



Cour II
B-5053/2010

Arrêt du 29 septembre 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Stephan Breitenmoser, Frank Seethaler, juges ;
Sandrine Arn, greffière.

Parties

1. X. _____ SA,
2. Y. _____,
3. Z. _____,
tous représentés par Maître Camille Froidevaux, avocat,
recourants,

contre

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

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :

A.

S._____ est une société ayant son siège à (...), spécialisée dans le domaine des technologies pour la défense. Elle est cotée à la New York Stock Exchange (NYSE), à la Chicago Board Options Exchange, à la Philadelphia Stock Exchange ainsi qu'à la NYSE Arca Exchange.

T._____ est une société dont le siège se trouve à (...); elle exerce son activité au niveau mondial dans les domaines de l'aérospace, de la défense et de la sécurité.

Le 8 mai 2008, le Journal J._____ a publié un article rapportant l'existence de discussions avancées entre S._____ et T._____ concernant son rachat par cette dernière à un prix de 25% supérieur à celui de USD 63.74 par action, correspondant au cours de clôture de la séance de bourse de la veille. Le même jour, un peu plus tard, S._____ a confirmé indirectement l'article du Journal J._____ en annonçant être engagée dans des pourparlers relatifs à une potentielle transaction stratégique.

A la suite de cette communication, le volume et le cours du titre S._____ ont augmenté de manière importante. Le 8 mai 2008, le cours du titre S._____ a clôturé à USD 73.89, soit une appréciation de 15.9 % par rapport au cours de clôture du jour précédent. Le volume des transactions échangées ce jour s'est, quant à lui, élevé à 8'572'000 actions alors que le volume moyen des transactions quotidiennes atteignait seulement 743'948 actions durant les trois mois précédant la communication du Journal J._____.

Cette augmentation a attiré l'attention de la Securities and Exchange Commission américaine (ci-après : SEC) qui a en particulier noté que, peu avant la publication de l'article paru le 8 mai 2008 dans le Journal J._____, la Banque B1._____ SA avait procédé les 24 et 28 avril 2008 à l'acquisition de 21'500 titres S._____ à un prix respectivement de USD 60.489 et 62.0613; de même, la Banque B2._____ SA avait acquis plus de 69'000 titres S._____ entre le 21 avril et le 2 mai 2008 à un prix oscillant entre USD 59.95 et 64.65.

La SEC a ouvert une enquête afin de s'assurer que les transactions en question n'ont pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales applicables, notamment celles de la Section 10(b) du

Securities Exchange Act de 1934 relatives à l'utilisation d'une information privilégiée et/ou à une possible manipulation du marché.

B.

B.a Par requête des 16 mars 2009 et 28 avril 2009 concernant la Banque B1._____ SA et la Banque B2._____ SA, la SEC a sollicité l'assistance administrative de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) afin d'obtenir des informations quant à l'identité des personnes ayant passé les ordres d'achat sur les titres S._____ et celle des bénéficiaires finaux (ayants droit économiques) pour le compte desquels ces transactions ont été opérées. Elle a également sollicité les documents d'ouverture de compte, les extraits de compte respectivement dès le 1^{er} juin 2007 (Banque B1._____ SA) et du 1^{er} janvier 2008 au 31 octobre 2008 (Banque B2._____ SA) ainsi que tout enregistrement d'entretiens téléphoniques entre les bénéficiaires finaux et des employés ou représentants de la banque ainsi que toute correspondance échangée en lien avec les ayants droit économiques respectivement pour la période dès le 1^{er} novembre 2007 (Banque B1._____ SA) et du 1^{er} avril 2008 au 31 mai 2008 (Banque B2._____ SA).

B.b Donnant suite à cette requête du 16 mars 2009, la FINMA a, par courrier du 31 mars 2009, demandé à la Banque B1._____ SA de lui transmettre les renseignements et documents sollicités par la SEC, limitant toutefois les extraits de compte à la période entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2008.

Par courrier du 17 avril 2009, complété le 24 juillet 2009, la Banque B1._____ SA a confirmé les transactions suivantes sur le titre S._____ :

Client 1

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
24.04.08	500	60,489	08.05.08	1500	71,91377
28.04.08	500	62,0613	14.05.08	1500	78,244117
28.04.08	1000	62,0613			
29.04.08	1000	61,9169			

Client 2

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
24.04.08	500	60,489	08.05.08	1000	71,91377
28.04.08	500	62,0613	14.05.08	1000	78,244117
28.04.08	500	62,0613			
29.04.08	500	61,9169			

Client 3

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
24.04.08	1000	60,489	08.05.08	2000	71,91377
28.04.08	1000	62,0613	14.05.08	2000	78,244117
28.04.08	1000	62,0613			
29.04.08	1000	61,9169			

La documentation remise par la banque laisse apparaître que les transactions réalisées entre les 24 et 29 avril 2008 sur le titre S._____ ont été effectuées pour le compte de trois clients, sur ordre du gérant de fortune externe, Y._____, citoyen italien domicilié à (...). Ce dernier a, sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire, procédé à l'acquisition de 3'000 titres pour le client 1, de 2'000 pour le client 2 et de 4'000 pour le client 3, titres qu'il a revendu en deux tranches les 8 et 14 mai 2008.

Les documents bancaires révèlent également qu'en date des 28 et 29 avril 2008, Y._____, au bénéfice d'une procuration, a acquis 20'000 titres S._____ pour la société X._____ SA dont il est lui-même l'ayant droit économique. Il a revendu 16'000 desdits titres le 12 mai 2008, puis les 4'000 autres le 14 mai 2008.

Par courrier du 6 juillet 2009, la FINMA a demandé à la Banque B1._____ SA d'informer Y._____ que, en sa qualité de gérant de fortune agissant de manière discrétionnaire sur plusieurs comptes, la transmission de ses données à la SEC devait être envisagée.

B.c Donnant suite à la demande de la SEC du 28 avril 2008, la FINMA a, par courrier du 12 mai 2009, demandé à la Banque B2._____ SA de lui transmettre les renseignements et documents sollicités par l'autorité américaine.

Par courrier du 5 juin 2009, la Banque B2._____ SA a confirmé les transactions suivantes sur le titre S._____ :

Client 4

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
22.04.08	1500	59,73550	08.05.08	4000	71,89700
23.04.08	1500	60,31030	14.05.08	4500	78,28220
28.04.08	3000	62,10730			
02.05.08	2500	64,65970			

Client 5

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
22.04.08	1000	59,73550	08.05.08	2000	71,89700
23.04.08	1000	60,31030	14.05.08	3000	78,28220
28.04.08	2000	62,10730			
02.05.08	1000	64,65970			

Client 6

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
22.04.08	1000	59,73550	08.05.08	2000	71,89700
23.04.08	1000	60,31030	14.05.08	3000	78,28220
28.04.08	2000	62,10730			
02.05.08	1000	64,65970			

Client 7

Achat			Vente		
Date	Quantité	Prix USD	Date	Quantité	Prix USD
22.04.08	500	59,73550	08.05.08	1000	71,89700
23.04.08	500	60,31030	14.05.08	1500	78,28220
28.04.08	1000	62,10730			
02.05.08	500	64,65970			

La documentation remise par la banque montre que les transactions réalisées entre le 28 avril et le 2 mai 2008 sur le titre S._____ ont été effectuées pour le compte de quatre clients, sur ordre du gérant de fortune externe, Y._____, citoyen italien domicilié à (...). Ce dernier a, sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire, procédé à l'acquisition de 8'500 titres pour le client 4, de 5'000 pour le client 5, de 5'000 pour le client 6 et de 2'500 pour le client 7, titres qu'il a revendu en deux tranches les 8 et 14 mai 2008.

Les documents bancaires laissent également apparaître qu'entre le 21 avril et le 2 mai 2008, Y._____, qui bénéficie d'une procuration, a encore acquis 60'000 titres S._____ pour la société X._____ SA dont il est lui-même l'ayant droit économique. Il a revendu lesdits titres le 8 mai 2008 (35'000), le 9 mai 2008 (4'000), le 14 mai 2008 (11'000) et le 15 mai 2008 (10'000).

La banque a enfin précisé que tous les ordres d'achat ont été passés directement à la salle des marchés par Z._____, un employé de Y._____.

Par courrier du 6 juillet 2009, la FINMA a demandé à la Banque B2._____ SA d'informer les personnes concernées par ces opérations que la transmission de leurs données devait être envisagée.

B.d Dans leurs déterminations du 4 août 2009, adressées par courriers séparés à la FINMA, Y._____ et X._____ SA, par l'intermédiaire de Me Camille Froidevaux, se sont tous deux opposés à la transmission à la SEC de toute information les concernant y compris celle se rapportant à la qualité d'ayant droit économique de Y._____. Ils expliquent que ce dernier est un professionnel de la finance, nommé au titre d'« agent de change » par le Président de la République italienne et qu'il a décidé de

l'achat des titres litigieux sur la base de son expérience professionnelle de plus de 30 ans. Ils précisent en l'occurrence s'être intéressés à la société S._____ en raison d'un nombre important d'informations concernant cette société parues dans la presse et sur les sites Internet spécialisés. Ils relatent en particulier que, le 12 mars 2008, S._____ a annoncé l'existence de rumeurs relatives à un possible rachat au prix de USD 60.00 par action alors que le titre cotait à ce jour à USD 57.25. Ils ajoutent que l'achat du titre S._____ avait fait l'objet de recommandations de plusieurs banques et instituts spécialisés (p. ex. UBS, Cramer et Oppenheimer & Cie), citant notamment un UBS Investment Research publié le 11 avril 2008. Ils expliquent encore avoir examiné l'évolution du prix du titre. Ils soutiennent que les achats effectués ne constituent qu'un pourcentage minime par rapport au total des actions échangées sur le marché durant ces jours, raison pour laquelle les transactions ordonnées ne pouvaient aucunement avoir eu une influence sur le marché. Ils précisent enfin avoir, pour la seule année 2008, opéré sur le marché des actions pour un total de EUR 34.5 millions et sur le marché des changes pour une valeur totale de EUR 380 millions.

Par courriers séparés du 19 janvier 2010, Y._____ et X._____ SA ont chacun réitéré leurs prises de position et demandé, cas échéant, qu'une décision formelle sujette à recours leur soit notifiée.

En date du 24 février 2010, à la demande de la FINMA, Y._____ et X._____ SA ont précisé que leurs courriers des mois d'août 2009 et janvier 2010 valaient tant pour les opérations effectuées auprès de la Banque B2._____ SA que de la Banque B1._____ SA.

C.

Par décision du 28 juin 2010, la FINMA a accordé l'entraide administrative à la SEC et a accepté de lui transmettre les informations remises par la Banque B1._____ SA et la Banque B2._____ SA concernant les transactions opérées sur les titres S._____ par Y._____ pour le compte de 7 clients desdites banques ainsi que de la société X._____ SA. Il était notamment précisé que les ordres d'achat et de vente avaient été passés directement à la salle des marchés de la Banque B2._____ SA par Z._____, un employé de Y._____. Les explications fournies par ce dernier quant aux transactions litigieuses étaient également communiquées aux autorités américaines (cf. courrier du 4 août 2009). La FINMA confirmait en outre la possibilité de transférer les informations et les documents à la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) ou à la Banca d'Italia. L'autorité inférieure rappelait enfin

expressément à la SEC que ces 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, étant précisé que leur utilisation ou leur transmission à d'autres fins, y compris pénales, ne pouvait se faire qu'avec l'assentiment préalable de la FINMA.

D.

Par mémoire du 9 juillet 2010, Y._____, X._____ SA et Z._____ ont, par l'intermédiaire de leur conseil, formé recours contre cette décision. Les recourants concluent, à titre principal, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision entreprise ainsi qu'au refus de l'entraide administrative internationale ; à titre subsidiaire, ils requièrent la transmission à la SEC uniquement de l'annonce faite par S._____ le 12 mars 2008 et du rapport d'UBS daté du 11 avril 2008. Quant à Z._____, il demande, à titre préalable, à pouvoir consulter l'intégralité du dossier en possession de la FINMA et à ce qu'un nouveau délai lui soit fixé pour qu'il puisse se déterminer sur les pièces dudit dossier.

À l'appui de leurs conclusions, ils font valoir que l'octroi de l'entraide administrative constituerait une violation du principe de la proportionnalité dans la mesure où il n'existerait pas d'indices de possibles distorsions du marché. Ils invoquent en outre une violation du principe de la spécialité dans la mesure où la FINMA a d'ores et déjà autorisé la SEC à transférer les informations et les documents à la Banca d'Italia, celle-ci n'ayant selon eux aucun pouvoir en matière de mise en œuvre de la régulation boursière qui s'avère exclusivement du ressort de la CONSOB. Quant à Z._____, il invoque la violation de son droit d'être entendu dans la mesure où l'autorité inférieure ne lui a pas donné l'occasion de consulter le dossier et de se prononcer avant qu'une décision impliquant la transmission de son identité à la SEC ne soit rendue.

E.

En date du 22 juillet 2010, l'autorité inférieure a transmis le dossier de la cause au Tribunal de céans et s'est formellement opposée à la consultation du dossier par Z._____ vu que ce dernier ne bénéficie pas de la qualité de partie à la procédure.

F.

Dans sa réponse du 16 août 2010, l'autorité inférieure a conclu, avec suite de frais, à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours formé

par Z._____ ainsi qu'au rejet du recours déposé par Y._____ dans la mesure où il est recevable et, enfin, au rejet du recours de X._____ SA.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin pour autant que cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

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

1.2 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.

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF.

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

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.

2.

Si un recours devant le Tribunal administratif fédéral est en principe ouvert à l'encontre des décisions rendues par la FINMA et si les écritures déposées satisfont effectivement aux autres conditions de recevabilité, il convient encore d'examiner dans quelle mesure les recourants disposent de la qualité pour recourir. En l'espèce, il sied de procéder de manière séparée pour chacun des recourants puisque seuls X._____ SA et Y._____ constituent les destinataires de la décision entreprise. De plus,

dans sa réponse, l'autorité inférieure a dénié la qualité pour recourir à Z. _____ et a remis en cause celle du gérant de fortune, Y. _____.

2.1 À teneur de l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

Selon la jurisprudence, le recourant doit être touché dans une mesure ainsi qu'avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés et l'intérêt invoqué - qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé mais qui peut être un intérêt de fait - doit se trouver avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération ; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 131 II 649 consid. 3.1 et les réf. cit.).

2.2 X. _____ SA, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a incontestablement un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue et son recours se révèle par conséquent recevable.

2.3 Y. _____, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, fait dépendre la recevabilité de son recours de sa qualité d'ayant droit économique du compte concerné dont la titularité appartient à X. _____ SA.

Or, selon une jurisprudence bien établie, la qualité pour recourir n'est en principe pas reconnue, en matière d'entraide administrative ou pénale internationale, au détenteur économique d'un compte bancaire même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (ATF 127 II 323 consid. 3b/cc, ATF 125 II 65 consid. 1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008 consid. 1.4.3). Exceptionnellement, l'ayant droit économique d'une personne morale a qualité pour recourir lorsqu'il est établi que la société a été dissoute et qu'elle n'est plus à même d'agir (arrêt du TF 1A.10/2000 du 18 mai 2000 consid. 1e). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce dès lors que précisément X. _____ SA a entrepris la décision du 28 juin 2008 rendue par la FINMA. Partant, dans la mesure où Y. _____ entend recourir

contre la décision entreprise en sa qualité d'ayant droit économique du compte concerné, son recours est irrecevable.

Cela étant, il convient de relever que Y. _____ est également le gérant de fortune indépendant des avoirs des clients 1 à 7 ayant exécuté, sur la base de mandats de gestion discrétionnaire, les opérations litigieuses. Reste alors à examiner s'il peut fonder la recevabilité de son recours sur sa qualité de gérant de fortune. On notera à cet égard que, dans son mémoire de réponse, l'autorité inférieure met en doute la qualité de partie du gérant de fortune indépendant bien qu'elle lui ait notifié la décision entreprise.

2.3.1 Selon la jurisprudence, les informations concernant un gérant de fortune indépendant qui, au nom du client d'une banque, gère librement son portefeuille (« mandat de gestion discrétionnaire ») constituent des informations relatives à des clients dès lors qu'elles sont soumises au secret bancaire ou au secret des négociants en valeurs mobilières et ont trait à une autre personne que celle physique ou morale assujettie à surveillance. Le devoir de garder le secret couvre toutes les informations qui résultent de la relation d'affaires directe existant entre le client et sa banque, ainsi que le point de savoir si et en faveur de qui existe un mandat de gestion de fortune. Le gérant de fortune indépendant agit, en tant que conseiller ou représentant, dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été conférés par son client. Si son identité se trouve révélée à l'étranger par le biais d'une entraide administrative, la relation particulière existant avec le client est touchée, que le gérant ait agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même. Au contraire du simple fondé de pouvoirs qui ne gère pas le compte de manière autonome et qui ne supporte pas la responsabilité de chaque décision prise en matière d'investissement, le gérant de fortune indépendant - tout comme le client - possède un intérêt digne de protection à participer à une « procédure formelle de transmission d'informations ». L'entraide administrative risque, en effet, de mettre en péril la relation de confiance existant entre le client et le gérant de fortune si bien que ce dernier se trouve dans un rapport plus étroit avec l'objet de la contestation que n'importe quel autre tiers. Il détient un droit propre - découlant de la qualité de client dans l'affaire concrète - à être protégé juridiquement même si la transaction a lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, en particulier lorsque l'identité de ce dernier n'est justement pas dévoilée. En effet, dans de tels cas, la mesure d'entraide administrative est dirigée directement contre le gérant ; elle le touche plus intensément

que n'importe quel autre fondé de pouvoirs sur un compte (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb).

Cette jurisprudence a été arrêtée à l'occasion d'une affaire portant sur un gérant de fortune indépendant qui s'opposait à la transmission de son identité ; celle des titulaires et des ayants droit économiques des comptes idoines n'avait en revanche pas été transmise ; en outre, l'autorité inférieure avait habilité l'État requérant à retransmettre les indications reçues aux autorités de poursuite pénale. Dans un arrêt du 19 mai 2004, le Tribunal fédéral a précisé que le gérant devait disposer d'un mandat écrit, clair et sans équivoque pour se voir reconnaître la qualité de partie (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3). Le Tribunal administratif fédéral a quant à lui, sans autre formalité, concédé la qualité pour recourir à un gérant de fortune indépendant s'opposant à la divulgation de l'identité de l'ayant droit économique du compte en faveur duquel il avait procédé aux transactions litigieuses. La décision entreprise le désignait, en plus du titulaire du compte, comme destinataire en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée (arrêt du TAF B-168/2008 du 28 mars 2008 consid. 1.3).

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal administratif fédéral a en revanche dénié la qualité pour recourir à un gérant de fortune qui s'opposait à ce que l'identité de son client - titulaire du compte et également partie à la procédure - soit révélée à l'autorité requérante tout en consentant à la transmission de sa propre identité ainsi que d'informations concernant la relation contractuelle le liant à son client. Le Tribunal de céans a considéré que le gérant de fortune ne saurait se prévaloir d'un intérêt direct suffisamment propre à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise. Ce dernier, non directement atteint dans sa situation juridique, avait simplement agi en faveur de son client, destinataire de la décision de la FINMA, lequel avait également interjeté recours (ATAF 2009/16 consid. 2.3 et les réf. cit. ; cf. également JEAN-LOUIS TSIMARATOS/FRÉDÉRIC SUTTER, *Entraide administrative internationale en matière boursière : état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral* au 30 juin 2009, in : SZW 2009 p. 294 ss, spéc. 301 s.).

2.3.2 En l'espèce, ainsi que cela ressort des pièces versées au dossier, Y._____ dispose d'un mandat de gestion discrétionnaire clair, écrit et sans équivoque tel que l'exige la jurisprudence. Il s'est par ailleurs expressément opposé à la transmission de toute information le concernant. Enfin, il sied de noter que l'identité des clients du gérant de

fortune ne se trouve pas dévoilée aux autorités américaines, ces derniers ayant été qualifiés de tiers non impliqués.

Dans ces circonstances et vu la jurisprudence précitée, en particulier l'ATF 127 II 323, force est de constater que Y._____ jouit d'un droit propre à être protégé juridiquement même si les transactions litigieuses ont été effectuées, d'un point de vue économique, en faveur des détenteurs des comptes (clients 1 à 7). L'entraide administrative est en effet directement dirigée contre lui dès lors que sa propre identité doit être révélée à la SEC et que ses clients ont été qualifiés de tiers non impliqués ; les informations requises touchent en première ligne le gérant de fortune et non pas ses clients. Par ailleurs, contrairement à l'état de fait exposé dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 déniaut au gérant de fortune indépendant la qualité pour recourir, Y._____ s'oppose clairement à la communication de sa propre identité ainsi que d'informations concernant les relations contractuelles le liant à ses clients lesquels ne sont de surcroît pas parties à la procédure.

On ne saurait dès lors tirer argument de cet arrêt pour refuser à Y._____ la qualité pour recourir. Il convient ainsi d'admettre que ce dernier, en tant que gérant de fortune indépendant, se révèle directement atteint par la mesure d'entraide et peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise.

2.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied de constater que le recours de Y._____ en qualité de gérant de fortune indépendant est recevable. Il ne l'est en revanche pas en tant qu'il agit comme fondé de procuration ou ayant droit économique de la société X._____ SA.

2.4 Z._____ se présente comme l'employé ayant procédé aux transactions objets de la demande d'entraide administrative sur instruction de son employeur, Y._____. Il est prévu que son nom soit transmis aux autorités américaines ; en effet, le chiffre 2.5 du dispositif de la décision entreprise indique que « les ordres ont été passés directement à la salle des marchés de Banque B2._____ SA par M. Z._____, un employé de M. Y._____ ». La décision litigieuse ne lui a toutefois pas été notifiée, l'autorité inférieure refusant de lui reconnaître la qualité de partie à la procédure.

Selon l'art. 6 PA, dans une procédure administrative de première instance, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision, de même que toutes

celles qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision, c'est-à-dire les personnes qui sont spécialement atteintes par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection (art. 48 PA).

Pour se voir accorder la qualité de partie, Z._____ doit donc se trouver dans un rapport suffisamment étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet de la contestation (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb). Or, Z._____ n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait que exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant Y._____, son employeur. Uniquement ce dernier - qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement - dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie (cf. consid. 2.3). Le seul fait que la décision entreprise laisse apparaître que Z._____ ait passé certains ordres d'achat et de vente ne s'avère pas suffisant pour lui reconnaître la qualité de partie. A cet égard, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de l'identité d'un tiers titulaire d'une procuration (de fait) sur le compte bancaire, ce dernier n'est pas légitimé, tout comme l'ayant droit économique, à recourir contre la mesure d'entraide (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3 ; cf. également ATF 122 II 130 consid. 2c). Une solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, en contradiction avec le but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine.

Dans la mesure où Z._____ ne possède pas la qualité de partie, il ne bénéficie pas non plus et a fortiori des garanties de procédure étendues telles que l'accès au dossier. Il n'y a donc pas lieu, pour cette raison, d'entrer en matière sur sa demande de consultation des pièces du dossier ainsi que sur son grief relatif à la violation du droit d'être entendu.

3.

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'encontre des autorités étrangères de surveillance (art. 38 LBVM et art. 42 LFINMA). Nonobstant, les dispositions de la LFINMA s'avèrent subsidiaires par rapport à celles des autres lois - spéciales - sur les marchés financiers (art. 2 LFINMA ; message du Conseil fédéral

concernant la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers du 1^{er} février 2006, 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 TAF B-7107/2009 du 15 février 2010 consid. 2).

4.

4.1 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 liés à l'affaire non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (let. a ; principe de la spécialité) ;
- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b ; exigence de la confidentialité).

4.2 Depuis le 1^{er} février 2007, la retransmission par l'autorité requérante à une autre autorité ne présuppose plus l'assentiment préalable de la FINMA pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, c'est-à-dire qu'elle respecte le principe de la spécialité. Ce principe exclut que les informations transmises dans le but précité soient utilisées en particulier à des fins fiscales (arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1, arrêt du TF 2A.266/2006 du 8 février 2007 consid. 3.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 3 ; 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, spéc. 6357 s.).

4.3 Aux termes de l'art. 38 al. 4 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'État requérant. La question de savoir si les renseignements sollicités s'avèrent nécessaires ou simplement utiles à la

procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de ce dernier. L'État requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves déterminées dans la procédure menée à l'étranger de sorte que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. Il doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide (soupçons initiaux). La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête à telle enseigne que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (« fishing expedition » ; ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit., arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

5.

La SEC 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. Elle satisfait en effet pleinement aux exigences de confidentialité et de spécialité imposées par la LBVM (arrêt du TF 2A.13/2007 du 3 septembre 2007 consid. 5 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008 consid. 3.3).

6.

Les recourants allèguent tout d'abord que la transmission des informations telle qu'ordonnée par l'autorité inférieure constituerait une violation du principe de la proportionnalité puisqu'il n'existerait pas d'indices suffisants de possibles distorsions du marché. En particulier, les demandes d'entraide de la SEC ne mentionneraient pas d'élément pertinent permettant de conclure à l'existence de tels indices. Ils expliquent par ailleurs que plusieurs semaines avant l'annonce du 8 mai 2008 parue dans le Journal J._____, il y aurait déjà eu deux annonces de rumeurs de rachat (cf. annonce du 12 mars 2008 de S._____ ainsi que le rapport UBS daté du 11 avril 2008, pièces 21 et 22 produites par les recourants). Ils précisent en l'occurrence avoir procédé aux achats du titre S._____ sur la base de la longue expérience professionnelle de Y._____ et compte tenu des recommandations émises par différents instituts financiers. Ils indiquent par ailleurs que le total des acquisitions réalisées sur le titre S._____ par X._____ SA ne représente qu'une part minime des transactions effectuées sur ce marché durant cette période. Ils relèvent en outre que pour la seule année 2008, X._____ SA a opéré sur le marché des actions ainsi que celui des devises pour un

total respectivement de EUR 34.5 millions et EUR 380 millions. Par conséquent, l'achat et vente des titres S._____, représentant environ 2 millions d'euros, ne constituent qu'une infime partie des investissements consentis par cette société.

6.1 Selon la jurisprudence, il convient de ne pas se montrer trop exigeant pour admettre l'existence d'un soupçon initial vu qu'au moment du dépôt de la demande d'entraide ou de la transmission des informations requises, il n'est pas encore possible de déterminer si celles-ci se révéleront utiles à l'autorité requérante ou non. En général, il suffit que l'autorité requérante démontre de manière adéquate que dites informations sont de nature à servir à l'avancement de son enquête (arrêt du TAF B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 7.1 et les réf. cit.). Concrètement, l'autorité requérante doit exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial, donner les bases légales de sa requête et décrire les informations et documents nécessités (ATF 129 II 484 consid. 4.1, ATF 126 II 409 consid. 5a, ATF 125 II 65 consid. 6b/aa ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1 ; cf. ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2^{ème} éd., Berne 2001, p. 146). On ne saurait toutefois attendre d'elle que, à ce stade de la procédure, dit état de fait 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 (ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). L'autorité requise doit, quant à elle, uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide, notamment si les transactions concernées se présentent en relation temporelle avec un développement suspect du marché. L'importance de l'évolution du cours ou le volume des transactions ne sont en revanche pas pertinents (arrêts du TF 2A.55/2003 du 17 mars 2003 consid. 4.2.1 et 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2 ; arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1). Enfin, l'autorité requise n'a pas non plus 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 (ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1).

6.2 En l'espèce, la SEC a exposé, dans ses requêtes des 16 mars et 28 avril 2009, qu'un article paru le 8 mai 2008 dans le Journal J._____ faisait état de l'existence de discussions avancées entre S._____ et T._____ concernant son rachat par cette dernière à un prix de 25 % supérieur à celui de clôture de la bourse de la veille fixé à USD 63.74 par action. Elle a indiqué que le jour même S._____ a confirmé indirectement l'article du Journal J._____ en annonçant être engagée dans des pourparlers relatifs à une potentielle transaction stratégique. Elle a ajouté avoir observé, en date du 8 mai 2008, une animation inhabituelle du marché du titre S._____ ainsi qu'une augmentation de son cours de 15.9%. Elle a enfin découvert que, peu avant cette annonce, la Banque B1._____ SA et la Banque B2._____ SA ont acquis un nombre important de titres de la société en question. Elle mentionne les achats de 21'500 actions ordonnés les 24 et 25 avril 2008 par la Banque B1._____ SA à un prix respectivement de USD 60.489 et 65.06 l'action (requête du 16 mars 2008) ainsi que les achats de 69'000 actions au total ordonnés entre le 21 avril et le 2 mai 2008 par la Banque B2._____ SA à un prix variant entre USD 59.95 et 64.65. En foi de quoi, pour s'assurer que ces transactions n'ont pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée et/ou à une possible manipulation du marché, elle a requis des informations portant sur les transactions réalisées par les banques précitées. La SEC a indiqué de manière précise les bases légales fondant sa requête.

6.3 L'achat de titres par la Banque B1._____ SA et la Banque B2._____ SA est intervenu peu de temps avant la publication en date du 8 mai 2008 de l'article du Journal J._____ et le communiqué fait le même jour par S._____ confirmant l'existence de pourparlers concernant une potentielle transaction stratégique. Cette annonce s'avère de toute évidence susceptible d'induire une modification de la valeur du titre ; en outre, les transactions en cause sont en relation temporelle étroite avec dite annonce. Les transactions litigieuses ont donc eu lieu durant une période sensible. Par ailleurs, les informations données par la SEC présentent un état de fait non lacunaire et satisfaisant aux exigences posées par la jurisprudence (cf. consid. 6.1) duquel il ressort que l'autorité requérante disposait d'éléments suffisants pour lui permettre de soupçonner un développement suspect du marché, en particulier l'existence d'un délit d'initié (cf. consid. 6.2). En effet, la variation du cours des titres idoine et l'augmentation inhabituelle de leur volume d'échange durant une période sensible sont à elles seules suffisantes pour accorder

l'entraide administrative (ATF 129 II 484 consid. 4.2 et les réf. cit.; arrêt du TF 2A.24/2003 du 31 juillet 2003 consid.4.2 ; arrêt du TAF B-4675/2008 du 29 août 2008 consid. 5.3). Dans ces circonstances, la SEC pouvait légitimement demander à la CFB des précisions sur les transactions en cause.

De plus, l'autorité inférieure chargée de se prononcer sur l'octroi de l'entraide administrative n'est pas tenue d'examiner si les indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide s'avèrent confirmés ou infirmés par les informations et les explications recueillies à la demande de l'autorité requérante. Il appartient en effet uniquement à l'autorité requérante de contrôler, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la FINMA, si ses craintes initiales de possibles distorsions du marché sont ou non fondées (ATF 129 II 484 consid. 4.2, ATF 127 II 142 consid. 5c). C'est donc à juste titre que la FINMA a estimé qu'elle n'avait pas à vérifier les raisons invoquées par les recourants pour expliquer ces opérations boursières, soit le fait qu'ils se seraient fondés exclusivement sur des informations rendues publiques (recommandations d'achat émises par divers instituts financiers, articles parus dans la presse financière spécialisée, analyse de différents documents [rapport de l'UBS du 11 avril 2008, annonce du 12 mars 2008 de S._____, graphique de l'évolution du prix du titre, etc.) pour procéder auxdites transactions ; dans ce contexte, il n'incombe pas à l'autorité inférieure d'analyser les documents produits par les recourants à l'appui de leur argumentation. Les allégations de ces derniers quant aux motifs des transactions, notamment les rumeurs d'un possible rachat de la société S._____, ne se révèlent pas déterminantes pour l'octroi de l'entraide (arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.4) ; en revanche, ils pourront les faire valoir devant la SEC. Enfin, les arguments développés quant à l'importance du volume des transactions effectuées par X._____ SA ne sont pas de nature à désamorcer le soupçon initial d'éventuel dysfonctionnement du marché ayant justifié la demande d'entraide.

6.4 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que la requête déposée par la SEC laisse apparaître un soupçon initial concret d'éventuels délits d'initié. Ce faisant, l'octroi de l'assistance administrative à la SEC ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

7.

Enfin, les recourants font grief à la FINMA d'avoir violé le principe de la

spécialité ancré à l'art. 38 al. 2 LBVM en autorisant d'ores et déjà la SEC à transmettre à la Banca d'Italia les informations et documents remis (cf. ch. 3 du dispositif de la décision entreprise). A leurs yeux, la Banca d'Italia n'exerce aucun pouvoir en matière de mise en œuvre de régulation boursière qui ressort à la compétence exclusive de la CONSOB.

En l'espèce, le dispositif de la décision litigieuse indique, à son chiffre 3, que « la FINMA confirme expressément la possibilité de transférer les informations et les documents à la CONSOB ou à la Banca d'Italia ». Quant au chiffre 4, il dispose que « la FINMA rappelle expressément à la SEC que les informations transmises doivent 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 et ne peuvent être retransmises à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet ».

Comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 4.2), le nouveau droit soumet la retransmission des informations obtenues par l'autorité requérante à une autorité tierce au respect du seul principe de la spécialité, celui dit du « long bras » ayant été abandonné (FF 2004 6357 s.) ; la retransmission par la SEC à une autre autorité ne présuppose donc plus l'assentiment préalable de la FINMA pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Par les chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision accordant l'entraide administrative, la FINMA ne fait que rappeler expressément à l'autorité requérante que les informations communiquées ne peuvent être transmises à des autorités tierces, notamment à la CONSOB et à la Banca d'Italia, que dans le strict respect du principe de la spécialité. En outre, il sied de relever que, contrairement à ce que soutiennent les recourants, la surveillance des marchés financiers se trouve en Italie essentiellement exercée par la CONSOB et la Banca d'Italia (arrêt du TF 2A.83/2000 du 28 juin 2000 consid. 7 d/cc publié in : Bulletin CFB 41 p. 94 ; cf. THIERRY AMY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, thèse Lausanne 1998, p.169-171 ; voir également le décret-loi italien n°58 du 24 février 1998 intitulé *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* au sens des art. 8 et 21 de la loi n°52 du 6 février 1996). Cette dernière constitue au demeurant également une autorité de surveillance des marchés financiers à laquelle la FINMA accorde l'entraide administrative internationale.

Ce grief doit par conséquent aussi être rejeté.

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.

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 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. 5'000.-, doivent être intégralement mis à leur charge, soit Fr. 2'000.- chacun à charge de X._____ SA ainsi que de Y._____ et Fr. 1'000.- à charge de Z._____ dans la mesure où, pour ce dernier, l'examen de son recours se limite à la question de la recevabilité. Ils seront prélevés sur les trois avances de frais de chacune Fr. 2'000.- versées par les recourants. Le solde de Fr. 1'000.- est restitué à Z._____.

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

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 de X._____ SA est rejeté.

2.

Le recours de Y._____ est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.

Le recours de Z. _____ est irrecevable.

4.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge des recourants, soit Fr. 2'000.- à charge de X. _____ SA, Fr. 2'000.- à charge de Y. _____ et Fr. 1'000.- à charge de Z. _____. Ce montant est compensé par les trois avances de frais déjà versées de Fr. 2'000.- chacune. Le solde de Fr. 1'000.- est restitué à Z. _____.

5.

Il n'est pas alloué des dépens.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (recommandé ; annexes en retour ; formulaire "adresse de paiement) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 106617/1025233 ; recommandé ; dossier en retour).

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Sandrine Arn

Expédition : 4 octobre 2010