

Herausgeber:

P. Nobel (Vorsitz) • M. Amstutz • H. C. von der Crone
M. Giovanoli • C. Huguenin • A. von Planta • H. Peter
W. A. Stoffel • L. Thévenoz • H. P. Walter • R. H. Weber • D. Zobl

Schriftleiterin:

Charlotte M. Baer

4/09

Leitartikel/Articles de fond*Rolf Watter/Andrew M. Garbarski*La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit
de la société anonyme : changement de paradigme ?*Reto Mäder*Risikobeurteilung nach Art. 663b Ziff. 12 OR
Pflichten und Handlungsspielraum des Verwaltungsrates in KMU**Europareport***Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell*

Europareport

Zusammenfassung der Rechtsprechung*Susan Emmenegger/Luc Thévenoz/Hans Claas Bernhardt/Samuel Zemp*

Das schweizerische Bankprivatrecht 2008–2009

Le droit bancaire privé suisse 2008–2009

*Jean-Louis Tsimaratos/Frédéric Sutter*Entraide administrative internationale en matière boursière :
état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au 30 juin 2009**Bemerkungen zur Rechtsprechung**

Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.205/2008 vom 19. August 2008

Mit Bemerkungen von *Franziska Bächler* und *Hans Caspar von der Crone***Notizen/Notes***Franziska Pertek*Sechzehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum ICF
vom 23./24. April 2009**Autorenverzeichnis/Liste des auteurs**

Impressum

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht / SZW
Revue suisse de droit des affaires et du marché financier / RSDA
Swiss Review of Business and Financial Market Law

81. Jahrgang Nr. 4 August 2009

Herausgeberkollegium:

Prof. Dr. P. Nobel (Vorsitz), Prof. Dr. Marc Amstutz,
Prof. Dr. H. C. von der Crone, Prof. Dr. M. Giovanoli,
Prof. Dr. C. Huguenin, Dr. A. von Planta, Prof. Dr. H. Peter,
Prof. Dr. W. A. Stoffel, Prof. Dr. L. Thévenoz,
Prof. Dr. h. c. H. P. Walter, Prof. Dr. R. H. Weber,
Prof. Dr. D. Zobl

Vorsitzender des Herausgeberkollegiums:

Prof. Dr. P. Nobel, Dufourstrasse 29, 8008 Zürich
Tel. 044/269 77 77

Schriftleitung:

Lic. iur. Charlotte M. Baer, c/o Nobel & Hug,
Dufourstrasse 29, 8008 Zürich, Tel. 044/269 77 77
e-mail: charlotte.baer@nobel-hug.ch

Koordinator für Bank- und Finanzrecht:

Prof. Dr. D. Zobl, Weidstrasse 1a, 8803 Rüschlikon
Tel. 044/724 03 30

Gesellschaftsrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. P. van Ommeslaghe (Bruxelles)
Dänemark	Prof. B. Gomard (Kopenhagen)
Deutschland	Prof. M. Lutter (Bonn)
England	Prof. A. J. Boyle (London)
Niederlande	Prof. J. M. M. Maaijer (Nijmegen)
Österreich	Prof. H. G. Koppensteiner (Salzburg)
USA	Prof. R. Buxbaum (Berkeley)

Bankenrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. Robert Austin (Sydney)
Deutschland	Prof. Klaus J. Hopt (Hamburg)
Frankreich	Francis Meyrier (Paris)
Grossbritannien	Prof. Ross Cranston (London)
Italien	Prof. Fabrizio Maimeri (Roma)
Japan	Prof. Hideki Kanda (Tokyo)
Liechtenstein	Dr. Georges Baur (Vaduz)
Luxemburg	Claude Marx (Luxembourg)
Österreich	Dr. Udo Birkner (Wien)
USA	Douglas W. Hawes (New York)
für die EU	Prof. Guy Horsmans (Louvain)
Eidgenössische Bankenkommission	Daniel Zuberbühler (Bern)

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, 8001 Zürich, Tel. 044/200 29 19
Fax 044/200 29 08, e-mail: zs.verlag@schulthess.com
Internet: <http://www.schulthess.com>
Rezensionsexemplare sind ausschliesslich an die
Schriftleitung zu senden.

Erscheint sechsmal jährlich

Abonnementspreis CHF 278.00/EURO 173.00

Studenten CHF 148.00/EURO 92.00

Einzelnummer CHF 49.00

ISSN 1018-7987

Anzeigenmarketing:

Publicitas Publimag AG
Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich
Telefon 044/250 31 31, Telefax 044/250 31 32

Inhalt/ Table des matières

Leitartikel/Articles de fond

Prof. Dr. Rolf Watter/Dr. Andrew M. Garbarski
La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet
de révision du droit de la société anonyme :
changement de paradigme? 235

Reto Mäder

Risikobeurteilung nach Art. 663b Ziff. 12 OR
Pflichten und Handlungsspielraum
des Verwaltungsrates in KMU 255

Europareport

Dr. Thomas Lübbig/Dr. Christian Pitschas/Miriam le Bell
Europareport 266

Zusammenfassung der Rechtsprechung

Prof. Dr. Susan Emmenegger/Prof. Dr. Luc Thévenoz/
lic. iur. Hans Claas Bernhardt/MLaw Samuel Zemp
Das schweizerische Bankprivatrecht 2008–2009
Le droit bancaire privé suisse 2008–2009 272

Jean-Louis Tsimaratos/Frédéric Sutter

Entraide administrative internationale en matière boursière :
état de la jurisprudence du Tribunal administratif
fédéral au 30 juin 2009 294

Bemerkungen zur Rechtsprechung

Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen
Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.205/2008
vom 19. August 2008
Mit Bemerkungen von *MLaw Franziska Bächler* und
Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone 310

Notizen/Notes

Dr. Franziska Pertek
Sechzehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum ICF
vom 23./24. April 2009 317

Autorenverzeichnis/Liste des auteurs

321

Entraide administrative internationale en matière boursière : état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au 30 juin 2009

Par Jean-Louis Tsimaratos et Frédéric Sutter

Table des matières

- I. Introduction
- II. Cadre juridique
 - 1. Droit de fond pertinent
 - 2. Droit procédural applicable
- III. Déroulement de la procédure d'entraide à l'aune de la pratique de la FINMA et de la jurisprudence fédérale
 - 1. Requête d'entraide de l'autorité étrangère adressée à la FINMA
 - 2. Demande de transmission de renseignements adressée au banquier ou au négociant
 - 3. Décision de transmission de la FINMA à l'autorité étrangère
 - 4. Recours de la personne visée
- IV. Aperçu des conséquences juridiques au terme de la procédure d'entraide
 - 1. Procédure et sanction administrative
 - 2. Entraide internationale en matière pénale
 - 3. Procédure de nature civile
- V. Conclusion

I. Introduction

Depuis le début des années 2000, l'autorité de surveillance des marchés financiers (anciennement la Commission fédérale des banques [CFB], devenue «FINMA»)¹ doit faire face à un nombre croissant de requêtes d'entraide administrative internationale en matière boursière. En 2003, la FINMA a publié un rapport selon lequel depuis l'entrée en vigueur de la LBVM,² près de 300 demandes d'entraide d'autorités étrangères lui avaient été adressées, au nombre desquelles 140 avaient été acceptées par la FINMA.³ En tout et pour tout, 76 décisions de la FINMA avaient fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (TF) dont 20 avaient été jugés bien fondés. Depuis lors, le nombre de ces demandes d'entraide est en

constante augmentation,⁴ en particulier suite à la modification de l'art. 38 LBVM, entrée en vigueur le 1^{er} février 2006,⁵ laquelle a assoupli les conditions d'octroi de l'entraide. De telles requêtes de coopération prudentielle sont généralement fondées sur des délits d'initiés ou d'autres abus de marchés prétendument commis à partir de la Suisse sur un marché financier étranger. En pratique, les transactions portant sur les titres concernés par la procédure d'entraide sont effectuées à travers une banque ou un négociant en valeurs mobilières helvétiques. Les récentes décisions de l'autorité fédérale de recours rendues dans le domaine rappellent invariablement que l'objectif premier de la procédure d'entraide internationale est de permettre à l'autorité requérante de vérifier si les faits incriminés peuvent constituer une violation de sa réglementation boursière.⁶ Ainsi, dans la procédure de coopération internationale, la FINMA revêt la qualité de «mandataire» de l'autorité requérante à l'égard de la personne visée en Suisse par l'enquête, tout en jouissant de ses prérogatives de puissance publique usuelles.⁷

Sur le plan pénal, notons qu'à ce jour, le droit suisse réprime les délits boursiers⁸ à l'art. 161 du code pénal⁹ (CP) et les autres formes d'abus de marché à l'art. 161^{bis} CP. Il n'est cependant pas à exclure que les conditions et sanctions de telles infractions soient, dans un avenir proche, ancrées directement dans la LBVM et non plus dans le code pénal. De plus, la définition de l'infraction de délit d'initiés

¹ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, «LFINMA»), RS 956.1, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009. Dans la présente contribution traitant de la pratique jusqu'au 30 juin 2009, la dénomination «FINMA» sera utilisée, par souci de simplicité, même pour les décisions ou d'autres documents dont le texte est cité et qui mentionnent expressément la «CFB».

² Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, «LBVM»), RS 954.1. C'est depuis l'entrée en vigueur de la LBVM que la procédure d'entraide administrative en matière boursière est codifiée par le droit suisse.

³ Bulletin FINMA 45/2003, p. 15 et ss, 24.

⁴ Ainsi, pour la seule année 2008, le nombre de requêtes d'entraide adressées à la FINMA serait de l'ordre de 120. RO 2006 197.

⁵ *Christian Bovet*, «Chronique de la jurisprudence administrative et de la réglementation», in Thévenoz/Bovet (édit.), Journée de droit bancaire et financier 2007, Genève 2008, p. 192.

⁶ Notamment celles découlant de l'art. 29 LFINMA qui, à l'encontre de banques et de négociants en valeurs mobilières assujettis, confèrent à la FINMA des droits «étendus» qui seront analysés ci-après.

⁷ La présente contribution traitera principalement des procédures d'entraide relatives à la commission de délits boursiers portant sur l'exploitation de faits confidentiels (désignés ci-après dans le texte par le terme générique de «délits d'initiés»).

⁸ Modifié par la loi fédérale du 20 mars 2008, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2008; RO 2008 4501 4502, FF 2007 413.

pourrait être étendue afin d'être conforme au droit des Etats membres de l'Union Européenne.¹⁰

Dans ce domaine en constante évolution, l'objet de la présente contribution est de faire le point sur les principes applicables à la procédure d'entraide administrative, principes qui doivent guider le praticien lors de la défense des intérêts des personnes visées par la procédure. Elle s'attachera à fixer le cadre légal dans lequel la procédure d'entraide internationale doit s'opérer (II.), avant d'en étudier le déroulement étape par étape (III.), ses conséquences juridiques (IV.) et finalement de conclure (V.).

II. Cadre juridique

1. Droit de fond pertinent

Deux situations conduisent la FINMA à intervenir en matière d'entraide administrative internationale. La première est celle dans laquelle la FINMA sollicite d'une autorité étrangère la transmission d'informations en général sur des transactions suspectes ayant un lien avec la Suisse. La seconde est celle où la FINMA est requise par un homologue étranger de rechercher des informations sur le territoire suisse et ensuite de les communiquer à l'étranger. La requête d'entraide de la FINMA à l'égard d'une autorité étrangère est fondée sur l'art. 38 al. 1 LBVM alors que la coopération accordée par la FINMA à l'autorité étrangère est fondée sur l'art. 38 al. 2 à 6 LBVM. Si cette dernière situation soulève une assez dense jurisprudence, la première ne nous occupera pas puisqu'elle déploie principalement ses effets dans les juridictions étrangères. Pour ce qui a trait aux modalités de la procédure d'entraide entre les différents Etats, elle est la plupart du temps régie ponctuellement par des «échanges de lettres»¹¹

dans le cadre desquels l'autorité étrangère s'engage envers la FINMA à satisfaire aux dispositions légales de droit suisse.

L'art. 38 LBVM dans sa teneur actuelle est entré en vigueur le 1^{er} février 2006.¹² Il a fait l'objet d'une adaptation qui s'explique notamment par le fait que certaines autorités étrangères, à l'instar de leur procédure, ne remplissaient pas les critères – stricts – imposés par le droit suisse. Tel était notamment le cas de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) américaine au détriment de laquelle l'octroi de l'assistance administrative était systématiquement suspendu.¹³ Dans l'objectif de maintenir la bonne réputation

¹² Article 38 LBVM:

«Art. 38 Assistance administrative

1. La FINMA peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi.

2. Elle ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public que si :

a. ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes ;

b. 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 ;

3. Lorsque les informations que doit transmettre la FINMA concernent des clients de négociants, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 4 et 5 ;

4. La procédure d'assistance administrative est menée avec diligence. La FINMA respecte le principe de la proportionnalité. La transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue ;

5. 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'art. 22a de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale n'est pas applicable ;

6. La FINMA peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2, let. a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable.»

¹³ C'est essentiellement suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.349/2001, du 20 décembre 2001, rendu dans l'affaire «Elsag Bailey» que la FINMA s'est trouvée dans l'obli-

¹⁰ Cf. rapport de la commission d'experts en matière de délits boursiers et d'abus de marché, du 29 janvier 2009, publié sur le site du Département fédéral des finances, <www.dff.admin.ch>. Voir également à ce sujet l'article d'Alain Hirsch, n° 627, du 6 mars 2009 sur le site du Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève, <www.unige.ch/droit/cdbf>.

¹¹ «Echanges de lettres», «Zusicherungsschreiben» ou encore «Declaration of best efforts». Cf. par exemple avec l'Etat français, l'échange de lettres du 26 mars 1999 entre la FINMA et la Commission des opérations de bourse (COB) devenue l'Autorité des marchés financiers (AMF) et, avec les Etats-Unis, l'échange de lettres du 17 novembre 1997 et du 18 janvier 2001 entre la SEC et la FINMA.

de la place financière suisse, les instances fédérales ont permis un assouplissement de la procédure d'assistance administrative. Dans ce contexte, il est utile de faire brièvement le point sur la teneur actuelle de l'art. 38 LBVM.

L'une des modifications de l'art. 38 LBVM a consisté dans l'assouplissement du **principe de la confidentialité** qu'il consacre à son alinéa 2 lit. b. Concrètement, il en résulte que si l'autorité requérante, ainsi que son personnel, demeurent toujours liés par le secret de fonction ou professionnel, la publicité des procédures initiées dans le ressort territorial de cette autorité, en rapport avec la réglementation boursière, ne sont plus considérées comme illégales à teneur du droit suisse.¹⁴ Une seconde modification supprime, dans le cadre du principe de la spécialité (cf. *infra*), le **principe dit du «long bras»**, qui obligeait l'autorité de surveillance à garder le contrôle de l'utilisation des informations après les avoir transmises à l'autorité étrangère. Ainsi, à présent, la retransmission d'informations par l'autorité requérante à d'autres instances de son Etat ne nécessite plus l'assentiment préalable de la FINMA, pour autant que lesdites instances assument une fonction de surveillance des marchés financiers.¹⁵ Cette adaptation est concordante avec l'assouplissement du principe de la confidentialité évoqué plus haut.

Le **principe de la spécialité**¹⁶ conserve pour le reste toute sa pertinence en imposant toujours que les informations soient utilisées exclusivement – par l'autorité requérante – pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou soient retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes ayant le même but.¹⁷ Enfin, en vertu du **principe de la proportionnalité**, consacré désormais expressément dans la loi,¹⁸ l'entraide administrative ne doit être accordée que dans la

mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'État requérant.¹⁹

La mise en œuvre de ces principes sera exposée à la lumière de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF) (cf. *infra* ch. III.).

Mentionnons enfin que l'entrée en vigueur de la LFINMA le 1^{er} janvier 2009 a entraîné un certain nombre de modifications ponctuelles dans plusieurs lois fédérales – dont la LBVM²⁰ – sur lesquelles nous reviendrons plus loin en tant que de besoin. Précisons à cet égard que l'instauration d'une norme harmonisée en matière d'assistance administrative, à l'art. 42 LFINMA, n'a qu'un impact limité puisque l'art. 38 LBVM reste applicable aux procédures d'assistance administrative en matière boursière, en tant que *lex specialis*.²¹

2. Droit procédural applicable

Depuis le 1^{er} janvier 2007, la loi fédérale sur l'organisation judiciaire (OJ) a été abrogée pour laisser la place notamment à la LTF,²² ainsi qu'à la LTAF,²³ dans le cadre du vaste projet de réorganisation des juridictions fédérales. Depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles lois, toute décision de la FINMA rendue en matière d'entraide est susceptible de recours devant le TAF²⁴ à l'exclusion de tout recours subséquent devant le TF.²⁵

Si le TAF en sa qualité d'instance de recours a été nouvellement instauré dans la constellation juridictionnelle fédérale, la jurisprudence rendue par le TF a toutefois été largement reprise par le TAF. Cela s'entend sous réserve des principes précités qui ont

gation de requérir du département fédéral des finances une adaptation de l'art. 38 LBVM face au blocage rencontré dans l'octroi de l'entraide administrative avec la SEC.

¹⁴ Cf. art. 38 al. 2 lit. b LBVM; cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) B-2941/2008 c. 2.1.

¹⁵ Cf. à titre d'exemple TAF B-2941/2008 c. 2.2.

¹⁶ Cf. *supra* note 12, en rapport avec l'art. 38 al. 2 lit. a LBVM, actuellement en vigueur.

¹⁷ Cf. TAF B-2941/2008 c. 2.1.

¹⁸ Cf. art. 38 al. 4 LBVM. Auparavant, l'application du principe de proportionnalité en matière d'assistance administrative était prétorien, cf. par exemple ATF 125 II 65 c. 6.

¹⁹ Cf. à titre d'exemple TAF B-4675/2008 c. 2.3; TAF B-2941/2008 c. 2.3.

²⁰ Cf. RO 2008 5207. Dans l'intérêt de cet article, nous révélerons que l'art. 35 LBVM a été simplifié, tout comme les al. 1 lit. e et al. 2 de l'art. 14 PA ont été modifiés par la LFINMA.

²¹ Cf. Message du Conseil Fédéral, FF 2006 2760, confirmé dans TAF B-997/2009 c. 2.

²² Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

²³ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32.

²⁴ Cf. art. 33 lit. f LTAF. A noter qu'avant l'entrée en vigueur de la LTAF, l'autorité de recours était le TF.

²⁵ Cela s'explique par le fait que les décisions du TAF en matière d'entraide administrative internationale rentrent précisément dans le «catalogue» des exclusions visées à l'art. 83 lit. h LTF.

été modifiés ou qui ne trouvent plus application,²⁶ suite à l'entrée en vigueur de l'art. 38 LVBM dans sa nouvelle teneur (cf. *supra* ch. II.1).

Les règles de procédure applicables dans le cadre de la coopération internationale en matière boursière sont celles de la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA) par le renvoi de l'art. 38 al. 3 LVBM. Ainsi, ces règles s'appliquent lorsque les informations requises par l'autorité de surveillance concernent des clients de banques et de négociants en valeurs mobilières,²⁷ ce qui représente la majeure partie des cas. Cependant, et comme nous le verrons ci-après, l'application de la PA est en pratique moins restrictive (cf. *infra* ch. III.4.1.1). Pour le surplus, il faut noter que la PA renvoie à l'application de certaines dispositions de la PCF.²⁸ Les principes procéduraux découlant de la PA et qui régissent l'entraide administrative seront exposés ci-après (cf. *infra* ch. III.4.3.1) étant rappelé que certaines dispositions de la PA ont été également modifiées par la LFINMA.²⁹

Nonobstant l'application des lois précitées, le cadre procédural de l'assistance administrative reste relativement vague, celui-ci étant volontairement informel. En effet, sans base légale spécifique, la FINMA peut être en contact téléphonique avec le conseil de la personne visée par la requête, ou encore peut inviter cette dernière à se déterminer par écrit au cours de la procédure qui va conduire à la prise de décision de transmission par la FINMA.³⁰ De même, la personne visée par la requête d'entraide peut renoncer à la prise d'une décision formelle de transmission des informations la concernant, une telle faculté n'étant pas non plus prévue par la loi. C'est le lieu de mentionner que, depuis le 1^{er} janvier 2009, le droit pour la FINMA de procéder à l'audition de témoins, généralement pour le compte d'autorités étrangères, est

expressément prévu par la loi,³¹ alors qu'auparavant une telle pratique existait mais n'était fondée sur aucune base légale explicite.

III. Déroulement de la procédure d'entraide à l'aune de la pratique de la FINMA et de la jurisprudence fédérale

1. Requête d'entraide de l'autorité étrangère adressée à la FINMA

1.1 Notion d'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers

Pour qu'il soit donné suite à une requête d'entraide administrative internationale, l'autorité étrangère requérante – qui a préalablement ouvert une enquête dans son Etat – doit nécessairement être une autorité qui remplit les conditions prévues par le droit suisse. Les principaux critères étant que l'autorité étrangère soit investie de la tâche de surveillance des bourses et marchés financiers dans son ressort territorial et que son personnel soit lié par le secret de fonction ou le secret professionnel.³² Ainsi, pour qu'une autorité étrangère de surveillance soit reconnue comme telle par la FINMA, elle doit présenter des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité et de la confidentialité visés respectivement à l'art. 38 al. 2 lit. a et b LBVM. La liste des autorités remplissant les conditions requises comprend les principales autorités de surveillance des pays qui entretiennent des relations régulières avec la Suisse sur le plan économique et financier.³³

²⁶ Cf. TAF B-2941/2008 c. 2.2 et B-2921/2008 c. 2.2, citant TF 2A.649/2006 c. 3.1 ainsi que TF 2A.266/2006 c. 3.1. Cf. également TAF B-2980/2007 c. 3 ainsi que le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, FF 2004 6341 ss, concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières.

²⁷ Ci-après désignés dans le texte par le terme « négociants ».

²⁸ Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1974 (PCF), RS 273. Il est intéressant de relever que les personnes entendues en qualité de témoin peuvent refuser de répondre aux questions qui les exposeraient à des poursuites pénales (art. 42 al. 1 PCF).

²⁹ Cf. *supra* note 20.

³⁰ Cf. par exemple TAF B-4675/2008, partie en fait, B *in fine*.

³¹ Art. 14 al. 1 lit. e et al. 2 PA, introduits par la LFINMA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

³² Art. 38 al. 2 lit. b LBVM; cf. par exemple TAF B-168/2008 c. 2.1.

³³ A titre non exhaustif, on relèvera que les conditions générales de l'entraide administrative sont remplies en ce qui concerne l'AFM (Authority for the Financial Market, anciennement la STE, Pays-Bas) depuis l'arrêt du TF rendu dans l'affaire « HIM Furness » (TF 2A.434/2001 c. 3). L'AMF (Autorité des Marchés Financiers, anciennement la COB, France) se voit accorder l'entraide depuis l'ATF 126 II 86, celle-ci remplissant les standards requis; cf. aussi: le TF dans l'affaire « SITA », in Bulletin FINMA 41/2000, p. 118; TF 2A.603/2006 c. 3; ATF 129 II 484 c. 2.2; ATF 127 II 323 c. 4; ATF 126 II 86 c. 3b; TAF B-168/2008 c. 3, TAF B-1589/2008 c. 3, TAF B-2941/2008, c. 3.1 et TAF B-1023/2009 c. 5. La BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, anciennement la BAWe, Allemagne) est considérée par la FIN-

Ainsi entre 1998 et 2004, 31 autorités de surveillance étrangères de 25 Etats différents ont sollicité l'assistance administrative auprès de la FINMA.

1.2 Existence d'un soupçon initial – indice suffisant de possible distorsion du marché

Si l'autorité requérante étrangère est effectivement une « autorité de surveillance des marchés financiers » au sens de l'art. 38 LBVM, celle-ci doit en premier lieu justifier à l'égard de la FINMA un « soupçon suffisant de dérèglement du marché » à la base de sa requête d'entraide.

A teneur de la jurisprudence du TAF, la FINMA ne doit pas se montrer trop exigeante pour admettre l'existence d'un soupçon initial dès lors 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 seront utiles à l'autorité requérante ou non.³⁴ Le TAF a précisé qu'il suffit que les informations requises soient de nature à servir à l'avancement de l'enquête de l'autorité de surveillance étrangère.³⁵

En examinant les décisions de l'autorité fédérale de recours, on remarque qu'une corrélation temporelle entre les opérations visées et une évolution suspecte du marché ou l'annonce publique d'informations susceptibles d'influencer le cours du titre concerné, est suffisante pour fonder une demande d'entraide administrative. C'est précisément cette période – précédant et suivant immédiatement l'an-

nonce d'une information initialement confidentielle durant laquelle de telles variations de cours sont constatées – que la jurisprudence qualifie de « période sensible ». Le seul fait, a précisé le TAF, que les transactions litigieuses aient eu lieu durant des périodes dites sensibles constitue des indices suffisants de nature à fonder un soupçon initial au sens de la jurisprudence.³⁶ Notons cependant qu'une augmentation particulière des cours ou des volumes n'est pas suffisante pour justifier une telle requête.³⁷

A la lecture de la jurisprudence, on constate donc que si une augmentation particulière des cours ou des volumes n'est pas suffisante pour fonder (à elle seule ajoutera-t-on) une telle requête d'assistance, de tels faits sont néanmoins ceux qui vont attirer l'attention de l'autorité de surveillance étrangère, particulièrement s'ils s'avèrent temporellement proches de la communication au public d'une information jusque-là confidentielle. Ainsi le TAF a eu l'occasion de juger récemment que la variation du cours du titre et l'augmentation inhabituelle de son volume d'échange durant la période qui a précédé et suivi la publication d'une information sont suffisants pour accorder l'assistance administrative.³⁸

Pour ce qui est de la durée sur laquelle peut s'étendre la période dite « sensible », le TAF a récemment admis qu'elle pouvait être supérieure à une année.³⁹

Quant au fondement de la requête d'assistance, il suffit que l'autorité étrangère expose les faits constatés justifiant la demande, respectivement le soupçon initial, qu'elle indique le fondement juridique – de droit étranger – à la base de sa requête et enfin qu'elle mentionne précisément les renseignements qu'elle sollicite.⁴⁰

MA comme une autorité respectant les standards requis ; à ce titre cf. TAF B-2980/2007 c. 4, TAF B-2033/2007 c. 4 citant TF 2A.519/2003 c. 2.2.1, TAF B-852/2008 c. 3.1, TF 2A.534/2001 c. 3.2 et références citées, ATF 125 II 65 c. 4 et TF 2A.12/2007 c. 3.1. La coopération prudentielle est accordée à la CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, Italie) depuis l'arrêt du TF 2A.83/2000, in Bulletin FINMA 41/2000, p. 79 et ss. Pour la FSA (Financial Services Authority, Royaume-Uni), la FINMA accepte l'octroi de l'entraide depuis TF 2A.649/2006. Enfin, pour la SEC, l'arrêt de principe du TF 2A.13/2007 c. 5 (in Bulletin FINMA 50/2007, p. 91) a confirmé que l'entraide peut légalement lui être accordée et qu'elle doit être considérée comme une autorité de surveillance des marchés financiers ; cf. également TAF B-2941/2008 c. 3.2.

³⁴ Cf. TAF B-4675/2008 c. 5.1, pour ne citer qu'un arrêt des plus récents.

³⁵ TAF B-4675/2008 c. 5.1 ; TAF B-1589/2008 c. 6.1 ; TAF B-168/2008 c. 5.1 ; TAF B-980/2007 c. 5.1 citant ATF 2A.108/2000 c. 6b ; cf. aussi ATF 126 II 409, in Bulletin FINMA 41/2000, p. 125, ainsi que Bulletin FINMA 45/2003, p. 29 et ss.

³⁶ Cf. TAF précités.

³⁷ Cf. TAF B-4675/2008 c. 5.1, citant TAF B-1589/2008 c. 6.1, TF 2A.55/2003 c. 4.2.1 et TF 2A.494/2004 c. 4.2.

³⁸ TAF B-168/2008 c. 5.4 et références citées.

³⁹ TAF B-1589/2008 c. 6.4.

⁴⁰ Les arrêts du TAF, (par exemple dans B-168/2008 c. 5.1) reprennent tous la formule consacrée : « 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 nécessaires (ATF 129 II 484 c. 4.1 et les réf. cit., ATF 126 II 409 c. 5a, ATF 125 II 65 c. 6b/aa ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 c. 5.1 ; Annette Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, thèse, Berne 1997, p. 149). » Cf. pour l'argumentation TAF B-852/2008 c. 4.2 concernant, par exemple, le fondement légal en droit allemand.

De la sorte, on constate que toute personne qui acquiert des titres, par exemple, dans la phase de hausse du cours précédant une offre publique d'acquisition (OPA), sans avoir eu connaissance d'une quelconque information confidentielle, peut être suspectée d'avoir commis un délit d'initié et par là, d'avoir violé les dispositions réglementaires⁴¹ réprimant une telle infraction dans l'Etat où le titre est coté. Il appartiendra à la banque, respectivement au négociant sollicités en Suisse, de collecter les informations pertinentes justifiant les conditions d'acquisition des titres, avant de les communiquer à la FINMA qui jugera s'il se justifie de transmettre le dossier à son homologue étranger.

2. Demande de transmission de renseignements adressée au banquier ou au négociant

Lorsque la FINMA reçoit une demande d'entraide, elle va s'adresser directement à la banque ou au négociant qui a ordonné les transactions, tout en leur interdisant dans un premier temps de communiquer l'existence de la procédure d'entraide à la personne visée, soit généralement le client titulaire du compte de titres. Il doit être précisé que la FINMA est compétente également pour requérir des renseignements auprès de personnes physiques ou morales non assujetties à une autorisation (d'exercer l'activité de banque ou de négociant), le seul critère décisif étant que la personne visée est intervenue sur le marché soumis à la surveillance de la FINMA.⁴² En pratique, la FINMA demandera à la banque ou au négociant de lui transmettre des informations et documents⁴³ qui

sont, en principe, ceux sollicités par l'autorité requérante. Mentionnons ici que les renseignements demandés par la FINMA peuvent aller au-delà de ceux requis dans la demande d'entraide, comme vient de le confirmer le TAF.⁴⁴ En effet, la juridiction fédérale de recours retient que la FINMA est habilitée à fournir spontanément des informations en lien direct avec une requête d'assistance, même en l'absence d'une demande spécifique de l'Etat requérant. Par ailleurs, la question de savoir si l'autorité étrangère peut demander à la FINMA de lui communiquer des informations qu'elle ne serait pas autorisée à se procurer sur son territoire a été laissée ouverte par le TAF⁴⁵ (cf. *infra* ch. III.4.3.2.3.e).

A noter encore que la banque ou le négociant devront déférer à l'injonction faite par la FINMA de transmettre les informations demandées dans un délai de 10 jours en pratique. Il appartiendra à l'entité sollicitée de fournir des renseignements complets et exacts, sous peine d'engager sa responsabilité envers la FINMA. L'obligation de la banque et du négociant de transmettre les renseignements – du moins jusqu'au 31 décembre 2008 – se fondait sur l'art. 35 al. 2 LBVM en vigueur jusqu'à cette date, à teneur duquel tout négociant en valeurs mobilières, au sens de ladite loi, avait le devoir général de transmettre tout renseignement conformément aux injonctions de la FINMA; un tel devoir est toujours consacré par le nouvel art. 35 LBVM⁴⁶ mais également et surtout par

der les factures détaillées de téléphone du client visé (appels entrants et sortants) de même que les documents corporatifs de la personne morale ou encore l'utilisation faite du bénéfice dégagé par la(les) transaction(s) effectuée(s).

⁴¹ Précisons que le comportement d'un acteur du marché qualifié de délit d'initié peut, en sus de contrevenir au droit réglementaire (boursier) de l'Etat requérant, constituer une infraction pénale selon le droit de ce même Etat.

⁴² TAF B-2537/2008 c. 6.

⁴³ Usuellement, l'autorité étrangère demande à la banque ou au négociant – par l'entremise de la FINMA – de lui fournir les renseignements suivants: nom, adresse et profession des clients pour le compte desquels les titres ont été achetés ainsi que du donneur d'ordre et des bénéficiaires finaux des transactions, identité des ayants droit économiques (ADE), documents relatifs à toutes les transactions effectuées sur le titre par les clients concernés, quantité de titres détenus par la personne visée, document d'entrée en relation d'affaires, information sur relation entre les clients, ADE et la société cotée, la motivation ayant conduit à la décision d'investissement. Précisons encore qu'en pratique, le délai imparti par la FINMA est généralement de 10 jours. Il arrive que l'autorité requérante puisse deman-

⁴⁴ Le Tribunal fédéral, à réitérées reprises, a reconnu que la FINMA est habilitée à fournir spontanément des informations en lien direct avec une requête d'assistance, savoir même en l'absence d'une demande spécifique: cf. TAF B-997/2009 c. 5.1 exposant de façon limpide: «Aussi, lorsque les conditions de l'art. 38 al. 2 et 4 LBVM sont remplies, la FINMA peut compléter une requête d'entraide administrative étrangère avec des informations apparaissant judiciaires dans la mesure où elles semblent utiles à la procédure étrangère et qu'elles demeurent dans un rapport de connexité avec celle-ci»; cf. également TAF B-2941/2008 c. 7, TAF B-2980/2007 c. 7.3 ainsi que TAF B-2921/2008 c. 7, citant ATF 126 II 409 c. 6c/aa, ATF 125 II 65 c. 7, TF 2A. 162/2001 c. 4c. Cf. encore TAF B-6039/2008 c.8, TAF B-5297/2008 c. 5.4 citant TF 2A.170/2006 c. 2.3.1.

⁴⁵ TAF B-5297/2008 c. 4.2 et références citées: ATF 128 II 407 c. 5.3.3 et ATF 126 II 86 c. 4c.

⁴⁶ L'art. 35 LBVM prévoit désormais que «les personnes soumises à une obligation de déclarer en vertu de l'art. 31

la clause générale de l'art. 29 LFINMA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.⁴⁷ Les banques concernées ayant la plupart du temps le statut de négociant s'exécutent dans le délai imparti en respectant la procédure prescrite, respectivement en transmettant les documents requis sans prévenir, à ce stade, leur client concerné.

3. Décision de transmission de la FINMA à l'autorité étrangère

Une fois les renseignements transmis, la banque ou le négociant devront informer leur client de l'existence de la requête d'entraide administrative et du fait qu'ils ont communiqué à la FINMA les informations requises. Ils doivent encore informer leur client de la possibilité qui lui est offerte de renoncer à la prise d'une décision par la FINMA. En effet, si la LBVM ne le mentionne pas expressément, la pratique de la FINMA en matière d'assistance administrative prévoit la faculté pour la personne visée de renoncer à la décision formelle prévue à l'art. 38 al. 5 LBVM. Ce choix permet à la personne visée – qui de toute façon n'entend pas s'opposer à la transmission des informations à l'étranger – d'éviter les émoluments⁴⁸ de la FINMA perçus lorsqu'elle rend une décision formelle. Il sied de préciser que le recours au TAF est exclu à défaut de décision de la FINMA. Il faut également souligner qu'une telle renonciation permet une transmission plus rapide des informations, conformément au but de célérité poursuivi par l'art. 38 LBVM.

ou qui peuvent avoir qualité de partie en vertu de l'art. 33b al. 2 et 3, ont l'obligation de fournir à la FINMA tous les renseignements et documents nécessaires à l'exécution de sa tâche».

⁴⁷ Article 29 LFINMA :

«Art. 29 Obligation de renseigner et d'annoncer

¹ *Les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.*

² *Les assujettis renseignent sans délai la FINMA sur tout fait important susceptible de l'intéresser.»*

⁴⁸ En principe, la FINMA précise que la renonciation à une décision formelle permet d'éviter des émoluments en général supérieurs à CHF 3000 mis à la charge de la personne visée, destinataire de la décision. Notons que ces émoluments peuvent atteindre CHF 15 000, à teneur du ch. 8.2 de l'annexe «Tarifs cadres» en rapport avec l'art. 8 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA), RS 956.122.

Notons qu'à défaut de réaction de la personne visée dans le délai imparti ou sur requête expresse de ce dernier, la FINMA rendra une décision formelle susceptible de recours.

La notification d'une telle décision de la FINMA marque le début de la procédure contentieuse, étant rappelé que l'autorité de recours compétente est le TAF (cf. *infra* ch. III.4.1.2).

4. Recours de la personne visée

En principe, seules les personnes ayant la qualité de partie à la procédure peuvent faire valoir les droits procéduraux, leur offrant, le cas échéant, celui de recourir contre la décision.

4.1 Qualité de partie et qualité pour recourir

4.1.1 La qualité de partie à la procédure

A teneur de l'article 6 PA, la qualité de partie est reconnue aux personnes «*dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision*».⁴⁹ Il est prévu, dans le cas visé à l'art. 38 al. 3 LBVM,⁵⁰ que la PA est applicable et les parties pourront invoquer tous les droits découlant de cette loi, notamment celui d'être entendu, de consulter le dossier et d'obtenir une décision. Le TAF a récemment confirmé la pratique du TF⁵¹ en retenant que le critère d'assujettissement à une autorisation ne doit pas être déterminant pour décider de l'applicabilité de la PA,⁵² de sorte que tant les clients d'entités non assujetties à une autorisation d'exercer l'activité de banque ou de négociant que les clients d'entités surveillées disposant d'une telle autorisation doivent recevoir une décision formelle de la FINMA au sens de l'art. 5 PA, lorsque ces clients s'opposent à

⁴⁹ L'art. 6 PA se réfère à la notion de «décision» au sens de l'art. 5 PA prise par les autorités visées à l'art. 1 PA. Tel est le cas de la décision émanant de la FINMA autorisant la transmission à l'étranger des renseignements collectés en Suisse.

⁵⁰ Art. 38 al. 3 LBVM :

«Lorsque les informations que doit transmettre la FINMA concernent des clients de négociants, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 4 et 5.»

⁵¹ TF 2A.128/2001 c. 2c, in Bulletin FINMA 42/2002, p. 56 et ss.

⁵² TAF B-2537/2008 c. 2.4.

la transmission d'informations personnelles.⁵³ Ainsi, ils auront la qualité de partie et, par voie de conséquence, les droits y afférents, dont celui de recourir ensuite contre la décision de la FINMA. Il en découle que la restriction posée à l'art. 38 al. 3 LBVM n'a, en pratique, qu'une portée limitée, dans la mesure où la PA est applicable à tous les clients (de banques, de négociants ou de toute autre entité) qui refusent la communication d'informations les concernant. Précisons ici que tous les destinataires directs des décisions de la FINMA, tels les clients titulaires des comptes concernés et, suivant les cas, les banques ou négociants, ont la qualité de partie dans le cadre de la procédure de coopération prudentielle dirigée par la FINMA.

L'autorité étrangère requérante, quant à elle, n'a pas la qualité de partie à la procédure. De ce fait, la personne visée par la requête ne pourra faire valoir de griefs directement à l'encontre de cette autorité. En plus des personnes précitées, ont la qualité de partie les personnes auxquelles la qualité pour recourir est reconnue (cf. *infra* ch. III.4.1.2).

4.1.2 Qualité pour recourir contre la décision de la FINMA

4.1.2.1 En général

Ainsi que le prévoit l'art. 38 al. 5 LBVM, le TAF connaît des recours formés à l'encontre des décisions rendues par la FINMA.

A 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).⁵⁴ L'art. 48 al. 2 PA ajoute qu'a « également qualité pour recourir toute personne, organisation

ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir ».⁵⁵

A la lecture de la jurisprudence, on relève qu'une telle qualité pour recourir est légitimement reconnue au client de la banque titulaire du compte de titres ainsi qu'à la personne ayant donné l'instruction d'acquiescer les titres concernés,⁵⁶ ces derniers jouissant de la qualité de partie en tant que destinataires de la décision.

Il convient de distinguer le cas dans lequel le titulaire du compte a lui-même donné l'ordre d'achat (à la banque ou au négociant) du cas où un mandataire est intervenu sans aucune immixtion du client titulaire du compte.⁵⁷ Dans cette dernière hypothèse, la qualité pour recourir peut être reconnue au gérant de fortune indépendant pour autant qu'il existe un mandat de gestion de fortune – clair, écrit et sans équivoque⁵⁸ – et que la demande d'entraide soit dirigée directement contre le gérant de fortune indépendant lequel est alors touché plus intensément que n'importe quel autre fondé de pouvoirs sur un compte.⁵⁹ Lorsque le gérant de fortune indépendant n'est pas destinataire direct de la demande d'assistance, certaines circonstances peuvent néanmoins lui permettre de faire valoir ses droits devant l'autorité fédérale de recours, comme cela sera ci-après exposé (cf. *infra* ch. III.4.1.2.2.b). Précisons qu'un simple fondé de procuration n'a pas la qualité pour recourir contre la décision de la FINMA,⁶⁰ tout comme la banque ou le négociant n'ont pas la compétence de faire recours pour le compte de leur client lorsque ce dernier est directement visé par la requête d'entraide.

4.1.2.2 Cas particuliers

a) La problématique soulevée par le mandat de gestion de fortune

A titre liminaire, notons que le TAF reconnaît – dans certaines circonstances exceptionnelles – que

⁵³ Selon le TAF B-2537/2008 c. 2.2, tel est le cas bien entendu des informations couvertes par le secret bancaire ou professionnel du négociant (cf. art. 47 LB et art. 43 LBVM), comme l'identité du client concerné.

⁵⁴ Dans une décision récente (TAF B-1023/2009 c. 2.1), le TAF a plus précisément rappelé que « *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.* »

⁵⁵ TAF B-2921/2008 c. 1.4.1.

⁵⁶ Cf. TAF précités.

⁵⁷ En pratique, la preuve de l'existence d'un mandat de gestion ne pose a priori pas de difficultés. La question de savoir qui du gérant ou du client a influencé le processus décisionnel est plus délicate à établir dans le cadre d'un mandat de conseil, même si en définitive c'est bien le client qui a décidé de l'investissement en cause.

⁵⁸ Cf. *infra* note 64.

⁵⁹ Cf. TAF B-1023/2009 c. 2.3.1, citant TF 2A.3/2004 c. 5.3.3 et ATF 127 II 323 c. 3b/bb, toujours d'actualité.

⁶⁰ *Ibidem*.

des tiers agissant en faveur du destinataire de la décision sont habilités à recourir dans la mesure où ils peuvent faire valoir un intérêt propre à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise.⁶¹ Cette approche est des plus restrictives en matière d'assistance administrative internationale.

Dans ce contexte, la situation du gérant de fortune indépendant au bénéfice d'un mandat de gestion mérite d'être développée de façon approfondie, la jurisprudence récente ayant apporté des éclaircissements complémentaires. Rappelons que si le gérant de fortune – en sus de son client, titulaire du compte – est également destinataire de la décision de la FINMA, la qualité pour recourir lui est reconnue⁶² et ne pose donc pas de difficulté (cf. *supra*).

Lorsque le gérant de fortune n'est pas destinataire de la décision, la détermination de son droit de recourir à l'encontre de celle-ci est plus délicate. En effet, dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative, la relation de confiance existant entre le client et le gérant de fortune indépendant peut sembler compromise par la seule transmission des renseignements à l'autorité de surveillance étrangère. Se pose alors la question de savoir si le gérant de fortune indépendant – non destinataire de la décision de la FINMA – est néanmoins atteint par cette dernière. En l'état, notre Haute Cour ne reconnaît au gérant indépendant la qualité pour recourir que lorsque ce dernier doit communiquer des informations en rapport avec sa propre identité ou encore des informations confidentielles qu'il a en sa possession. C'est donc seulement dans ces circonstances particulières que le gérant indépendant sera considéré comme « touché plus intensément que n'importe quel autre tiers »,⁶³ ce qui lui permettra de faire valoir ses droits devant le TAF, indépendamment de tout recours de son mandant, destinataire de la décision de la FINMA.

Toujours en rapport avec la problématique de la qualité pour recourir, on relèvera que dans une décision récente du TAF⁶⁴ un gérant de fortune indépendant (au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire) avait recouru contre la décision de transmission de la FINMA, afin d'éviter que l'identité de son client (titulaire et ayant droit économique du compte visé) ne soit révélée aux autorités françaises. Le TAF

a jugé que le gérant indépendant n'avait pas d'intérêt direct propre à l'annulation de la décision attaquée et que, partant, son recours était irrecevable. Cette jurisprudence est cohérente puisque le gérant, non 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 auprès du TAF.

Enfin, lorsque la banque ou le négociant agissent dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire⁶⁵ ou lorsqu'ils ont conseillé au client d'acquiescer un titre concerné par la demande d'entraide, les soupçons portant sur la connaissance d'une information confidentielle peuvent alors se porter sur une personne physique employée de la banque ou le négociant, et non plus uniquement sur le client. De telles circonstances auront pour conséquence que la FINMA diligentera sa procédure d'assistance administrative également à l'encontre d'un employé de la banque ou du négociant, généralement sur requête de l'autorité étrangère. Dans un tel contexte, la FINMA invoquera simultanément les art. 29 LFINMA, 35 et 38 LBVM pour contraindre la personne visée à coopérer. Dans ce cas, l'employé de la banque ou du négociant auront la qualité de partie à la procédure et donc la possibilité de recourir contre toute décision, étant atteints dans leur situation juridique. En pratique, il est usuel dans ces circonstances que la FINMA soit chargée par l'autorité requérante d'éclaircir un certain nombre de faits qui viendront compléter les renseignements qui lui ont déjà été transmis par la banque ou le négociant. On parlera alors d'une requête d'assistance administrative complémentaire.

b) L'ayant droit économique

Pour ce qui a trait à la faculté pour un ayant droit économique de former recours contre la décision de transmission de la FINMA, le TAF a jugé⁶⁶ que la qualité pour recourir n'est en principe pas reconnue, en matière d'entraide administrative, au détenteur économique d'un compte bancaire même si la

⁶¹ TAF B-1023/2009 c. 2.1 *in fine* et références citées.

⁶² Cf. TAF B-168/2008 c. 1.3.

⁶³ Cf. ATF 127 II 323 c. 3b/bb).

⁶⁴ TAF B-1023/2009 c. 2.3.

⁶⁵ Le TAF (arrêt B-1023/2009 c. 2.3.1 *in fine*), a rappelé que « le gérant devait disposer d'un mandat écrit clair et sans équivoque pour se voir reconnaître la qualité de partie (cf. arrêt du TF 2A.3/2004 c. 5.3.3) ». Sur cette question, cf. *infra* III.4.3.2.3.c).

⁶⁶ Cf. *supra* note 36 et pour le surplus ATF 127 II 323 c. 3b/cc; ATF 125 II 65 c. 1 et également TF 1A.10/2000 du 18 mai 2000 c. 1 e.

transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité. Ainsi, selon notre Haute Cour, ce n'est qu'exceptionnellement que la qualité pour recourir doit être reconnue à l'ayant droit économique d'une personne morale, notamment lorsqu'il est établi que la société a été dissoute et qu'elle n'est plus à même d'agir. Il faut, en conséquence, retenir que c'est dans ce seul cas limitatif que l'ayant droit économique sera admis à contester la décision de la FINMA.

4.2 Délais

La décision de la FINMA peut faire l'objet d'un recours par-devant le TAF dans un délai de 10 jours dès sa notification à la partie destinataire.⁶⁷ Ce délai a effectivement été réduit de 30 à 10 jours à la suite de la modification de l'art. 38 LBVM précédemment évoquée (cf. *supra*). Si le délai a un effet suspensif automatique,⁶⁸ il continue néanmoins de courir lors des fêtes.⁶⁹ La réduction du délai de recours ainsi que la mise en place du TAF comme autorité compétente visent à permettre une procédure plus rapide et à éviter les actions purement dilatoires. Notons que le recours retardera de quelques mois seulement la transmission des informations à l'étranger et permettra d'éviter, du moins temporairement, la communication à l'étranger d'informations concernant la personne visée.⁷⁰ Lorsque la décision de la FINMA de transmettre les renseignements est approuvée par le TAF, elle communiquera sans délais à son homologue étranger les renseignements collectés en Suisse.

4.3 Moyens invocables

Dans la procédure de recours, les conclusions des recourants consistent à s'opposer à l'octroi de l'entraide par la FINMA et requérir l'annulation de la décision de transmission à l'étranger des renseignements collectés en Suisse, avec suite de frais et dépens. Certains recourants concluent à la suspension de la décision entreprise jusqu'à communication de

plus amples informations de l'autorité étrangère.⁷¹ D'autres encore déposent des conclusions préalables aboutissant à une décision incidente du TAF, par exemple en cas de refus d'accéder à l'ensemble du dossier. Dans leur mémoire, les recourants invoquent la violation des principes généraux de droit administratif ainsi que, le cas échéant, ceux propres à la LBVM. D'un point de vue formel, l'acte de recours doit satisfaire aux exigences posées par les lois applicables.⁷²

4.3.1 Principes découlant de la PA

4.3.1.1 Principe de la légalité

Pour être valablement accordée par la FINMA, l'entraide administrative doit respecter le principe général de droit administratif dit de la «légalité», lequel est satisfait lorsque les conditions de l'art. 38 LBVM sont remplies (cf. *supra* ch. II.1. et III.1).

4.3.1.2 Droit d'être entendu

Droit consacré à l'art 29 al. 2 Cst.⁷³ ainsi qu'aux art. 29 et ss PA, il doit être respecté de manière générale par la FINMA tout au long de la procédure d'entraide. En substance, le droit d'être entendu confère au justiciable le droit d'avoir accès au dossier, le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son encontre et celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer la décision.⁷⁴

En général, le grief de la violation du droit d'être entendu est rejeté par le TAF lorsque le recourant a été invité par la FINMA à se déterminer préalablement à la transmission des informations.

Enfin, il résulte d'un arrêt de notre Haute Cour que l'échange d'écritures, entre autorité et partie, dans le cadre de la procédure de recours au TAF aurait un effet guérisseur de l'éventuelle violation du droit d'être entendu dans la procédure qui a abouti à la décision de transmission de la FINMA.⁷⁵

⁶⁷ Cf. art. 38 al. 5 LBVM.

⁶⁸ 55 al. 1 PA applicable par renvoi de l'art 37 LTAF.

⁶⁹ Cf. article 22a PA auquel l'art. 38 al. 5 LBVM *in fine* renvoie.

⁷⁰ Depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 38 LBVM et de la LTAF, dont la conséquence a été un raccourcissement des délais, il s'écoule en pratique environ trois mois entre la décision de la FINMA de transmettre les informations et la décision finale du TAF rendue sur recours.

⁷¹ TAF B-4675/2008, partie en fait, D.

⁷² Cf. notamment art. 38 al. 5 LBVM et art. 11, 44 ss, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA.

⁷³ Constitution fédérale de la Confédération Suisse, RS 101.

⁷⁴ TAF B-2921/2008 c. 4.1 et références citées : ATF 124 I 49 c. 3c ; ATF 122 I 53 c. 4a ; ATF 122 I 109 c. 2a ; ATF 114 Ia 97 c. 2a.

⁷⁵ TAF B-2941/2008 c. 4.2 *in fine*.

4.3.1.3 Principe de la proportionnalité

Puisque le principe de la proportionnalité trouve une application propre à l'art. 38 LBVM, il sera développé dans la section ci-après (cf. *infra* ch. III.4.3.2.3).

4.3.2 Moyens juridiques résultant de la violation des principes garantis par l'art. 38 LBVM

Comme le TAF l'a rappelé à répétition, la jurisprudence rendue par le TF sous l'empire de l'ancien article 38 LBVM reste d'actualité, sous réserve des adaptations déjà évoquées. Ainsi, pour statuer sur le bienfondé des griefs soulevés par les recourants, le TAF se réfère aux principes jurisprudentiels consacrés jusque-là par le TF tout en apportant les précisions qui s'imposent. La teneur des principes garantis par le nouvel art. 38 LBVM sera étudiée ci-après à la lumière des décisions rendues en la matière par le TAF.

4.3.2.1 Principe de la spécialité

À l'entrée en vigueur de l'art. 38 al. 2 lit. a LBVM révisé le 1^{er} février 2006, le principe dit du «**long bras**», a été supprimé.⁷⁶ La jurisprudence du TAF⁷⁷ a précisé la nouvelle teneur de cette disposition, rappelant 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 qu'elles ne peuvent être retransmises, par l'autorité étrangère à d'autres autorités, tribunaux ou organes, que dans ce but.⁷⁸ Dans un tel cas de retransmission par l'autorité de surveillance étrangère à un organe de son Etat ayant le même but, l'assentiment de la FINMA n'est pas requis et le recourant ne dispose d'aucun moyen juridique permettant d'y faire obstacle, sous réserve toutefois que la transmission des renseignements soit fondée quant aux autres conditions prescrites par l'art. 38 LBVM.

4.3.2.2 Principe de la confidentialité

Le contenu du principe de la confidentialité garanti par l'art. 38 LBVM a déjà été explicité (cf. *supra* ch. II.1). Il est respecté lorsque la procédure de l'autorité requérante est conforme aux critères posés

par l'art. 38 LBVM. C'est ainsi que dès l'entrée en vigueur de cette disposition modifiée, la FINMA, puis le TF, ont retenu que les exigences de confidentialité étaient respectées par la SEC.⁷⁹ Cette dernière est ainsi considérée comme une autorité de surveillance des marchés financiers satisfaisant les conditions d'octroi de l'entraide. Une abondante jurisprudence s'en est suivie, consacrant un rejet systématique des recours fondés sur la violation du principe de la confidentialité par la FINMA dans la communication d'information à des autorités comme la SEC. Le dépôt de plainte par cette dernière auprès d'une juridiction de nature civile rendant publique cette procédure («*Litigation release*») est depuis lors admise par le droit suisse.

4.3.2.3 Principe de la proportionnalité

L'application du principe de la proportionnalité présuppose, selon la jurisprudence, que l'entraide administrative ne puisse être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'État requérant.⁸⁰ La portée du respect du principe de la proportionnalité s'analyse dans le cadre suivant :

a) Exclusion de toute «*fishing expedition*»⁸¹ émanant de l'étranger

Si le soupçon initial⁸² de l'autorité requérante, portant sur la commission d'un délit d'initié, n'est pas fondé, alors la FINMA est potentiellement en présence d'une «*fishing expedition*»⁸³ au sens de la jurisprudence.

Le TAF considère que le soupçon est fondé lorsque les transactions litigieuses (en général l'achat et/ou la vente des titres concernés) ont eu lieu durant des périodes dites sensibles (cf. *supra* ch. III.1.2).⁸⁴

⁷⁶ Cf. *supra* ch. II.1.

⁷⁷ TAF B-2941/2008 c. 2.2.

⁷⁸ Cf. un des arrêts récents en date : TAF B-4675/2008 c. 2.

⁷⁹ ATF 129 II 484; TF 2A.13/2007 (et réf. du c.5) in Bulletin FINMA 50/2007, p. 91 et ss. La FINMA y fait droit pour la première fois à une requête d'entraide de la SEC.

⁸⁰ Cf. à titre d'exemple, TAF B-4675/2008 c. 2.3 et également TF 2A.340/2002.

⁸¹ On entend par là une recherche indéterminée de preuve.

⁸² Cf. *supra* ch. III.1.2.

⁸³ TAF B-4675/2008 c. 2.3 et 5.4.

⁸⁴ TAF B-2941/2008 c. 6.1 et références citées; ATF 129 II 484 c. 4.1 et les références citées, ATF 126 II 409 c. 5a, ATF 125 II 65 c. 6b/aa; TAF B-2980/2007 c. 5.1 et références citées; TAF B-168/2008 c. 5.1; TAF B-1589/2008 c. 6.1.

Dans ce contexte, le TAF a précisé⁸⁵ que l'on ne saurait attendre de l'autorité requérante qu'au moment de la demande d'entraide l'état de fait ne souffre d'aucune lacune ou d'éventuelles contradictions.

Il sied de retenir ici que c'est la relation temporelle entre les événements qui est déterminante et, dans ce contexte, exciper de l'existence de rumeurs précédant la communication au public d'une information préalablement confidentielle (par exemple une OPA) n'est pas un argument relevant pour faire échec à la transmission des informations à l'étranger.⁸⁶

b) *Un contrôle d'opportunité limité*

L'autorité requise doit, quant à elle, examiner uniquement s'il existe suffisamment d'indices de possible distorsion du marché justifiant la demande d'entraide, notamment si les transactions concernées sont en relation temporelle avec un développement suspect du marché.⁸⁷

Ainsi, selon la jurisprudence établie, la question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'Etat requérant. En effet, l'Etat 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.⁸⁸

Il en résulte pour l'autorité requérante qu'il est suffisant de démontrer de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête.⁸⁹

De plus, la FINMA n'a pas à examiner la véracité des faits présentés dans la demande. En effet, dans la mesure où ceux-ci ne sont manifestement pas inexacts, incomplets ou contradictoires, elle est liée par les faits exposés dans la requête.⁹⁰

Pour ce qui a trait aux renseignements requis – notamment aux documents relatifs aux comptes bancaires – la plupart des autorités de surveillance étrangères n'exigent en général que les relevés de comptes des clients visés relatifs aux transactions effectuées sur le titre concerné, entre la date du premier et du dernier achat, ou de la revente de ces titres. En revanche, il est fréquent que la SEC requiert la production de l'intégralité des relevés de comptes mentionnant toutes les transactions effectuées sur le compte concerné – et pas seulement celles portant sur le titre faisant l'objet de la requête – généralement depuis le début de l'année en cause. Cette pratique est en l'état tolérée par la FINMA. A notre connaissance, le TAF n'a pas encore eu à trancher la question de savoir si une telle pratique pourrait constituer une violation du principe de la proportionnalité.

c) *Exclusion de la procédure du « tiers non impliqué »*

La notion de « tiers non impliqué » visé à l'art. 38 al. 4 LBVM pose une interdiction de transmission par la FINMA des informations requises sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans l'affaire concernée. Elle est un cas d'application du principe de la proportionnalité et sa violation constitue un grief souvent allégué lors de la procédure de recours devant le TAF, mais généralement rejeté.

L'exception de « tiers non impliqué » est invoquée le plus souvent par la personne visée (titulaire du compte ayant profité de l'acquisition des titres concernés) lorsqu'elle a confié un mandat de gestion de fortune. Il peut s'agir d'un mandat signé avec la banque auprès de laquelle son compte est ouvert, mais également d'un contrat conclu avec un gérant externe à la banque.

Pour déterminer si le titulaire du compte est effectivement « non impliqué » au sens de 38 al. 4 LBVM, trois conditions cumulatives avaient été posées par la FINMA :⁹¹ (i) les transactions visées doivent avoir été initiées par un employé de banque ou un gérant externe sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire, (ii) le client n'a d'aucune manière participé

⁸⁵ Pour justifier son raisonnement, le TAF argue qu'une telle exigence serait contraire au but de l'entraide administrative internationale, « celle-ci ayant pour but de clarifier au moyen des informations aux mains de l'autorité requise, les éléments obscurs au moment de la requête »; TAF B-4675/2008 c. 5.1; TAF B-1589/2008 c. 6.1 citant ATF 128 II 407 c. 5.2.1.

⁸⁶ TAF B-168/2008 précité c. 5.4 *in fine*.

⁸⁷ TAF B-4675/2008 c. 5.1; TF 2A.55/2003 c. 4.2.1; TF 2A.494/2004 c. 4.2.

⁸⁸ TAF B-4675/2008 c. 2.3; TAF B-168/2008, c. 2.3.

⁸⁹ TAF B-2980/2007 c. 5.1 et les références citées; TAF B-168/2008 c. 5.1.

⁹⁰ TAF B-4675/2008 c. 5.1 citant ATF 128 II 407 c. 5.2.1 et les références citées.

⁹¹ Daniel Zuberbühler, Surveillance des intermédiaires financiers : évolution et marge de manœuvre pour la Suisse, in Thévenoz/Bovet (édit.), Journée de droit bancaire et financier, Berne 2003, p. 157.

à la prise de décision et en particulier n'a donné aucun conseil en relation avec l'investissement et (iii) il ne doit exister aucun indice contraire ou soupçon concret. Le TAF⁹² reprend ces conditions et retient que l'existence d'un mandat de gestion écrit clair (par exemple discrétionnaire) doublé de l'absence de toutes circonstances indiquant que le client visé a été mêlé d'une manière ou d'une autre à ces transactions litigieuses permettent de retenir la qualification de « tiers non impliqué », pour autant que ces opérations aient été effectuées à l'insu du client.

Sur la base de l'art. 38 al. 4 LBVM, admettre que le titulaire du compte revêt la qualité de tiers non impliqué a pour effet de faire échec à la communication des informations le concernant. La FINMA doit elle-même apprécier si tel est ou non le cas sur la base des preuves qu'il incombe au client de rapporter. A cet égard, le TAF⁹³ a eu l'occasion de rappeler qu'il appartient au client visé de démontrer qu'il n'a nullement été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions en cause, celles-ci devant impérativement être effectuées à son insu dans le cadre d'un mandat de gestion écrit, clair et sans équivoque.⁹⁴

Enfin, d'un point de vue plus général, le TAF a récemment précisé que 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 de ces personnes.⁹⁵ Rappelons qu'en tout état de cause, le TAF retient que des doutes quant à l'impli-

cation de la personne prétendument non impliquée dans les décisions d'investissements sont suffisants pour écarter une telle qualification.⁹⁶

d) Non application du principe « de minimis »

Mentionnons que le principe « de minimis » ne trouve pas application en matière d'entraide administrative internationale. Le TAF, reprenant une jurisprudence établie du TF a effectivement confirmé que le seul fait que la demande de renseignements ne porte pas sur un gain très élevé ne constitue pas pour autant une violation du principe de la proportionnalité.⁹⁷

Partant, indépendamment du gain en cause (effectif ou latent dégagé par les transactions), lorsque le soupçon initial semble fondé, la procédure suivra son cours ne serait-ce que pour « remonter la chaîne » des événements et parvenir à la personne susceptible d'avoir divulgué ou profité du fait confidentiel.

e) Principe de la « légalité de l'objet de l'entraide administrative »⁹⁸

La question de savoir si l'autorité requérante peut demander à la FINMA de lui communiquer des informations autres que celles qu'elle est autorisée à se procurer sur son propre territoire est toujours ouverte, comme le TAF l'a récemment rappelé.⁹⁹ Les recourants avaient plaidé, pour faire échec à la demande d'entraide, une application par analogie du principe

⁹² TAF B-168/2008 c. 6.1; ATF 127 II 323 c. 6b/aa; TF 2A.12/2007 c. 4.2 et les réf. citées; cf. également TAF B-1023/2009, c. 2.3 et les références citées.

⁹³ TAF B-2921/2008 c. 6.2 et références citées.

⁹⁴ TAF B-168/2008 c. 6.1, TAF B-1589/2008 c. 7.1, TAF B-2921/2008 c. 6 et TAF B-2941/2008 c. 6.3 dans lequel le TAF a jugé que « dans ces circonstances, il paraît peu vraisemblable, comme l'a relevé l'autorité inférieure, qu'une personne jouissant de responsabilités élevées dans une société de gestion de fortune ne soit pas informée lorsque celle-ci procède à des transactions et engage des sommes considérables pour le compte d'une société dont il est l'ayant droit économique. Ni l'allégation selon laquelle seule la direction opérationnelle de K. _____ est responsable de sa gestion, ni les motifs invoqués pour justifier les transactions ayant simultanément entraîné différentes demandes d'entraide ne permettent d'exclure que Y. _____ ait participé aux décisions d'investissements en cause. »

⁹⁵ TAF B-2537/2008 c. 7.2; TAF B-2921/2008 c. 6.2; TAF B-168/2008 c. 6.1; TAF B-2941/2008 c. 6.2, et références citées, notamment TF 2A.701/2005 c. 4.2, ATF 126 II 126 c. 6a/bb.

⁹⁶ Cf. par exemple TAF B-1023/2009 c. 6.2 dans lequel le TAF a retenu que de simples doutes suffisent pour écarter la qualification de « tiers non impliqué »; de tels doutes se profilent par l'existence d'un lien particulier entre la société (dont les titres acquis sont objets de la requête d'entraide) et la personne visée par la requête (ayant confié un mandat discrétionnaire à un gérant externe) ou encore lorsque ladite personne, mandante de la société de gestion de fortune, entretient des rapports étroits avec cette dernière ou enfin lorsque la personne est elle-même active dans le domaine des marchés financiers; voir également TAF B-2941/2008 précité, c. 6.3 et 6.4.

⁹⁷ TAF B-4675/2008 c. 5.1 *in fine*, citant TF 2A.3/2004 c. 5.2.4, ATF 125 II 65 c. 6b. La FINMA l'exposait dans son Bulletin FINMA 45/2003, p. 32 citant à titre d'exemple l'arrêt du TF 2A.595/1998 c. 2.b.

⁹⁸ Principe de la légalité de l'objet de l'entraide, ou encore « Erhältlichkeitsprinzip » dans la jurisprudence du TAF rendue en allemand.

⁹⁹ TAF B-5297/2008 c. 4.2 et références citées: ATF 128 II 407 c. 5.3.3; ATF 126 III 86 c. 4c.

visé à l'art 76 lit. c EIMP.¹⁰⁰ Le TAF, comme le TF avant lui, a refusé l'application de cette disposition.

Il faut rappeler que pour apprécier l'opportunité d'une requête d'entraide, la FINMA n'a pas à vérifier le contenu du droit étranger sur lequel s'appuie la demande ou l'éventuelle violation de celui-ci par l'autorité requérante. Il est constant que le TAF n'a pas à entrer en matière sur un tel grief.¹⁰¹ Ainsi ce dernier a-t-il récemment jugé que l'éventuelle acquisition de la prescription du délit d'initié – selon le droit allemand et mis en exergue par un avis de droit versé aux débats – alléguée par les recourants, n'est pas un grief devant être examiné par la FINMA.¹⁰²

En toute hypothèse, l'autorité de recours fédérale se retranchera derrière les prérogatives étendues de la FINMA, celle-ci étant à même de requérir des renseignements de tout intervenant sur le marché et également d'accorder spontanément l'entraide,¹⁰³ de telle sorte que le recourant sera généralement débouté sur cet argument.

IV. Aperçu des conséquences juridiques au terme de la procédure d'entraide

L'autorité de surveillance étrangère qui sollicite l'entraide de la FINMA ne dispose d'aucune prérogative légale lui permettant d'agir directement sur le territoire suisse. Ainsi, toute autorité requérante doit utiliser la voie de l'entraide internationale (administrative, civile ou pénale) pour procéder à des investigations en Suisse.¹⁰⁴ En particulier, l'autorité re-

quérante ne peut valablement notifier directement en Suisse une convocation à comparaître à l'étranger.¹⁰⁵

Une fois les documents transmis à l'autorité de surveillance étrangère – soit à la suite de l'absence de recours contre la décision de transmission, soit à la suite du rejet de ce dernier – se pose la question de l'utilisation des renseignements à l'étranger.

Le nouvel art. 38 al. 2 lit. a LBVM permet la retransmission de ces renseignements à d'autres autorités, tribunaux ou organes pour autant que ceux-ci poursuivent le même objectif, à savoir la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières (suite à la suppression du principe du «long bras») (cf. *supra* ch. II.1). Une telle retransmission n'implique pas l'accord de la FINMA. Le TAF a précisé que le principe dit de la spécialité «*exclut que les informations transmises dans le but précité soient utilisées en particulier à des fins fiscales.*»¹⁰⁶

1. Procédure et sanction administrative

Sur le plan légal, l'admission par la FINMA de l'entraide requise par un homologue étranger ne l'amène à prendre des mesures en Suisse à l'encontre de la personne visée que lorsque les infractions – alléguées ou prouvées – à la réglementation boursière étrangère tombent sous le coup du droit suisse. Bien entendu la législation étrangère sera appliquée par l'autorité requérante sur son propre territoire et les sanctions administratives qu'elle prévoit pourront y être prononcées à l'encontre du contrevenant,¹⁰⁷ si toutefois les faits sont avérés.

¹⁰⁰ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale). A son article 76 lit. c, il est notamment prévu qu'à la requête d'entraide doit être jointe aux réquisitions de fouille, perquisition, saisie et remise d'objets, une attestation établissant leur licéité dans l'Etat requérant.

¹⁰¹ TAF B-2980/2007 c. 6.2 et références citées: TF 2A.234/2000 c. 2a in Bulletin FINMA 42/2000, p. 61 ss; TF 2A.425/2002 c. 2.2.4; TF 2A.152/2003 c. 4.2.2.

¹⁰² TAF B-6039/2008 c. 7, dans lequel le TAF retient qu'il est crucial, dans le cadre de la procédure d'entraide, que la question de la prescription de droit étranger ne soit pas examinée par l'autorité administrative requise, *in casu* la FINMA.

¹⁰³ Cf. *supra* note 44.

¹⁰⁴ En pratique, il arrive que certaines autorités de surveillance étrangères contactent directement, en Suisse, la personne ayant fait l'objet d'une procédure d'entraide administrative aux fins d'obtenir des informations complémentaires. En toute légitimité et légalité, il convient de ne pas donner suite à ce genre d'investigation, toute demande

de renseignements initiale ou complémentaire devant être préalablement adressée à une autorité suisse compétente, telle la FINMA.

¹⁰⁵ Bulletin FINMA 50/2007, p. 91 ss.

¹⁰⁶ TAF B-1023/2009 c. 7.4 (relatif à l'AMF, laquelle, selon la FINMA, «*satisfait pleinement aux exigences de spécialité et de confidentialité*»); TAF B-168/2008 c. 2.2 *in fine* et TAF B-2941/2008 c. 2.2 *in fine*, en application du Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, FF 2004 6341 ss (6357). Voir aussi sur ce point, TAF B-852/2008 c. 3.2, citant TF 2A.12/2007 c. 3.

¹⁰⁷ Il convient de se référer au droit étranger applicable, les sanctions pouvant aller de l'amende administrative à l'interdiction de pratiquer une profession en rapport avec le secteur des marchés financiers.

2. Entraide internationale en matière pénale

L'art. 38 al. 6 LBVM prévoit que l'autorité de surveillance peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations collectées en Suisse à des autorités pénales et à d'autres fins que celles visées à l'art. 38 al. 2 lit. a LBVM, pour autant que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue.¹⁰⁸ En d'autres termes, et conformément au principe pénal de la « double incrimination », ce n'est que dans l'hypothèse où l'infraction pénale commise à l'étranger est également répréhensible en Suisse que la retransmission à des autorités pénales étrangères sera avalisée en Suisse et l'entraide judiciaire en matière pénale accordée. Cela étant, il est rappelé que l'assentiment exprès de la FINMA à la retransmission d'informations à des autorités étrangères (poursuivant cependant le même but de mise en œuvre de la réglementation boursière) n'est, comme nous l'avons vu, désormais plus requis.¹⁰⁹

A noter également que toute personne faisant l'objet d'une procédure d'entraide administrative et qui se trouve sur le territoire de la commission de l'infraction pourra être visée par des mesures pénales coercitives suivant le droit applicable.¹¹⁰

3. Procédure de nature civile

Il est possible que des informations transmises par la FINMA dans le cadre la procédure d'entraide soient utilisées par l'autorité requérante dans des procédures à caractère civil ayant pour but la mise en œuvre de la réglementation boursière.

Cette situation se présente notamment aux Etats-Unis. En effet, les renseignements transmis par la FINMA à la SEC peuvent ensuite servir de fondement à un « *Litigation release* » rendu public, plus précisément à une procédure devant les juridictions

« civiles » à laquelle la personne ayant fait l'objet de la demande d'entraide sera partie, malgré elle si, par exemple, la SEC a retenu sur la base des informations collectées en Suisse qu'un délit d'initié au sens du droit américain a effectivement été commis. Il n'est également pas exclu, par exemple, qu'un séquestre (au sens du droit américain) puisse être exécuté sur les comptes bancaires de la personne poursuivie, si celle-ci détient des actifs en son nom aux Etats-Unis.

Relevons encore que l'AMF dispose, après autorisation judiciaire du tribunal civil compétent, de prérogatives étendues lui permettant de procéder à des visites en tous lieux et d'ordonner des saisies, de tous documents, assimilables à des perquisitions pénales. L'AMF publie également, par le biais de communiqués de presse, les décisions de sanctions rendues à l'encontre de personnes faisant l'objet des enquêtes diligentées en France.

V. Conclusion

La présente contribution se veut avant tout pragmatique et s'imposait ensuite des dernières modifications législatives intervenues et de la jurisprudence du TAF rendue en matière boursière.

Dans le cadre d'une procédure d'entraide internationale en matière boursière, la tentative de faire échec au transfert d'informations est un défi qui n'aboutira que dans le cas où l'autorité étrangère ou la FINMA agirait en violation manifeste de la législation applicable. Etant donné que les circonstances factuelles dans lesquelles s'inscrivent les demandes d'assistance diffèrent d'une affaire à l'autre, le justiciable et son conseil devront, en conséquence, être vigilants quant au déroulement des événements pertinents et à leur éventuel impact sur le plan procédural. Le présent article a tenté de définir les contours procéduraux de l'entraide administrative en matière boursière afin de permettre aux banques et aux négociants, respectivement à leur client, de choisir la stratégie la plus appropriée tant sur le plan du droit que de l'opportunité, étant précisé que la transmission des informations par la FINMA à l'autorité étrangère aura, quoi qu'il en soit, des conséquences juridiques au-delà des frontières helvétiques. Ces implications ne doivent pas être ignorées par le justiciable. Il est notamment fait référence aux procès à l'étranger, de nature civile ou pénale, qui peuvent être diligentés dans des Etats comme les Etats-Unis par la SEC

¹⁰⁸ TAF B-168/2008 c. 2.1 *in fine*.

¹⁰⁹ A noter que lorsque la FINMA, quant à elle, apprend la commission d'actes punissables au sens du CP ou de la LFINMA, elle doit les dénoncer aux autorités pénales suisses compétentes, en application de l'art. 38 al. 3 LFINMA. L'entraide entre la FINMA et les autorités de poursuite pénale fédérale ou cantonale est prévue à l'art. 38 al. 1 LFINMA, outre l'art. 356 CP.

¹¹⁰ Tel est le cas aux Etats-Unis où la personne pourra, selon les circonstances, être poursuivie pénalement ce qui peut comporter l'exécution des mesures prévues par le droit américain.

ou encore à des mesures coercitives, telles que des saisies de documents, exécutées, par exemple, par l'AMF en France.

Il faut encore constater que le droit suisse offre, aux acteurs présents sur le marché surveillé par la FINMA, un degré de protection supérieur au standard en vigueur dans les juridictions étrangères, la personne visée par la requête d'entraide disposant notamment d'un droit de s'opposer à la communication des renseignements demandés en sollicitant un contrôle judiciaire du TAF.

Enfin, si la coopération avec l'autorité reste, comme dans toute procédure, l'attitude recomman-

dée, il est possible que de son côté, suite à la récente ouverture de l'entraide administrative avec la SEC notamment, la FINMA, elle-même, fasse dans un avenir proche preuve d'une plus grande retenue dans l'étendue des informations qu'elle transmet à l'étranger. Cela sous réserve, bien entendu, de ce que la FINMA ne bénéficie pas dans le futur de prérogatives légales plus étendues encore. La pratique de la nouvelle autorité et la jurisprudence du TAF feront prochainement la lumière sur cette question, à l'aune notamment de la nouvelle LFINMA qui avec son entrée en vigueur a apporté son lot de modifications.

Autorenverzeichnis/Liste des auteurs

Franziska Bächler

MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

Miriam le Bell

LL.M., Rechtsanwältin, Sozietät Latham & Watkins LLP, Hamburg; E-Mail: miriam.le.bell@lw.com

Hans Claas Bernhardt

Rechtsanwalt, lic. iur., wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Bankrecht der Universität Bern; E-Mail: claas.bernhardt@ziv.unibe.ch

Hans Caspar von der Crone

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Rechtsanwalt

Susan Emmenegger

Prof. Dr., LL.M., ordentliche Professorin an der Universität Bern, Direktorin des Instituts für Bankrecht, Mitglied der Übernahmekommission; E-Mail: susan.emmenegger@ziv.unibe.ch

Andrew M. Garbarski

Dr. iur., Rechtsanwalt in Genf, Bär & Karrer AG; E-Mail: andrew.garbarski@baerkarrer.ch

Thomas Lübbig

Dr. iur., Rechtsanwalt, Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin; E-Mail: thomas.luebbig@freshfields.com

Reto Mäder

Lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, Associate bei VISCHER AG in Zürich, <www.vischer.com>; E-Mail: rmaeder@vischer.com

Franziska Pertek

Dr. iur., Rechtsanwältin mit deutscher und schweizerischer Zulassung, schneider.bossart.talhammer, St. Gallen; E-Mail: Franziska.Pertek@sbt55.ch

Christian Pitschas

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Sozietät MSBH Bernzen Sonntag Rechtsanwälte; E-Mail: pitschas@msbh.de

Frédéric Sutter

FBT Avocats, Avocat au Barreau de Genève, Brevet d'avocat (Genève, Paris), Collaborateur, membre du groupe «Droit bancaire et financier» chez FBT

Luc Thévenoz

Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier, président de la Commission des offres publiques d'acquisitions

Jean-Louis Tsimaratos

FBT Avocats, Avocat au Barreau de Genève, Brevet d'avocat (Genève), Associé, membre du groupe «Droit bancaire et financier» chez FBT

Rolf Watter

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Bär & Karrer AG, Zürich; Titularprofessor an der Universität Zürich; E-Mail: rolf.watter@baerkarrer.ch

Samuel Zemp

MLaw, Licence en relations internationales (IUHEI), assistant au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève