



---

Cour II  
B-1219/2017

## Arrêt du 31 août 2017

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
Stephan Breitenmoser, Pietro Angeli-Busi, juges,  
Ivan Jabbour, greffier.

---

Parties

**A. \_\_\_\_\_ Ltd,**  
représentée par Maître Pascal Tourette, avocat,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Entraide administrative internationale.

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

Par courrier du 9 août 2016 complété par courriel du 29 août 2016, la Capital Markets Authority du Kenya (ci-après : CMA ou autorité requérante) a sollicité l'entraide administrative auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA dans le cadre d'une enquête en relation avec le titre de la société B. \_\_\_\_\_ Ltd coté à la bourse Nairobi Securities Exchange. La CMA a expliqué que la société A. \_\_\_\_\_ Ltd (ci-après : la recourante) détenait 5.99 % des titres de B. \_\_\_\_\_ Ltd dont C.K. \_\_\_\_\_ était directeur général et membre respectivement président du conseil d'administration entre 2008 et 2012. Étant donné que, durant cette période, B. \_\_\_\_\_ Ltd a effectué des versements sur un compte bancaire en Suisse auprès de E. \_\_\_\_\_ dont la recourante était titulaire, l'autorité requérante a soupçonné l'existence de liens entre celle-ci et C.K. \_\_\_\_\_. Elle mène une enquête sur l'identité du bénéficiaire économique de la recourante et cherche à vérifier que les dispositions de la législation kenyane n'ont pas été enfreintes, en particulier celles prévoyant que les émetteurs doivent fournir une déclaration faisant état des administrateurs détenant directement ou indirectement plus de 3 % des titres émis, respectivement une attestation du contraire. La demande adressée à la FINMA visait à obtenir l'identité des bénéficiaires économiques du compte ouvert par la recourante auprès de E. \_\_\_\_\_, la copie des documents d'ouverture de compte y compris d'éventuelles procurations, tout autre document permettant d'identifier les bénéficiaires économiques et les personnes ayant reçu des versements sur le compte ainsi que les pièces que la banque jugerait utiles à l'enquête.

**B.**

Donnant suite à la demande de la FINMA, E. \_\_\_\_\_ lui a remis les documents requis desquels il ressort que C.K. \_\_\_\_\_ et D.K. \_\_\_\_\_ étaient les ayants droit économiques du compte de la recourante sur lequel F. \_\_\_\_\_ disposait d'un pouvoir de signature individuel. Par courrier du 3 novembre 2016, la FINMA a informé la recourante de son intention de communiquer à la CMA les informations et documents la concernant. Par courriel du 21 novembre et courrier du 7 décembre 2016, la FINMA a transmis une copie du dossier respectivement à F. \_\_\_\_\_ et au représentant de la recourante à l'exception de la requête d'entraide dont seul le contenu a été dévoilé.

**C.**

Par courrier du 16 janvier 2017, la recourante s'est opposée à toute transmission d'informations la concernant à la CMA. Elle a déclaré que cette dernière avait été informée que ses ayants droit économiques étaient G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_ pour le compte desquelles elle détenait les titres B.\_\_\_\_\_ Ltd à titre fiduciaire. Elle a ajouté que la CMA savait que ces titres étaient déposés auprès du dépositaire central du Kenya que l'autorité requérante aurait pu dès lors interroger directement. La recourante a en outre argué que, dans l'hypothèse où le fait de bénéficier du dividende devait en principe être divulgué, la participation de C.K.\_\_\_\_\_ serait inférieure à 3 % dès lors qu'il détenait les titres avec son épouse de sorte que sa part se montait à la moitié, soit 2.995 %. Par ailleurs, D.K.\_\_\_\_\_ devait être considérée comme tiers non impliqué. Enfin, la communication des données de quatre années ne se justifiait pas. Par conséquent, la transmission envisagée violerait le principe de la proportionnalité.

**D.**

Par décision du 16 février 2017, la FINMA a accordé l'entraide administrative à la CMA en prévoyant de lui communiquer l'identité et l'adresse des ayants droit économiques du compte de la recourante auprès de E.\_\_\_\_\_, le fait que F.\_\_\_\_\_ était son directeur unique ainsi que les documents d'ouverture de compte et les extraits pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2012. La FINMA a demandé à la CMA de traiter ces informations et documents de manière confidentielle tout en rappelant expressément qu'ils devaient être utilisés exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ; de plus, elle a précisé que leur transmission à d'autres fins ne pouvait se faire qu'avec son accord explicite.

La FINMA a expliqué que l'autorité requérante avait présenté un soupçon initial suffisant de violation de la législation kenyane puisque la possession alléguée de titres de B.\_\_\_\_\_ Ltd par le bénéficiaire économique de la recourante était susceptible d'entraîner un devoir d'annoncer la participation. Les informations demandées s'inscrivaient dans une période définie en lien avec la détention des titres. La FINMA a relevé que les documents remis par E.\_\_\_\_\_ indiquaient clairement l'identité des ayants droit économiques tandis que les déclarations contraires de la recourante n'étaient que sommairement étayées. La distinction opérée par la recourante entre titulaires des titres et bénéficiaires des dividendes n'était pas pertinente dès lors que l'enquête devait permettre à la CMA de reconstituer de potentielles infractions en identifiant le bénéficiaire économique de la recourante sur le compte de laquelle les dividendes ont

été versés. La FINMA a déclaré que D.K.\_\_\_\_\_ ne pouvait être considérée comme tiers non impliqué dès lors qu'elle était "co-ayant droit économique" et que la correspondance du compte devait lui être adressée à intervalles réguliers de sorte qu'il paraissait peu probable qu'elle n'en eût pas connaissance. S'agissant de la part attribuable à C.K.\_\_\_\_\_ sur le total de 5.99 %, la FINMA a expliqué qu'il appartiendra à la CMA de trancher cette question en fonction des dispositions applicables. La FINMA a estimé que la durée de quatre ans pour laquelle les documents devaient être transmis ne semblait pas exagérée car il apparaissait opportun que la CMA connaisse l'ensemble des transactions intervenues pendant la période durant laquelle C.K.\_\_\_\_\_ exerçait la fonction de directeur général de B.\_\_\_\_\_ Ltd. La FINMA a conclu que la documentation bancaire demandée se trouvait manifestement en lien avec les faits faisant l'objet de la demande et que leur transmission respectait le principe de la proportionnalité.

#### **E.**

Par mémoire du 24 février 2017, la recourante a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à son annulation et à ce qu'il soit constaté que l'entraide administrative ne doit pas être accordée ; subsidiairement, à ce qu'il soit fait interdiction à la FINMA de communiquer à la CMA les pièces de la documentation bancaire qui concernent D.K.\_\_\_\_\_ ainsi que ses trois enfants ; plus subsidiairement, à ce qu'il soit ordonné à la FINMA de caviarder les pièces qui font apparaître D.K.\_\_\_\_\_ ainsi que ses enfants.

À l'appui de ses conclusions, la recourante reproche à la FINMA la violation des dispositions régissant l'entraide, du principe de la proportionnalité et du droit d'être entendu, une constatation inexacte des faits ainsi que l'abus du pouvoir d'appréciation. Elle lui fait grief de ne pas avoir pris en considération le fait que la CMA connaissait déjà les détenteurs des titres de la société B.\_\_\_\_\_ Ltd ; l'autorité requérante a été informée de leur identité en octobre 2007 et aucun changement n'est intervenu depuis lors. Ces titres se trouvaient d'ailleurs auprès du dépositaire central du Kenya – qu'il suffisait d'interroger pour obtenir les informations nécessaires – et non pas sur le compte bancaire de la recourante. La recourante déclare que la FINMA n'a, à tort, pas pris en considération la distinction entre les titulaires des titres – G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_ pour lesquelles elle agissait de manière fiduciaire – et les bénéficiaires des dividendes, à savoir les époux K.\_\_\_\_\_ qui devaient en obtenir la distribution pendant une certaine période afin de les récompenser pour leur engagement en faveur de

B.\_\_\_\_\_ Ltd ; elle ajoute que les documents produits à l'appui de cet allégué étaient suffisamment probants contrairement à ce que la FINMA a retenu. Dès lors que le devoir d'annonce incombe aux détenteurs des actions, les époux K.\_\_\_\_\_ ne sont pas concernés. La recourante conteste que le contenu essentiel du dossier lui ait été transmis, seule l'allégation que C.K.\_\_\_\_\_ détenait plus de 3 % du capital de B.\_\_\_\_\_ Ltd et aurait enfreint les règles d'annonce lui ayant été communiquée tandis que l'accès à la requête d'entraide lui a été refusé. D.K.\_\_\_\_\_ doit être considérée comme tiers non impliqué puisqu'elle n'a aucune fonction dirigeante dans la société B.\_\_\_\_\_ Ltd ; il en va de même de ses enfants. Aucune information les concernant ne doit dès lors être transmise à la CMA. Même si la titularité des titres devait être attribuée aux époux K.\_\_\_\_\_, il conviendrait de retenir que chacun en possède la moitié de sorte que la limite de 3 % ne serait pas atteinte.

#### **F.**

Au terme de sa réponse du 20 mars 2017, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours sous suite de frais. Elle relève une contradiction entre les déclarations de la recourante selon lesquelles G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_ constitueraient ses bénéficiaires économiques et les renseignements obtenus de E.\_\_\_\_\_ dont il ressort que C.K.\_\_\_\_\_ et D.K.\_\_\_\_\_ sont les bénéficiaires. Cette différence ainsi que les liens manifestes de C.K.\_\_\_\_\_ avec B.\_\_\_\_\_ Ltd d'une part ainsi qu'avec la recourante d'autre part permettent de soupçonner une violation de la législation en matière d'annonce. La transmission des informations collectées pourra servir à faire avancer l'enquête de la CMA. La FINMA estime que le lieu de dépôt des titres ainsi que la distinction entre la qualité de titulaire des titres et celle de bénéficiaire des dividendes ne sont pas pertinents au stade de l'examen de la demande d'entraide. S'agissant de la qualité alléguée de tiers non impliqué de D.K.\_\_\_\_\_, la FINMA rappelle qu'elle est co-ayant droit économique au même titre que son mari et, partant, que son identité doit être communiquée à l'autorité requérante. Les informations sur les enfants ainsi que les autres documents d'ouverture de compte et de "connaissance du client" KYC permettent de connaître les tenants et aboutissants des transactions examinées. La FINMA déclare qu'il reviendra à l'autorité requérante de trancher la question du pourcentage d'actions détenu respectivement par C.K.\_\_\_\_\_ et D.K.\_\_\_\_\_. Partant, la décision ne viole pas le principe de la proportionnalité. Pour ce qui est du droit d'accès au dossier, la FINMA explique qu'il a été respecté : elle a envoyé une copie des pièces obtenues de E.\_\_\_\_\_ à F.\_\_\_\_\_ ainsi qu'au représentant de la recourante et leur a également communiqué le contenu essentiel de la requête de la CMA.

**G.**

Dans ces déterminations du 25 avril 2017, la recourante déclare que la distinction entre titularité des actions et droit au dividende se révèle essentielle car sans la première, aucun manquement à un devoir d'annonce ne pourrait être reproché à C.K.\_\_\_\_\_. Elle maintient que tant B.\_\_\_\_\_. Ltd que la CMA connaissent l'identité d'G.\_\_\_\_\_. et H.\_\_\_\_\_. et leur qualité de titulaires. Se référant aux attestations émises par F.\_\_\_\_\_, la recourante explique qu'elle a servi de structure afin de mettre en œuvre l'accord entre ces deux actionnaires et les époux K.\_\_\_\_\_. tendant à faire bénéficier ces derniers du droit au dividende pendant une certaine période en compensation des efforts fournis dans le cadre de la fusion de deux sociétés dont B.\_\_\_\_\_. Ltd est issue. Elle qualifie la demande de la CMA de démarche purement exploratoire visant à connaître le bénéficiaire d'un compte et requiert l'audition de F.\_\_\_\_\_. pour qu'il expose le tort que causerait la communication de cette information. La recourante réitère que D.K.\_\_\_\_\_. et ses enfants revêtent la qualité de tiers non impliqués – n'ayant pas exercé de fonctions dirigeantes au sein de B.\_\_\_\_\_. Ltd – et estime que les informations collectées à titre de KYC relèvent de la lutte contre le blanchiment d'argent et n'ont pas à être transmises dans le cadre de l'entraide administrative boursière. Ces informations d'ordre personnel ne donneraient à son avis aucune indication à la CMA sur les tenants et aboutissants des transactions sur son compte bancaire auprès de E.\_\_\_\_\_. ; elle estime que ces renseignements n'ont par ailleurs pas été requis par cette autorité. Si malgré ses explications, la titularité des actions devait être attribuée aux époux K.\_\_\_\_\_. , alors il conviendrait de retenir que chacun d'eux n'en possède que la moitié. La recourante déclare que le refus de lui accorder l'accès à la requête d'entraide ainsi qu'à la correspondance ultérieure entre la CMA et la FINMA viole son droit d'être entendue en l'empêchant de se déterminer valablement sur les motifs avancés et soupçonne l'autorité requérante de ne pas avoir exposé les raisons réelles de sa démarche. Enfin, elle déclare qu'G.\_\_\_\_\_. et H.\_\_\_\_\_. seraient elles aussi concernées par la transmission des informations.

**H.**

Invitée par le TAF à exiger de la CMA l'engagement exprès, sous une forme appropriée, de respecter les principes de spécialité et de confidentialité, la FINMA a, par courrier du 19 juin 2017, produit un document émanant de cette autorité daté du 15 juin 2017, signé par son Chief executive, dans lequel elle rappelle qu'elle est signataire à part entière de l'accord multilatéral de l'OICV portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations dont elle s'engage à respecter les termes et

conditions. Mentionnant en outre les bases légales de droit national qui lui imposent le respect des principes de confidentialité et de spécialité, elle confirme expressément avoir l'intention d'utiliser les informations obtenues de la FINMA uniquement aux fins exposées dans la requête et de ne pas les rendre publiques ou les transmettre pour des motifs ne relevant pas de la surveillance des marchés financiers sans l'accord préalable de la FINMA.

#### **I.**

Dans ses déterminations du 7 août 2017, la recourante met en doute la capacité de la CMA à respecter l'engagement de se conformer aux principes de confidentialité et de spécialité en expliquant que, selon la norme mentionnée par la CMA, celle-ci ou ses collaborateurs pourraient être requis par un tribunal de révéler les informations en leur possession, alors que l'accord de l'OICV ne constitue pour sa part pas un cadre légal contraignant. La recourante déclare par ailleurs qu'en raison du manque de sécurité du droit au Kenya, la transmission prévue par la FINMA pourrait causer un dommage irréparable aux personnes concernées.

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. 42a al. 6 LFINMA (RS 956.1 ; s'agissant de l'applicabilité des art. 42 et 42a LFINMA à la présente procédure, cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2016 consid. 2 et les réf. cit.), la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 PA accordant l'assistance administrative à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

**1.2** La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

**1.3** Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 42a al. 6 LFINMA, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

## **2.**

À teneur de l'art. 42 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes :

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

Ni le Tribunal de céans ni auparavant le Tribunal fédéral n'ont eu à se pencher sur un cas d'entraide requise par la CMA. Dans son courrier du 15 juin 2017, elle rappelle sa qualité de signataire à part entière de l'accord multilatéral de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations dont elle s'engage à respecter les termes et conditions, en particulier ses art. 10 et 11 qui prévoient que les parties à l'accord sont tenues par les principes de spécialité et de confidentialité. En outre, la CMA déclare expressément que les informations requises ne seront utilisées qu'aux fins exposées dans la requête du 9 août 2016 et que, conformément à l'art. 13 al. 2 du Capital Market Acts du Kenya, lesdites informations ne seront ni publiées ni transmises à d'autres autorités, tribunaux ou institutions au Kenya ou à l'étranger à d'autres fins que celles de l'exécution des lois sur les marchés financiers sans l'autorisation préalable de la FINMA. La recourante relève que l'art. 13 al. 2 précité contient une réserve aux principes de spécialité et de confidentialité si un tribunal requiert

l'information détenue par la CMA ou l'un de ses employés. En effet, la teneur de cette disposition est la suivante : "The Authority or any member thereof, or any officer or servant of the Authority, shall not disclose to any person or use any return or information acquired under subsection (1) except for the purpose of achieving the objectives of the Authority unless required to do so by a court of law". Il appert dès lors que la CMA ou ses collaborateurs pourraient être déliés de leur devoir de confidentialité par un tribunal dont la compétence n'est pas spécifiée et qui pourrait donc relever d'un autre domaine que celui de l'exécution des lois sur les marchés financiers.

De jurisprudence constante, les autorités étrangères ne sont pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public quant au respect des principes de spécialité et de confidentialité mais doivent s'engager à mettre tout en œuvre pour s'y conformer. Aussi longtemps que l'État requérant les observe effectivement et qu'il n'existe aucun signe qu'il ne le fasse pas dans le cas concret, rien ne s'oppose à accorder l'entraide administrative. S'il devait s'avérer que l'autorité requérante ne puisse pas ou plus s'y conformer en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, la FINMA devrait alors refuser l'entraide (cf. arrêt du TAF B-6059/2011 du 7 février 2012 consid. 4.3 et la réf. cit.). Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a considéré que l'entraide pouvait être accordée même si la législation de l'État requérant prévoyait sous certaines circonstances une obligation de transmettre les informations obtenues à d'autres autorités ou tribunaux, en transgression des principes précités, à condition toutefois que les déclarations de "best efforts" de l'autorité requérante soient claires et dénuées d'ambiguïté et que celle-ci s'engage à mettre en œuvre tous les moyens légaux pour empêcher une communication forcée (cf. arrêts du TF 2A.703/2005 du 9 août 2006 consid. 3.3 et 2A.340/2002 du 13 mars 2003 consid. 2.1 s).

Tel est le cas en l'occurrence puisque la CMA a déclaré expressément vouloir respecter les principes de spécialité et de confidentialité. Par ailleurs, selon l'art. 11 let. b de l'accord multilatéral de l'OICV, si l'autorité requérante devait en réponse à une demande ayant force obligatoire divulguer les informations et documents non publics qui lui auront été fournis dans le cadre de l'accord, elle en informera l'autorité requise avant d'y répondre et fera valoir les exonérations ou les privilèges juridiques appropriés concernant ces informations, s'il en existe. Il convient dès lors de retenir que la déclaration de la CMA combinée aux dispositions de l'accord multilatéral dont elle s'engage à respecter les principes constituent

une déclaration de "best efforts" suffisante, nonobstant le fait que ledit accord soit considéré comme soft law et non pas comme cadre contraignant comme le relève la recourante. Qui plus est, dans le dispositif de la décision entreprise, la FINMA rappelle expressément à la CMA que les informations et documents transmis doivent être traités de manière confidentielle conformément à l'accord précité et utilisés exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ainsi que les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmis à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet. Elle attire en outre formellement son attention sur le fait que toute utilisation ou retransmission desdites informations à des fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce de valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières nécessite l'autorisation de la FINMA. Il n'y a pas lieu, sans éléments pertinents, de supposer que l'autorité requérante ne se comporte pas de bonne foi et ne respecte pas ses engagements en matière de confidentialité et d'usage spécifique des informations obtenues (cf. arrêt du TAF B-1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 2.4). Contrairement à ce que réclame la recourante, la présente procédure ne peut être soumise à des exigences supplémentaires pour la simple raison que l'entraide n'a jusqu'ici jamais été octroyée à la CMA ; même si cela devait s'avérer le cas, cette situation ne doit pas pousser à la prudence au point de bloquer les procédures d'entraide avec cette autorité sans indices réels d'un manquement à craindre. Il appartiendra toutefois à la FINMA, en tant qu'autorité compétente en Suisse, de réagir de manière adéquate si elle devait apprendre que la CMA ne s'est pas conformée à ces principes et de prendre ceci en considération dans le cadre de demandes futures. Quant aux arguments de la recourante portant sur la sécurité du droit au Kenya, ils ne sont pas aptes à mettre en cause le respect par la CMA de ses obligations. Il n'existe pas non plus de raison de douter que le Chief executive de cette autorité puisse engager celle-ci par sa signature du document du 15 juin 2017. Par conséquent, il peut être retenu que la CMA remplit les conditions susmentionnées et que l'entraide administrative peut en principe lui être octroyée.

### 3.

La recourante déclare que le refus de lui accorder l'accès à la requête d'entraide ainsi qu'à la correspondance ultérieure entre la CMA et la FINMA viole son droit d'être entendue. De son côté, la FINMA explique que le droit d'accès au dossier de la recourante a été respecté car elle a envoyé une copie des pièces obtenues de E.\_\_\_\_\_ à F.\_\_\_\_\_ ainsi qu'au représentant de la recourante et leur a également communiqué le contenu

essentiel de la requête de la CMA ce que la recourante conteste en expliquant que seule l'allégation que C.K.\_\_\_\_\_ détenait plus de 3 % du capital de B.\_\_\_\_\_ Ltd et aurait enfreint les règles d'annonce lui a été communiquée.

**3.1** En vertu de l'art. 42a al. 3 LFINMA, la FINMA peut refuser la consultation de la correspondance avec les autorités étrangères. L'art. 28 PA est réservé. Ce dernier dispose qu'une pièce dont la consultation a été refusée à la partie 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. L'art. 42a al. 3 LFINMA a été adopté en tant que base légale permettant de restreindre de manière standard le droit de consulter la correspondance avec les autorités étrangères car le droit de consulter les pièces accordé dans le cadre de la procédure relative aux clients est contraire à l'accord multilatéral de l'OICV (cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers du 3 septembre 2014, FF 2014 7235, 7368 s.); il a de la sorte inscrit dans le contexte de l'entraide administrative un cas d'application de l'art. 27 PA en vertu duquel l'autorité peut refuser la consultation des pièces si des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons ou l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exigent (art. 27 al. 1 let. a et c PA). Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA).

**3.2** En l'espèce, la FINMA a communiqué à la recourante par courrier du 21 novembre 2016 le fait que la CMA cherchait à connaître l'identité de ses ayants droit économiques ainsi que des bénéficiaires directs de versements effectués depuis son compte auprès de E.\_\_\_\_\_ pour les années 2008 à 2012, que l'autorité requérante l'avait identifiée dans le cadre d'une enquête visant à établir si l'obligation d'annoncer des participations dans B.\_\_\_\_\_ Ltd avait été respectée et que ladite autorité soupçonnait C.K.\_\_\_\_\_ d'être le bénéficiaire économique des 5.99 % du capital détenus par elle alors que B.\_\_\_\_\_ Ltd avait certifié en 2008, 2010 et 2012 qu'aucun de ses administrateurs ne détenait plus de 3 % de ses actions. La disposition légale dont la CMA examine le respect a également été mentionnée. La FINMA a ensuite rendu sa décision uniquement sur la base de ces informations – ainsi que celles obtenues de E.\_\_\_\_\_ – sur lesquelles la recourante a eu l'occasion de s'exprimer. Ni la requête ni les autres pièces du dossier ne contiennent d'autres faits essentiels dont l'existence a été cachée à la recourante.

**3.3** Il appert dès lors que le droit d'accès au dossier a été restreint de manière conforme à l'art. 42a al. 3 LFINMA et sans aller au-delà de ce qui était nécessaire au respect par la FINMA de ses obligations. Le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

#### **4.**

La recourante allègue une violation du principe de la proportionnalité à plusieurs titres. En premier lieu, elle conteste une violation par C.K.\_\_\_\_\_ du devoir de déclarer des participations puisqu'il ne détient pas 3 % des actions de B.\_\_\_\_\_ Ltd de sorte que l'entraide n'a pas à être octroyée. Elle indique ensuite que D.K.\_\_\_\_\_ et ses enfants revêtent la qualité de tiers non impliqués. Elle déclare enfin que la transmission des informations est susceptible de causer un tort considérable à la famille K.\_\_\_\_\_ ainsi qu'à G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_.

#### **4.1**

**4.1.1** Aux termes de l'art. 42 al. 4 2<sup>ème</sup> phrase LFINMA, la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. L'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 ; arrêt du TAF B-1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 5.2.1). En général, il suffit que celle-ci démontre de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 7.1 et les réf. cit.). À cette fin, il lui appartient d'exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial d'infraction, donner les motifs de sa requête et décrire les informations et documents nécessités (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.519/2003 du 5 décembre 2003 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1). Pour sa part, l'autorité requise doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles manquements aux obligations légales et réglementaires ou distorsions du marché justifiant la demande d'entraide ; elle n'a pas à soupeser la véracité des faits présentés dans la demande pour autant que ceux-ci ne s'avèrent pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires. Elle n'a pas non plus à se pencher sur l'interprétation du droit de l'État requérant (cf. arrêt du TAF B-5274/2013 du 28 mai 2014 consid. 4.1 et les réf. cit.). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve ("fishing expedition" ; cf. ATF 129 II

484 consid. 4.1 et les réf. cit. ; ATAF 2011/14 consid. 5.2.2.1 ; arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

**4.1.2** En l'espèce, il ressort des documents fournis par E.\_\_\_\_\_ que les époux K.\_\_\_\_\_ sont les ayants droit économiques du compte de la recourante. Dans le formulaire KYC, il est mentionné que les sommes versées sur le compte consistent en des paiements de dividendes par l'ancien employeur du client. Ces faits semblent dès lors corroborer le soupçon exposé par la CMA, à savoir la détention par C.K.\_\_\_\_\_, ancien directeur général et président du conseil d'administration de B.\_\_\_\_\_ Ltd, d'une participation dans celle-ci susceptible de déclencher une obligation de l'annoncer puisque la titularité effective des actions à hauteur de 5.99 % du capital devrait lui être attribuée. La recourante conteste cette conclusion en expliquant que les époux ne bénéficient que des dividendes pour une période déterminée alors qu'elle détient les actions à titre fiduciaire en faveur d'G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_ ; elle a produit à l'appui de ce dernier allégué une communication de F.\_\_\_\_\_ du 15 octobre 2007 adressée à la responsable des finances de B.\_\_\_\_\_ Ltd l'informant que ces deux personnes étaient ses bénéficiaires économiques ainsi qu'un courrier du 17 octobre 2007 adressé à la CMA par une société membre de Nairobi Securities Exchange indiquant que la recourante détenait des actions de Kobil Petroleum Ltd. – l'une des sociétés ayant fusionné pour former B.\_\_\_\_\_ Ltd – en leur faveur à titre fiduciaire. Ces explications tout comme les deux pièces – qui datent de bientôt dix ans – se trouvent cependant en contradiction avec les documents du compte auprès de E.\_\_\_\_\_ ouvert à la même époque au nom des époux K.\_\_\_\_\_ et ne suffisent pas à réfuter sans le moindre doute le soupçon que les actions pourraient appartenir à ces derniers. Il en va de même de l'information selon laquelle le dépositaire central du Kenya connaîtrait l'identité des titulaires. Il convient de relever que la relation entre C.K.\_\_\_\_\_ et la recourante a fait l'objet d'un article de presse au Kenya dans lequel F.\_\_\_\_\_ a été cité comme déclarant exercer la fonction d'administrateur de celle-ci tandis que son bénéficiaire économique ultime était C.K.\_\_\_\_\_ dont il suivait les instructions (cf. [http://www.\(...\).html](http://www.(...).html)). Quant à l'argument selon lequel C.K.\_\_\_\_\_ ne détiendrait que la moitié de ces actions, soit 2.995 % se situant en-dessous du seuil de 3 % entraînant un devoir d'annonce, il ne permet pas non plus d'exclure toute probabilité de violation des dispositions légales puisqu'il est possible que C.K.\_\_\_\_\_ soit seul propriétaire de ces actions quand bien même elles sont déposées sur un compte dont D.K.\_\_\_\_\_ se trouve également ayant droit économique. Au demeurant, l'autorité requise n'a pas à se pencher sur l'interprétation du droit étranger de sorte qu'elle n'a pas à examiner la

question de la copropriété entre deux époux de nationalité israélienne domiciliés – d'après les pièces versées au dossier – au Kenya et ayants droit économiques d'un compte en Suisse. S'agissant du dommage que la recourante craint pour les personnes concernées, soit la famille K. \_\_\_\_\_ ainsi qu'G. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, il ne repose que sur des allégués d'ordre général concernant la sécurité tant juridique et politique au Kenya et non pas sur des indices concrets touchant la situation de ces individus en particulier ou laissant croire que l'enquête menée par la CMA ne se déroulerait pas selon les règles du droit. Rien ne permet en outre de douter de la véracité des déclarations de l'autorité requérante et en particulier de craindre qu'elle ait dissimulé les raisons réelles de sa démarche comme le déclare la recourante.

**4.1.3** Au résultat, il appert que l'état de fait exposé par l'autorité requérante laisse apparaître un soupçon initial suffisant de manquement à des dispositions relevant de la surveillance des marchés financiers que les informations recueillies, en particulier le lien avéré entre C.K. \_\_\_\_\_ et la recourante, peuvent contribuer à éclaircir. Dès lors, en concluant que ce soupçon justifiait l'octroi de l'entraide, la FINMA ne viole pas le principe de la proportionnalité.

**4.2** Il convient au demeurant d'examiner si D.K. \_\_\_\_\_ et ses enfants peuvent se prévaloir de la qualité de tiers non impliqués afin de faire échec à la communication de leur identité à la CMA.

**4.2.1** La notion de tiers non impliqué représente l'autre aspect essentiel du principe de la proportionnalité propre à l'entraide administrative. En vertu de l'art. 42 al. 4 3<sup>ème</sup> phrase LFINMA, la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue. La jurisprudence a précisé à ce sujet que, d'une manière générale, la simple éventualité qu'un compte pourrait avoir servi, même à l'insu des personnes titulaires, à commettre une infraction suffit, en principe, à exclure la qualité de tiers non impliqué. Il appartient au client concerné de réfuter de manière concrète et plausible des indices éventuels de son implication, d'une façon ou d'une autre, aux transactions en cause, celles-ci ayant été effectuées à son insu (cf. arrêt du TAF B-3977/2015 du 20 octobre 2015 consid. 3 et les réf. cit.).

**4.2.2** Autant D.K. \_\_\_\_\_ que ses enfants figurent dans les documents relatifs au compte de la recourante auprès de E. \_\_\_\_\_, la première en tant qu'ayant droit économique conjointement avec son époux, les seconds en tant que signataires autorisés de la relation bancaire. En sa qualité

d'ayant droit économique, D.K.\_\_\_\_\_ ne peut en principe être considérée comme tiers non impliqué (cf. arrêt du TF 2A.234/2000 du 25 avril 2001 consid. 6b). Les opérations liées aux actions de B.\_\_\_\_\_ Ltd n'ont en outre pas été exécutées à son insu puisqu'elle devait avec son mari en bénéficiaire des dividendes à titre de rétribution. La situation est moins claire s'agissant de leurs enfants puisque ces derniers ne sont ni titulaires ni ayants droit du compte. Toutefois, le fait qu'ils disposent d'un droit de signature les rattache suffisamment à l'objet de l'enquête pour que, attendu que la non-implication doit être manifeste, la qualité de tiers non impliqué leur soit niée (cf. arrêt du TAF B-2165/2017 du 21 juin 2017 consid. 5.3) ; l'un des objectifs de la procédure consiste justement en l'identification des personnes potentiellement impliquées (cf. arrêt du TAF B-7241/2013 du 6 août 2014 consid. 4.2), ce d'autant plus en présence d'une structure susceptible comme en l'espèce de dissimuler la titularité réelle des actions. Le fait qu'ils n'exercent aucune fonction dirigeante dans la société B.\_\_\_\_\_ Ltd et ne soient pas directement visés par le devoir d'annoncer des participations ne permet pas d'exclure toute implication leur part – comme d'ailleurs de celle de D.K.\_\_\_\_\_ – dans l'affaire sous enquête.

**4.2.3** Il résulte de ce qui précède que D.K.\_\_\_\_\_ et ses enfants ne peuvent être qualifiés de tiers non impliqués. Ce grief de la recourante ainsi que les conclusions subsidiaires du recours doivent dès lors être rejetés.

**4.3** Il convient encore de relever brièvement que l'étendue des informations et documents transmis – soit pour l'essentiel les documents d'ouverture de compte ainsi que ses relevés de 2008 à 2012 – s'avère elle aussi conforme au principe de la proportionnalité dans la mesure où ils peuvent effectivement se révéler utiles à l'enquête de l'autorité requérante sans aller au-delà de ce qui est nécessaire à son avancement. Il appartiendra à cette autorité de vérifier si des dispositions légales ont effectivement été violées et le cas échéant, d'en déterminer les responsables.

## **5.**

La recourante sollicite du Tribunal de céans l'audition de F.\_\_\_\_\_ afin d'exposer les conséquences qu'entraînerait l'octroi de l'entraide pour les époux K.\_\_\_\_\_ ainsi que pour G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_.

Aux termes de l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Le Tribunal n'est dès lors pas lié par les offres de preuves des parties et peut se limiter à ce qui lui paraît pertinent. En outre, l'autorité peut mettre un terme à

l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne sauraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3 et les réf. cit.). En l'espèce, l'état de fait ainsi que le soupçon initial sont suffisamment établis ; en outre, la recourante a pu faire part des répercussions qu'elle craint en cas de transmission des informations à la CMA ; un courrier détaillé de F. \_\_\_\_\_ daté du 9 janvier 2017 a par ailleurs été versé au dossier. Il n'appert dès lors pas que l'audition requise conduirait le Tribunal de céans à des conclusions différentes. Il peut donc y être renoncé.

#### **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, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 3'000 francs déjà versée.

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

#### **8.**

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

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

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

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

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

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

Expédition : 7 septembre 2017