle décision sur la base des considérants qui précèdent. En conséquence, point n'est besoin d'entrer en matière sur les griefs matériels.

9.

9.1. 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). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure. L'avance sur les frais de Fr. 5'000.- versée par les recourants le 30 janvier 2012 leur est restituée.

9.2. L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties

qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé, un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF).

In casu, la défense des recourants a nécessité les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet et a impliqué plusieurs échanges d'écritures. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité et de l'issue du recours, une indemnité fixée à Fr. 4'000.-, TVA comprise, est équitablement allouée aux recourants à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA).

10.

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 partiellement admis. Partant, la décision de la FINMA du 16 décembre 2011 est annulée.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance sur les frais de Fr. 5'000.- (à raison de Fr. 2'500.- chacun) versée par les recourants le 30 janvier 2012 leur est restituée.

3.

La FINMA est astreinte à verser aux recourants une indemnité de Fr. 4'000.- (soit Fr. 2'000.- chacun ; TVA comprise) à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (recommandé ; annexes : pièces en retour et deux formulaires "adresse de paiement") ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. A167111/1063109/3089315 ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

Expédition : 4 juillet 2012