



---

Cour II  
B-7773/2015

## **Arrêt du 16 mars 2016**

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
Stephan Breitenmoser et Philippe Weissenberger, juges,  
Fabienne Masson, greffière.

---

Parties

**X.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Robert Fiechter, avocat,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Entraide administrative internationale.

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

Par requête du 14 mars 2013, la US Securities and Exchange Commission (ci-après : la SEC ou l'autorité requérante) a sollicité l'assistance administrative de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA dans le cadre d'une enquête portant sur un soupçon de violation de la section 10(b) du Securities Exchange Act de 1934 ainsi de que la directive 10b-5 y afférente prohibant la fraude en lien avec l'achat et la vente de titres.

Au cours de son enquête, la SEC a en substance découvert que A. \_\_\_\_\_ (connu également sous le nom de [...]) ainsi que sa société B. \_\_\_\_\_ (ci-après : B. \_\_\_\_\_) se sont spécialisés dans l'obtention de cotations américaines pour des sociétés basées en Y. \_\_\_\_\_ (notamment C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_) par le biais de *reverse mergers* (fusions inversées) avec des sociétés écrans américaines cotées. En outre, avant les *reverse mergers*, A. \_\_\_\_\_ prenait secrètement le contrôle d'environ 20 % du flottant des sociétés écrans. Une de ses connaissances achetait ses actions au CEO de la société écran dont il devenait le nouveau CEO. A. \_\_\_\_\_ a ensuite conduit la société écran à émettre un nombre important d'actions à des entités offshore contrôlées par lui ou par ses employés ou parents. Il a organisé les *reverse mergers* de telle manière que les directions en Y. \_\_\_\_\_ acquièrent les actions des CEO des sociétés écrans, souvent ses connaissances. À l'insu des directions en Y. \_\_\_\_\_ et des investisseurs américains, il a maintenu son contrôle sur les blocs d'actions émises aux entités offshore et aux particuliers. Il a en outre tiré profit de ce contrôle sur des sociétés dorénavant cotées pour conseiller aux directions en Y. \_\_\_\_\_ de conclure des conventions de blocage, ce qui a eu pour effet de lui donner le contrôle de plus de 80 % du flottant. Sur des comptes de courtage au nom de son entourage et des sociétés offshore qu'il contrôlait, il a ensuite exécuté des transactions visant à augmenter ou maintenir artificiellement le prix des actions des émetteurs basés en Y. \_\_\_\_\_, engrangeant des millions de dollars.

La SEC a identifié des activités d'échange significatives sur les titres C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ sur des comptes collectifs auprès de H. \_\_\_\_\_ aux États-Unis, semblables aux activités de manipulation exécutées par A. \_\_\_\_\_ sur d'autres comptes de courtage mais à une échelle bien plus large. Selon G. \_\_\_\_\_, l'identité

des clients ayant exécuté ces transactions sur les comptes collectifs était connue de H.\_\_\_\_\_.

Après avoir exercé de probables activités de manipulation, A.\_\_\_\_\_ en a transféré les recettes dans les comptes bancaires off-shore qu'il contrôlait. D'importants transferts ont été opérés sur des comptes bancaires à H.\_\_\_\_\_ en Suisse, notamment :

- entre le 18 avril 2008 et le 20 novembre 2009, A.\_\_\_\_\_ a autorisé cinq transferts pour un montant de USD 25'100'507.89 d'un compte de courtage américain qu'il contrôlait au nom de I.\_\_\_\_\_ (entité offshore contrôlée par A.\_\_\_\_\_) sur un compte bancaire au nom de I.\_\_\_\_\_ auprès de H.\_\_\_\_\_ à O.\_\_\_\_\_ ;
- le 18 août 2009, A.\_\_\_\_\_ a ordonné le transfert d'un montant de USD 11'000'000 d'un compte de courtage américain qu'il contrôlait au nom de J.\_\_\_\_\_ (entité offshore dont l'ayant droit économique est la sœur de A.\_\_\_\_\_, X.\_\_\_\_\_ [ci-après : la recourante] mais apparemment contrôlée par A.\_\_\_\_\_) à un compte au nom de J.\_\_\_\_\_ auprès de H.\_\_\_\_\_ à O.\_\_\_\_\_. Le 17 septembre 2009, A.\_\_\_\_\_ a autorisé la clôture du compte américain et le transfert du solde sur le même compte à H.\_\_\_\_\_.

Sur la base de ces faits, la SEC a déclaré soupçonner une possible violation des *federal securities laws* américaines. Elle cherche en particulier à déterminer si A.\_\_\_\_\_ et les personnes associées avec lui ont, intentionnellement ou par négligence, fait de fausses déclarations ou des omissions en ce qui concerne les sociétés qu'ils ont assistées dans l'obtention d'une cotation sur le marché américain et si A.\_\_\_\_\_ a, de manière frauduleuse, manipulé les marchés pour ces titres, une telle manipulation constituant une violation des dispositions précitées. La SEC souhaite obtenir l'identité des clients de H.\_\_\_\_\_ (ci-après : H.\_\_\_\_\_ ou la banque) ayant ordonné les opérations sur les comptes collectifs, y compris celles que la banque a identifiées comme résultant potentiellement de manipulations ainsi que les informations sur le compte bancaire en Suisse afin de tracer les fonds relatifs aux activités présumées illégales.

## **B.**

Donnant suite à cette demande, la FINMA a, par courrier du 14 juin 2013, enjoint H.\_\_\_\_\_ de lui transmettre les documents d'ouverture de compte et de dépôt ainsi que, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2010, les extraits de compte mensuels ou périodiques, l'ensemble de la correspondance avec les titulaires du compte, les personnes disposant d'un pouvoir de signature ou les ayants droit économiques, l'ensemble des

documents concernant des prêts ou des limites de crédit, les justificatifs de l'ensemble des transactions d'une contrevaletur de USD 5'000 ou plus et ceux des ordres correspondants ainsi que l'ensemble de la documentation interne concernant la surveillance ou l'analyse des mouvements sur les comptes indiqués.

Par courrier du 28 juin 2013, la banque a transmis à la FINMA les documents requis. Il en ressort que X.\_\_\_\_\_ est l'ayant droit économique des comptes de I.\_\_\_\_\_ et de J.\_\_\_\_\_ et qu'elle était directrice et actionnaire de la filiale en Y.\_\_\_\_\_ de B.\_\_\_\_\_.

### **C.**

Par courriers séparés du 17 juillet 2013 en allemand adressés à I.\_\_\_\_\_ ainsi qu'à J.\_\_\_\_\_ par l'intermédiaire de la banque, la FINMA les a informées de la demande d'entraide, indiquant considérer que les conditions s'avéraient remplies. Elle leur a fixé un délai pour lui faire savoir si elles renonçaient à une décision formelle et, dans le cas contraire, à en exposer les motifs.

En date du 19 juillet 2013, la banque a informé la FINMA ne pas être en mesure de remettre ses courriers du 17 juillet 2013 et leurs annexes à leurs destinataires car les relations bancaires visées ont été clôturées.

La FINMA a réitéré son envoi le 31 juillet 2013 par l'intermédiaire de M.\_\_\_\_\_.

Par courriers du 9 août 2013, M.\_\_\_\_\_ a confirmé avoir transmis les plis du 31 juillet 2013 aux propriétaires respectivement de I.\_\_\_\_\_ et de J.\_\_\_\_\_, précisant que celles-ci ont été dissoutes.

### **D.**

Par pli du 25 septembre 2013, se référant aux faits exposés dans la requête d'entraide, la FINMA a demandé à la banque de lui transmettre, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 janvier 2012 : les données des clients pour lesquels les titres C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ ont été achetés ou vendus, les données des ayants droit économiques, celles sur l'identité des donneurs d'ordre, sur le gérant de fortune interne ou externe dans l'hypothèse où les transactions ont été opérées par la banque sur la base d'un mandat de gestion de fortune, les documents d'ouverture de compte et de dépôt, les extraits de compte mensuels ou périodiques un mois avant et après les transactions sur les titres concernés pour chaque client, les justificatifs de toutes les

transactions d'une contrevaletur de USD 1'000 ou plus ainsi que les justificatifs des ordres correspondants, les copies des justificatifs des ordres ou des impressions des ordres en cas de saisie directe des ordres et, pour chaque client, une présentation des transactions effectuées sur les titres concernés.

En date du 9 octobre 2013, la banque a transmis à la FINMA les informations et la documentation requises. Il en ressort que I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ ainsi que K.\_\_\_\_\_, dont l'ayant droit économique est X.\_\_\_\_\_, ont effectué des transactions sur un ou plusieurs des titres sous enquête entre le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et le 31 janvier 2012 ; en outre, les comptes des trois sociétés étaient gérés par la société M.\_\_\_\_\_ dont le directeur se nomme L.\_\_\_\_\_, également signataire des sociétés.

#### **E.**

Le 21 mars 2014, X.\_\_\_\_\_, en sa qualité de bénéficiaire économique des sociétés I.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_, a indiqué que celles-ci ont été dissoutes et liquidées en date du 22 avril 2013 de sorte qu'elle dispose de la qualité pour agir dans le cadre de cette affaire. Elle a expliqué ne pas avoir prêté attention à la communication du 31 juillet 2013 car les courriers ne lui avaient pas été adressés directement et qu'elle ne comprend pas l'allemand. Elle a déclaré souhaiter se déterminer sur l'éventuelle transmission des documents concernant les deux sociétés et, pour ce faire, savoir de quels documents il s'agissait. Elle a requis une copie de ces documents ainsi que de la demande d'entraide. Elle a déclaré s'opposer de manière absolue à la transmission à la SEC de tout document relatif aux deux sociétés.

#### **F.**

Par courrier du 27 mai 2014, la FINMA a requis de H.\_\_\_\_\_ des informations complémentaires concernant K.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_. La banque y a donné suite les 19 juin 2014, 1<sup>er</sup> et 24 juillet 2014.

#### **G.**

Mise en possession d'une copie du dossier et de la requête d'entraide partiellement caviardée, la recourante a, le 31 juillet 2014, confirmé s'opposer de manière absolue à la transmission des documents et, plus particulièrement, aux documents communiqués par la banque postérieurs au 31 décembre 2010 puisqu'ils n'ont pas été requis par la SEC.

**H.**

Par courriers séparés du 11 décembre 2014 en allemand adressés à I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ par l'intermédiaire de la banque, la FINMA les a informées de la demande d'entraide, indiquant considérer que les conditions s'avéraient remplies. Elle leur a fixé un délai pour lui faire savoir si elles renonçaient à une décision formelle et, dans le cas contraire, à en exposer les motifs.

En date du 16 décembre 2014, la banque a informé la FINMA ne pas être en mesure de remettre ses courriers du 11 décembre 2014 et leurs annexes à I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ car les relations bancaires visées ont été clôturées.

La FINMA a réitéré son envoi le 27 janvier 2015 par l'intermédiaire de N.\_\_\_\_\_, Avocats à O.\_\_\_\_\_.

Par pli du 2 février 2015, le mandataire de I.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ a requis une notification en français des courriers du 27 janvier 2015 conformément à la PA. La FINMA y a donné suite le 9 février 2015.

**I.**

Par courrier du 24 février 2015, le mandataire de I.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ a sollicité la notification d'une décision formelle, précisant avoir été mandaté par X.\_\_\_\_\_ puisque les deux sociétés ont été liquidées.

**J.**

Par courrier du 10 mars 2015 adressé à X.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ par l'intermédiaire de N.\_\_\_\_\_, Avocats à O.\_\_\_\_\_, la FINMA les a informées de la demande d'entraide, indiquant considérer que les conditions s'avéraient remplies. Elle leur a fixé un délai pour lui faire savoir si elles renonçaient à une décision formelle et, dans le cas contraire, à en exposer les motifs.

**K.**

Le 25 mars 2015, la recourante (pour K.\_\_\_\_\_) a déclaré s'opposer à la transmission des documents requis par la SEC renvoyant à ses courriers du 21 mars 2014 et du 31 juillet 2014. Elle a requis la notification d'une décision formelle.

**L.**

Par courrier du 30 octobre 2015, la FINMA a annoncé la jonction des causes relatives à I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ dont la recourante était ayant droit économique.

**M.**

En date du 3 novembre 2015, la FINMA a requis de la banque les informations et documents permettant d'identifier précisément le bénéficiaire d'un transfert d'un montant de USD 8'800'100 du 24 septembre 2009 et de localiser son compte bancaire. Ces informations ont été transmises le 4 novembre 2015 par la banque à la FINMA qui les a transférées à la recourante le même jour.

**N.**

Par décision du 19 novembre 2015, la FINMA a décidé d'accorder l'entraide administrative internationale à la SEC et de lui communiquer les informations et documents remis par H.\_\_\_\_\_, tout en lui demandant de les traiter de façon confidentielle conformément à l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV). Elle a, de surcroît, expressément attiré l'attention de la SEC sur le fait que ces informations et documents pouvaient être utilisés exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières ou retransmis, à cet effet uniquement, à d'autres autorités, tribunaux ou organes ; en outre, il a été précisé que toute utilisation ou transmission desdites informations et documents à d'autres fins exigeait l'autorisation préalable de la FINMA.

**O.**

Par mémoire du 30 novembre 2015, mis à la poste le même jour, la recourante a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au refus de l'entraide à la SEC. À l'appui de ses conclusions, elle se plaint d'une violation de l'art. 38 al. 2 et 4 de la loi sur les bourses, de l'art. 28 CC ainsi que de la loi sur la protection des données.

**P.**

Le 11 décembre 2015, la recourante a déposé des déterminations en complément de son recours.

**Q.**

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a, sous suite de frais, conclu à son rejet dans la mesure de sa recevabilité au terme de ses remarques responsives du 22 décembre 2015.

**R.**

Dans ses observations du 12 janvier 2016, la recourante a déclaré persister dans les conclusions de son recours.

**S.**

En date du 23 février 2016, la recourante a transmis au Tribunal de céans une nouvelle détermination à laquelle étaient jointes une copie du procès-verbal d'une audience devant la *United States District Court*, (...) ainsi que d'un courrier du *Department of Justice* (ci-après : DoJ).

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'ancien art. 38 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM, RO 2006 197) applicable à la présente procédure (cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2016 consid. 2), la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de 10 jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (al. 5). L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 let. a 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** Puisque les sociétés I. \_\_\_\_\_, J. \_\_\_\_\_ et K. \_\_\_\_\_, clientes de la banque au sens de l'art. 38 al. 3 LBVM, ont perdu leur qualité de partie en raison de leur liquidation, l'autorité inférieure a reconnu, à juste titre, la qualité de partie de la recourante, ayant droit économique des trois sociétés (cf. ATF 127 II 323 consid. 3b/cc ; arrêt du TF 2A.616/2006 du 19 mars 2007 consid. 1.2 ; arrêt du TAF B-2460/2015 du 5 novembre 2015 consid. 1.1 [prévu à la publication]). Par ailleurs, celle-ci 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 à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11 et 52 al. 1 PA de même que l'art. 38 al. 5 LBVM), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

## **2.**

Dans ses observations du 12 janvier 2016, la recourante critique l'affirmation de l'autorité inférieure dans sa réponse du 22 décembre 2015 selon laquelle les faits exposés dans le recours du 30 novembre 2015 sont contestés dans la mesure où ils ne sont pas expressément admis. Elle se réfère à la procédure civile prescrivant que la détermination sur les allégués de la partie adverse doit être substantiée, une contestation générale du type de « tout ce qui n'est pas expressément admis est contesté » ne suffisant pas, tout comme le fait que l'autre partie se contente d'exposer sa propre version des faits. Elle ajoute que, lorsque le fardeau de la contestation n'est pas satisfait, les faits allégués par l'autre partie sont considérés comme non contestés. Elle soutient que ces exigences découlent du droit d'être entendu des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 2 Cst. également applicable en procédure administrative. Elle estime que la FINMA ne se détermine pas, dans sa réponse du 22 décembre 2015, sur les faits allégués dans son recours mais se contente de les contester en bloc. Elle considère qu'une telle pratique ne s'avère pas compatible avec les exigences du droit d'être entendu ; selon elle, il conviendrait d'inviter la FINMA à se déterminer sur les faits qu'elle a allégués et, à défaut, de considérer ces faits comme admis.

### **2.1**

**2.1.1** L'exigence découlant de l'art. 222 CPC (RS 272) selon laquelle la réponse doit exposer quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés constitue un élément essentiel de la maxime des débats (cf. JACQUES HALDY, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 222 n° 18). Cette maxime s'avère la règle en procédure civile ; l'obligation pour les parties d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et d'offrir les preuves permettant d'établir les faits apparaît comme sa principale caractéristique. La conséquence et la sanction de cette obligation résident

dans le fait que le tribunal ne pourra pas tenir compte dans son jugement des faits qui ne sont pas allégués et prouvés (cf. DENIS TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 55 n° 1 ss). La procédure administrative fédérale est, à l'inverse, essentiellement régie par la maxime inquisitoire (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 consid. 4.5.1) : l'autorité constate l'état de fait pertinent et procède d'office, s'il y a lieu, à l'administration des preuves (art. 12 PA). Elle n'est pas liée par les faits allégués et les preuves offertes par les parties. Elle doit s'attacher à établir l'état de fait de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (cf. CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, ch. marg. 140). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; GRISEL, op. cit., p. 49 ss n° 142). En vertu de l'art. 13 PA, les parties sont ainsi tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes (let. a), dans une autre procédure, en tant qu'elles y prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c).

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit pas dans ce cas de l'établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà constaté par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire suppose l'obligation de vérifier d'office ces faits plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

**2.1.2** En outre, d'une manière toute générale, le droit d'être entendu dans la procédure administrative est prévu à l'art. 29 PA concrétisant dans ce domaine le droit fondamental correspondant prévu à l'art. 29 Cst. (cf. WALDMANN/BICKEL, in : Praxiskommentar zum VwVG, art. 29 n° 5). Le droit d'être entendu est une notion générique comprenant tout un ensemble de droits partiels dont le contenu et l'étendue sont précisés par les dispositions spéciales de procédure et par la jurisprudence (cf. WALDMANN/BICKEL, op. cit., art. 29 n° 44) ; il s'agit notamment de la représentation et de l'assistance (art. 11 et 11a PA), du droit des parties lors de l'audition de témoins (art. 18), de celui à consulter les pièces (art. 26 à 28 PA), à une audition préalable (art. 30 et 30a PA), à l'audition de la partie adverse (art. 31 PA), à l'examen des allégués des parties (art. 32 PA), à offrir des

moyens de preuve (art. 33 PA), à la notification d'une décision (art. 34 PA), à ce qu'elle soit motivée et contienne des voies de droit (art. 35 PA), à un échange d'écritures (art. 57 PA).

S'agissant de cette dernière disposition, elle prescrit à son al. 1 que, si le recours n'est pas d'emblée irrecevable ou infondé, l'autorité de recours en donne connaissance sans délai à l'autorité qui a pris la décision attaquée et, le cas échéant, aux parties adverses du recourant ou à d'autres intéressés, en leur impartissant un délai pour présenter leur réponse ; elle invite en même temps l'autorité inférieure à produire son dossier. Si l'échange d'écritures permet, il est vrai, la mise en œuvre du droit d'être entendu des parties, c'est dans le but de leur garantir l'égalité des armes (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2<sup>e</sup> éd. 2013, n° 3.37). En outre, il vise également à faciliter l'établissement des faits par l'autorité ainsi que, cas échéant, l'interprétation correcte des normes applicables (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *op. cit.*, n° 3.41). À cet égard, il sied de souligner que, dans le cadre d'une procédure de recours, l'autorité inférieure s'est déjà en principe abondamment déterminée sur les faits puisqu'il lui incombait de les établir avant de les exposer d'une manière généralement détaillée dans sa décision ; en outre, il appartient au Tribunal de céans de vérifier d'office les faits contenus dans la décision dont est recours. Aussi, l'importance de la détermination de l'autorité inférieure sur les faits exposés par la partie recourante s'en trouve grandement relativisée. D'ailleurs, l'autorité inférieure invitée à répondre au recours demeure généralement libre d'y renoncer de même qu'elle peut se contenter de renvoyer aux considérants de la décision entreprise (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *op. cit.*, n° 3.43 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, n° 1118). Cela étant, si la décision apparaît redondante ou peu claire, ladite autorité pourra néanmoins être formellement invitée à préciser sa position de manière plus claire et concise dans une écriture supplémentaire (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *op. cit.*, n° 3.43).

**2.2** En l'espèce, la recourante n'a pas indiqué en quoi exactement l'absence de déterminations spécifiques de l'autorité inférieure sur les faits exposés dans le recours constituerait une violation de son droit d'être entendue ni quel aspect de ce droit serait touché. Quoi qu'il en soit, il apparaît d'une part que la décision entreprise comprend un état de fait détaillé de sorte qu'il faut bien reconnaître que l'autorité inférieure s'est déjà abondamment exprimée sur les faits de la cause. D'autre part, dans ses écritures de recours, la recourante ne se plaint pas d'une constatation

inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA) ; elle n'a contesté expressément que deux éléments de fait exposés dans la décision, se contentant pour le surplus d'opposer sa version des faits à celle de la FINMA. Aussi, dans le cadre d'une procédure de recours régie par la maxime inquisitoire, l'autorité inférieure – n'ayant aucune obligation de se prononcer en détail sur les faits – n'avait pas non plus véritablement de raison de le faire. On ne saurait nier que la mention selon laquelle les faits exposés dans le recours sont contestés dans la mesure où ils ne sont pas expressément admis s'avère mal choisie ; cela étant, il appert qu'elle ne possède pas de réelle portée et doit, tout au plus, être considérée comme un renvoi aux faits exposés dans sa décision, ce d'autant plus que la FINMA ne conteste ni n'admet expressément aucun des allégués de fait de la recourante. Pour le surplus, la décision entreprise ne manque pas de la clarté requise de sorte qu'il ne se justifie pas non plus sous cet angle d'exiger de l'autorité inférieure une détermination formelle sur les faits allégués par la recourante.

**2.3** Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que l'absence de détermination spécifique de l'autorité inférieure s'agissant des faits allégués par la recourante ne constitue pas une violation de son droit d'être entendue. Partant, il n'y a pas lieu d'inviter l'autorité inférieure à y remédier. Le grief de la recourante doit être rejeté.

### **3.**

La recourante se plaint d'une violation de l'art. 38 al. 2 LBVM. Elle relève qu'aux États-Unis, les documents et informations en mains de la SEC s'avèrent en règle générale immédiatement et librement accessibles au public ; qu'en particulier, dans le cadre de la procédure dite d'*enforcement action*, la SEC publie sur internet des *litigation releases* par lesquels elle annonce l'ouverture d'une procédure devant le juge civil ou le juge pénal à l'encontre d'une personne déterminée ; que la SEC publie également ses décisions et dénonciations au terme de ses enquêtes, soit en dehors d'une procédure à caractère public, en violation de l'art. 10 (a) ii) in fine du MMoU. Elle juge qu'il convient de revenir à l'ancienne jurisprudence selon laquelle la SEC ne respectait pas les exigences de l'art. 38 LBVM. Elle note qu'une simple recherche sur internet permet instantanément de constater que les informations en mains de la SEC concernant ce dossier pourtant qualifié de *non public investigation* sont publiées sur internet. Elle relève que, d'ailleurs, la décision entreprise se fonde en grande partie sur la plainte de la SEC du (...) 2015, disponible dans son intégralité sur le site de la SEC et contenant tous les détails personnels, commerciaux, financiers et juridiques concernant cette affaire. Elle en déduit que la SEC n'a que faire

du MMoU et de tout autre engagement et n'aura que faire des conditions posées par la FINMA au ch. 3 du dispositif de la décision attaquée. Elle estime que, si par impossible l'entraide devait être accordée à la SEC, il est certain, vu sa pratique, que ces informations bancaires seront rendues publiques, violant ainsi le droit à la protection des données des personnes et entités impliquées, leur personnalité et leurs secrets commerciaux. Elle soutient enfin que la SEC a démontré qu'elle ne se sentait pas liée par ses déclarations, ses engagements et par les injonctions de la FINMA.

De son côté, l'autorité inférieure explique que l'ancienne jurisprudence découlait de l'incompatibilité des exigences légales de l'ancien art. 38 LBVM en matière de confidentialité avec le droit procédural américain qui exige que tous les documents motivant une plainte pendante soient accessibles au public, signalant que ce blocage a été la raison principale de la révision de cette norme. Elle indique que l'ajout de la réserve quant à la publicité des procédures a à nouveau permis l'octroi de l'entraide administrative à la SEC. Elle souligne que, depuis lors, il est de jurisprudence constante que la SEC respecte le principe de la confidentialité et qu'il n'existe aucun indice permettant d'affirmer qu'elle violerait le MMoU. Elle déclare en outre que sa décision ne présente aucun élément spécifique justifiant un retour à la jurisprudence antérieure, la publication de la plainte du (...) 2015 constituant justement le problème identifié par le législateur.

### **3.1**

**3.1.1** À teneur de l'art. 38 al. 2 LBVM, la FINMA ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes :

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

**3.1.2** Il ressort de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 38 LBVM en sa teneur valable jusqu'au 31 janvier 2006 que la SEC ne satisfaisait alors pas aux exigences de confidentialité, de spécialité ainsi qu'à celles découlant du principe du « long bras » (cf. ATF 129 II 484 consid. 3.1 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a ainsi relevé qu'aux États-Unis, les documents et informations en mains de la SEC étaient en règle générale immédiatement et librement accessibles au public ; que les audiences devant la SEC étaient en outre publiques ; qu'en particulier, dans le cadre de la procédure dite d'*enforcement action*, la SEC publiait sur Internet des *litigation releases*, par lesquels elle annonçait l'ouverture d'une procédure devant le juge civil ou le juge pénal à l'encontre d'une personne déterminée. Il a jugé que la législation américaine prévoyait certes une exception au principe de la publicité mais que, faute de précisions données par la SEC au sujet des moyens de s'opposer concrètement à la divulgation intempestive des documents et informations à transmettre, l'entraide administrative ne pouvait pas être accordée, du moins en l'état. Les déclarations (successives) de *best efforts* faites par la SEC n'ont en effet pas été considérées comme suffisamment claires et dénuées d'ambiguïté pour assurer le respect des principes du « long bras », de la confidentialité et de la spécialité. Selon cette jurisprudence, n'a ainsi pas été jugé compatible avec l'art. 38 LBVM le fait que les informations et documents recueillis par la voie de l'entraide administrative soient accessibles non seulement aux parties mais également à un large public. Le respect des principes du « long bras », de la confidentialité et de la spécialité ne pouvait en effet pas être assuré si les données transmises étaient immédiatement et intégralement accessibles à une autre autorité (civile ou pénale) avant qu'une quelconque décision soit rendue. La règle de la confidentialité consacrait, dans le domaine de l'entraide administrative, la protection des données et la protection de la personnalité des clients quant à leurs relations et opérations commerciales. Ces informations ne devaient pas être dévoilées par l'autorité de surveillance étrangère et donc portées de fait à la connaissance des autres autorités avant la clôture de la procédure.

**3.1.3** La modification de l'art. 38 LBVM entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006 a spécifiquement tenu compte de cette problématique. Dans son message du 10 novembre 2004 y relatif (cf. FF 2004 6341), le Conseil fédéral a relevé que les exigences légales en matière de confidentialité avaient en particulier entraîné le blocage de l'assistance administrative avec les autorités de surveillance américaines, telles que la SEC. Il a expliqué qu'aux États-Unis, les autorités de surveillance exerçaient leur droit en premier lieu au moyen de plaintes devant des tribunaux civils ou

administratifs et plus rarement devant des tribunaux pénaux ; que selon le droit procédural américain, dès qu'une plainte était pendante, tous les documents qui la motivent étaient accessibles au public ; que, de plus, les autorités de surveillance informaient régulièrement le public par la voie des médias sur le dépôt de plaintes (*litigation release*). Le Conseil fédéral a toutefois constaté que cela ne se produisait qu'après qu'un soupçon a été corroboré au moyen des informations transmises ; avant cette confirmation, les informations étaient traitées confidentiellement. Il a encore souligné que cette pratique était acceptée par les autres membres de l'OICV. Il a en outre noté que la SEC avait consenti à formuler ses communiqués avec retenue ; elle a également expressément confirmé que les prévenus ont la possibilité de demander le huis clos (*protective order*) au tribunal. Pour tenir compte de cette réalité, le Conseil fédéral a assorti le principe de confidentialité de l'indication selon laquelle les prescriptions étrangères applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur celles-ci demeuraient dorénavant réservées, expliquant que l'autorité de surveillance étrangère traitait de manière confidentielle les informations transmises aussi longtemps que les premiers soupçons n'étaient pas confirmés par des investigations internes ; ce n'était que si ces soupçons se confirmaient qu'elle ouvrait une procédure contre la personne suspectée, procédure pouvant éventuellement être publique. Si la modification de l'art. 38 LBVM a donné lieu à des débats parlementaires animés (cf. BO 2005 N 32, BO 2005 E 432, BO 2005 N 1005, BO 2005 E 774), il apparaît néanmoins que plusieurs intervenants ont également reconnu que la publication présupposait que les soupçons concernés avaient été confirmés au cours d'une procédure rigoureuse interne non publique (cf. BO 2005 N 32 s., 36, BO 2005 E 433 s., 437, BO 2005 N 1005, 1008). En outre, nonobstant les discussions occasionnées par cette disposition dans les Chambres, force est de constater que l'art. 38 al. 2 LBVM a néanmoins finalement été adopté par le législateur (RO 2006 197 ; cf. aussi arrêt du TF 2A.13/2007 du 3 septembre 2007 consid. 5.2).

**3.1.4** À la suite de cette modification, le Tribunal fédéral a constaté que la base légale pour l'octroi de l'entraide s'en était trouvée sensiblement changée. Se référant aux déclarations de la SEC, notamment sur l'examen approfondi, en plusieurs étapes, auquel sont soumises les informations transmises avant leur utilisation, il a admis l'octroi de l'entraide en sa faveur. Il a ajouté que l'autorité de surveillance ne devait revenir sur la disposition à accorder l'entraide à un État que lorsqu'il existait des signes qu'il ne se tiendrait pas à ses propres déclarations et prescriptions. Il a en outre souligné que l'on pouvait considérer que la SEC soumettrait les informations reçues à son examen interne et qu'elle renoncerait à une

publication dans l'hypothèse où le soupçon initial ne se confirmait pas. Il a enfin précisé qu'il n'existait aucun indice que cet examen n'aurait pas lieu lorsque les informations sont transmises après le dépôt d'une plainte (cf. arrêt 2A.13/2007 consid. 5.2). Depuis lors, il est admis de jurisprudence constante que la SEC satisfait pleinement aux exigences de confidentialité et de spécialité imposées par la LBVM (cf. arrêts du TF B-4677/2015 du 26 novembre 2015 consid. 2, B-837/2015 du 10 juillet 2015 consid. 2, B-1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 2.4).

**3.1.5** En outre, la SEC ainsi que la FINMA sont toutes deux signataires du MMoU de l'OICV. Son art. 10 a) ii) prévoit expressément que l'utilisation permise des informations et les documents non publics qui lui auront été fournis en réponse à une demande pourra comprendre les procédures d'enquête à caractère public (« *enforcement proceedings which are public* »), ce que le Conseil fédéral a expressément relevé dans son message du 10 novembre 2004 (cf. FF 2004 6349).

**3.2** En l'espèce, l'affaire a fait l'objet d'une plainte ainsi que d'un *litigation release* le (...) 2015 ; en particulier, la plainte de (...) pages se révèle particulièrement détaillée. D'une part, il appert que cette situation se distingue de la procédure plus standard dans laquelle la publication n'intervient qu'après l'octroi de l'entraide et se fonde, le cas échéant, sur les informations transmises qui auront permis d'étayer les premiers soupçons ; cela étant, le Tribunal fédéral a expressément reconnu que la transmission des informations pouvait néanmoins être postérieure. D'autre part, rien ne permet de déclarer que les informations rendues publiques à ce jour par la SEC n'auraient pas été examinées de manière approfondie dans le cadre de la procédure interne confidentielle visant à déterminer, avant la publication, si les premiers soupçons se confirment ni qu'il s'agirait d'informations obtenues par le biais de l'entraide. En outre, dès lors que les autorités suisses n'ont encore transmis aucune information à la SEC, la procédure ayant conduit à la publication ne s'avère pertinente qu'en ce sens qu'elle peut livrer des informations sur l'utilisation susceptible d'être faite des informations éventuellement transmises ensuite dans le cadre de l'entraide ; or, aucun élément n'autorise à considérer que les informations demandées, une fois transmises, ne suivraient pas cette procédure interne confidentielle d'examen avant une hypothétique publication. De surcroît, contrairement à ce qu'allègue la recourante, la publication intervenue ne saurait être qualifiée de violation de ses obligations et engagements découlant du MMoU par la SEC, dont il n'y a en principe pas lieu de remettre en cause les déclarations et garanties (principe de la confiance en droit international public ; cf. arrêt du TAF B-7551/2015 du 16 février



2016 consid. 3.5). Au contraire, si cette procédure a d'un côté été nommément prise en considération lors de la modification de l'art. 38 LBVM de 2006, le MMoU – devant au demeurant être qualifié de soft law (cf. arrêt B-2460/2015 consid. 3.4) – réserve également expressément les procédures d'enquête à caractère public.

**3.3** Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que rien ne justifie de s'éloigner de la jurisprudence rendue en matière d'entraide administrative internationale en faveur de la SEC depuis la modification de 2006 de sorte que l'entraide peut en principe lui être accordée. Partant, le grief de la recourante doit être rejeté.

#### **4.**

Dans le même ordre d'idées, la recourante s'est, dans son courrier spontané du 23 février 2016, référée à l'avancement de la procédure pendante aux États-Unis à l'encontre de A.\_\_\_\_\_, y joignant un procès-verbal d'audience du (...) 2015 par devant la *United States District Court*, (...) et une lettre du DoJ du (...) 2016. La recourante en déduit que la SEC travaille pour le compte du DoJ de sorte que celui-ci est la véritable autorité requérante et que tout document transmis à la SEC sera automatiquement communiqué au DoJ ; or, selon elle, l'art. 38 LBVM interdit la transmission d'informations à des autorités autres que celles chargées de la surveillance des marchés financiers, soit en l'occurrence autres que la SEC. Soulignant que le ministère public américain a expressément déclaré qu'il entendait inculper A.\_\_\_\_\_ de fraude fiscale dès réception des documents requis et visés par la décision attaquée, elle estime que les informations ne serviront pas exclusivement à l'exécution des lois sur les marchés financiers ; elle y voit une utilisation des documents dans une procédure pénale en violation de l'art. 38 LBVM et un contournement de l'entraide internationale en matière pénale.

#### **4.1**

**4.1.1** En vertu de l'art. 32 PA, l'autorité apprécie, avant de prendre la décision, tous les allégués importants qu'une partie a avancés en temps utile (al. 1). Elle peut prendre en considération des allégués tardifs s'ils paraissent décisifs (al. 2). En conséquence, les parties disposent également toujours de la possibilité de modifier leur position juridique durant la procédure, de présenter de nouveaux éléments de fait connus ou non jusque-là, qui se sont déroulés avant ou seulement pendant la procédure de recours, ou de nouveaux moyens de preuve ou éléments de motivation (cf. PATRICK SUTTER, in : Kommentar zum VwVG, 2008, art. 32

n° 10). Le caractère décisif des allégués tardifs des parties s'examine à la lumière de l'exigence d'un établissement complet et exact des faits pertinents conforme à la maxime inquisitoire (cf. supra consid. 2.1.1) et du principe de l'application correcte du droit (cf. WALDMANN/BICKEL, op. cit., art. 32 n° 15).

**4.1.2** Selon l'art. 38 LBVM, les informations transmises à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peuvent ensuite être retransmises à d'autres autorités, tribunaux ou organes si elles 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. Cette disposition a été adoptée en vue de tenir compte des organisations différentes de la procédure selon les États : selon le système mis en place, les sanctions peuvent relever du droit de la surveillance, du droit pénal ou également du droit civil. Aussi, des autorités différentes peuvent être responsables de l'enquête, en particulier des autorités de poursuite pénale, et doivent donc également pouvoir utiliser les informations reçues dans le cadre de l'assistance administrative (cf. Message du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 2004 6341, 6350).

**4.2** En l'espèce, il ne fait aucun doute que la SEC est une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers à qui l'entraide peut en principe être accordée (cf. supra consid. 3) ; de plus, il est constant, contrairement à ce que semble penser la recourante, que les informations transmises à la SEC dans le cadre de l'entraide internationale en matière boursière peuvent ensuite être communiquées aux autorités compétentes pour fixer les sanctions, à la condition toutefois qu'elles agissent dans le cadre de la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Selon les pièces produites par la recourante, soit un procès-verbal d'audience du (...) 2015 par devant la *United States District Court*, (...) et une lettre du DoJ du (...) 2016, le DoJ attend la production, par des autorités étrangères, de documents requis sur la base de traités d'assistance légale mutuelle. Ces deux pièces fournissent en réalité bien peu d'informations. En effet, contrairement à ce que laisse entendre la recourante, rien n'y indique que les documents auxquels il est fait référence se présentent comme ceux requis dans le cadre de la procédure d'entraide initiée par la requête de la SEC du 14 mars 2013 adressée à l'autorité inférieure. Quand bien même cela devrait être le cas, la recourante

n'avance aucun élément apte à démontrer le caractère automatique de la transmission, par la SEC, des informations à d'autres autorités à des fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses.

**4.3** Par voie de conséquence, les éléments fournis par la recourante dans ses écritures du 23 février 2016 ne se révèlent pas décisifs dès lors qu'ils n'apparaissent pas aptes à remettre en question les garanties données par la SEC quant à une utilisation des informations communiquées dans le cadre de l'entraide d'une manière conforme aux exigences qui en découlent.

## **5.**

La recourante invoque une violation de l'art. 28 CC et de la LPD (RS 235.1). Elle se réfère en particulier à l'art. 6 al. 1 LPD selon lequel aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. L'autorité inférieure note que, selon la jurisprudence, lorsque l'octroi de l'entraide s'effectue en conformité avec l'art. 38 LBVM, les personnes concernées ne peuvent se prévaloir de la protection des données ou du secret bancaire, la restriction du droit au respect de la vie privée étant en outre et de manière plus large licite sous ces conditions. Selon la jurisprudence, il ne reste, en matière d'entraide administrative internationale en matière boursière, pas de place pour une application autonome de l'art. 6 LDP ; bien plus, l'art. 38 LBVM contient une réglementation propre et spécifique relative à la protection des données qui prime la loi sur la protection des données de portée générale (cf. arrêt B-2460/2015 consid. 3.4.3 ; ATAF 2010/26 consid. 5.5.2 et les réf. cit.). En outre, l'art. 28 CC déploie ses effets uniquement entre particuliers (cf. ANDREAS MEILI, in : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, vol. 1, art. 28, n° 37 ; NICOLAS JEANDIN, in : Commentaire romand, Code Civil I, art. 28 n° 7). Compte tenu de ces éléments déterminants, force est de constater que la recourante ne peut se prévaloir ni de l'art. 6 LPD ni de l'art. 28 CC.

## **6.**

La recourante se plaint d'une violation du principe de la proportionnalité, considérant que la FINMA est liée par le contenu de la requête de l'autorité étrangère et ne peut transmettre plus d'informations que celles demandées ; en particulier, la FINMA ne saurait mener sa propre enquête aux fins de soutenir et étendre la procédure de l'autorité requérante. Elle constate à cet égard que K.\_\_\_\_\_ ne figure pas dans la requête de la

SEC, ce qui, selon elle, exclut la transmission d'informations la concernant. Elle se prévaut en outre de sa qualité de tiers non impliqué puisque L. \_\_\_\_\_ était le seul signataire sur le compte de I. \_\_\_\_\_ et de J. \_\_\_\_\_ ce qui exclurait qu'elle ait pu effectuer de quelconques opérations dans le cadre de l'affaire faisant l'objet de l'enquête.

**6.1** Aux termes de l'art. 38 al. 4, 2<sup>e</sup> phrase, LBVM, la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. L'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 ; arrêt B-1800/2015 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.). 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 (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1). La question de savoir si les renseignements demandés se révèlent nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante ; l'autorité requise 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 si bien que, sur ce point, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 4.3). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis ne présentent aucun rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et se révèlent 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). Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme la recourante, la FINMA est de jurisprudence constante autorisée à compléter spontanément une demande d'entraide avec les renseignements lui semblant utiles sous l'angle du droit de la surveillance, dans la mesure où ces renseignements paraissent pouvoir servir à la procédure étrangère et qu'ils détiennent un rapport objectif avec elle (cf. arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 5.1 et les réf. cit. ; ATAF 2010/26 consid. 5.6).

L'autre aspect essentiel du principe de la proportionnalité propre à l'entraide administrative est la notion de tiers non impliqué (cf. arrêt du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.1 ; ATAF 2010/26 consid. 5.1) : à teneur de l'art. 38 al. 4, 3<sup>e</sup> phrase LBVM, 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 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 (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/bb ; arrêt 2A.701/2005 consid. 4.2 ; ATAF 2008/66 consid. 7.2). En revanche, la transmission de données relatives aux clients d'une banque peut être inadmissible s'il existe un mandat de gestion de fortune écrit, clair et sans équivoque – par exemple un mandat discrétionnaire de gestion de fortune – et qu'aucune autre circonstance n'indique que le client, sur le compte duquel les transactions suspectes ont été effectuées, pourrait avoir été mêlé lui-même d'une manière ou d'une autre à ces transactions litigieuses (cf. ATF 127 II 323 consid. 6b/aa ; arrêt 2A.12/2007 consid. 4.2 et les réf. cit. ; ATAF 2009/16 consid. 6.1 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a posé cette exigence afin d'éviter les difficultés et malentendus dans la détermination précise des relations entre les personnes en cause (cf. arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.2). Il appartient en outre au client concerné de réfuter de manière concrète et plausible d'autres 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. ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit. ; arrêts du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 et B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1).

**6.2** En l'espèce, la recourante se contente de contester la transmission de toutes les informations non expressément requises dans la demande d'entraide. De ce fait, elle méconnaît l'entraide spontanée pourtant admise de jurisprudence constante, ne précisant en conséquence pas non plus en quoi les documents concernés paraîtraient inutiles à la procédure étrangère ou ne détiendraient aucun rapport objectif avec elle. Quoi qu'il en soit, il appert tout d'abord que la SEC a expressément requis les informations relatives aux comptes de I. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ auprès de H. \_\_\_\_\_ pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2010 ; elle a en outre demandé les documents permettant d'identifier les clients ayant exécuté des ordres sur les titres C. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ sur les deux comptes collectifs identifiés du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2012 ainsi que les documents relatifs aux comptes de clients auprès de H. \_\_\_\_\_ sur lesquels des activités ont engendré des transactions

exécutées sur les titres C.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2012. Dès lors que I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ ont toutes trois effectué des transactions sur un ou plusieurs titres visés entre le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et le 31 janvier 2012 et que les comptes ont été clôturés respectivement le 29 juin 2011, 30 juin 2011 et 24 mai 2011, la transmission des informations les concernant du 1<sup>er</sup> janvier 2008 à la clôture n'excède pas la requête de la SEC.

En outre, si le fait que L.\_\_\_\_\_ était seul signataire pour les comptes de I.\_\_\_\_\_ et de J.\_\_\_\_\_ peut effectivement fournir des informations sur le donneur d'ordres, il ne suffit toutefois pas à conférer à la recourante la qualité de tiers non impliqué. En effet, cette qualité présuppose qu'aucune circonstance n'indique que la recourante, ayant droit économique des sociétés en cause, pourrait avoir été mêlée elle-même d'une manière ou d'une autre à ces transactions litigieuses. Or, il est constant que I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ sont titulaires des comptes sur lesquels des transactions ont été exécutées. En outre, nonobstant les pouvoirs dont disposait L.\_\_\_\_\_, les seuls liens familiaux étroits de la recourante avec A.\_\_\_\_\_ ainsi que son rôle présumé dans le système mis en place par ce dernier – tel qu'il ressort de l'état de fait présenté dans la requête d'entraide du 14 mars 2013 ainsi que dans la plainte du (...) 2015 – suffisent déjà clairement à rejeter la non-implication manifeste de la recourante sans qu'il ne soit nécessaire d'exposer davantage les liens unissant les différents intervenants. En effet, attendu que, pour conduire au rejet de la demande d'entraide administrative, la non-implication doit être manifeste, ces éléments jettent un doute considérable suffisant, a contrario, à nier cette qualité à la recourante. C'est alors à la SEC – et non à la FINMA – qu'il incombera ensuite de faire toute la lumière sur la réelle implication de la recourante.

**6.3** Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il n'est pas manifeste que la recourante et les sociétés I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ dont elle constituait l'ayant droit économique n'auraient pris aucune part aux faits ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante. La transmission d'informations les concernant ne contrevient par voie de conséquence pas au principe de la proportionnalité.

## **7.**

Dans ses déterminations du 11 décembre 2015 complétant son recours du 30 novembre 2015, la recourante déclare que la SEC a été notifiée en temps utile de tout ou partie des transactions en lien avec sa requête d'entraide du 14 mars 2013. Elle qualifie ces éléments de décisifs pour

l'issue du recours dès lors qu'ils démontrent que la SEC était au courant des transactions effectuées par la recourante ; que la recourante n'a pas violé une quelconque obligation d'annonce ; que la SEC ne dispose dès lors d'aucun soupçon d'infraction à l'encontre de la recourante et tente manifestement une *fishing expedition* contraire à l'ordre public suisse ; que la SEC, au courant des transactions visées par sa requête, cherchait manifestement à obtenir des informations et documents visés par sa requête auprès de la FINMA afin de les utiliser à d'autres fins que la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses et les valeurs mobilières, violant ainsi le principe de la spécialité ; qu'elle dispose d'un intérêt privé prépondérant au rejet de la requête sous l'angle du principe de la proportionnalité.

De son côté, l'autorité inférieure qualifie ces considérations d'irrecevables quant à la forme car déposées en dehors du délai de recours. Elle souligne néanmoins que le fait que la SEC ait été notifiée de l'achat de titres C.\_\_\_\_\_ par la recourante n'enlève rien aux soupçons fondés de l'autorité inférieure portant sur une possible manipulation de marché. Par ailleurs, elle estime que le fait de communiquer à l'autorité étrangère des renseignements dont elle bénéficie déjà facilite la tâche des autorités sans porter le moindre préjudice à la recourante.

La question se pose du caractère décisif de ces allégués tardifs (art. 32 al. 2 PA ; cf. supra consid. 4.1.1). À cet égard, il convient d'emblée de reconnaître avec l'autorité inférieure que la procédure diligentée par la SEC vise en priorité à déterminer l'existence d'une éventuelle manipulation de marché ; les faits reprochés exposés dans la requête du 14 mars 2013 (cf. supra Faits A) s'avèrent bien plus complexes qu'une seule et simple violation d'une obligation d'annonce. Ils fondent manifestement un soupçon initial suffisant de possibles manquements aux obligations légales et réglementaires ou distorsions du marché que les explications de la recourante ne parviennent clairement pas à désamorcer. En outre, on peine à voir à quelles fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses et les valeurs mobilières la SEC envisagerait d'utiliser les informations requises ; la recourante ne le dit pas non plus. Or, il est admis que la SEC respecte d'une manière générale le principe de la spécialité (cf. supra consid. 3) et aucun élément in casu ne permet d'admettre le contraire.

Il en découle que les griefs avancés par la recourante dans ses déterminations du 11 décembre 2015 sont sans pertinence dans la

présente affaire de sorte qu'ils ne peuvent pas être pris en considération ; en tout état de cause, même s'ils l'étaient, ils seraient rejetés.

**8.**

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, respectant les conditions mentionnées et traitées ci-dessus, n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

**9.**

**9.1** Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, et 4 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.

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

**10.**

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 :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

Expédition : 21 mars 2016