

7

Qualité pour recourir et transmission d'informations et de documents à d'autres autorités dans le cadre de l'entraide administrative internationale

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010
du 29 septembre 2010**

Qualité pour recourir d'un gérant de fortune indépendant ainsi que de son employé contre une décision d'entraide rendue par la FINMA (art. 48 al. 1 PA); principe de spécialité (art. 38 al. 2 LBVM); transmission à une autorité tierce.

1. Un gérant de fortune indépendant peut recourir en son propre nom contre une décision d'entraide rendue par la FINMA; en revanche, ni la procuration qu'il détient, ni son statut d'ayant droit économique ne lui confèrent la qualité pour recourir (consid. 2.3).
2. L'employé d'un gérant de fortune indépendant dont l'identité est également révélée à l'autorité requérante n'a pas qualité de partie dans la procédure d'entraide. Il n'a de ce fait pas la qualité pour recourir (consid. 2.4).
3. Dans le cadre de l'exécution de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, la United States Securities and Exchange Commission (SEC) peut transmettre les informations et documents reçus de la FINMA à d'autres autorités, tribunaux ou organes. Sont considérées comme de telles autorités la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) et la Banca d'Italia (consid. 7).

Beschwerdelegitimation eines unabhängigen Vermögensverwalters sowie einer bei diesem angestellten Person gegen eine Amtshilfeverfügung der FINMA (Art. 48 Abs. 1 VwVG); Spezialitätsprinzip (Art. 38 Abs. 2 BEHG); Übermittlung an eine dritte Behörde.

1. Ein unabhängiger Vermögensverwalter kann im eigenen Namen Beschwerde gegen eine Amtshilfeverfügung der FINMA erheben, als Prokurist oder wirtschaftlich Berechtigter hingegen nicht (E. 2.3).
2. Ein Angestellter eines unabhängigen Vermögensverwalters, dessen Identität ebenfalls der ersuchenden Behörde offengelegt wird, hat im Amtshilfverfahren keine Parteistellung, weshalb er auch nicht beschwerdelegitimiert ist (E. 2.4).
3. Der United States Securities and Exchange Commission (SEC) ist es gestattet, die von der FINMA erhaltenen Informationen und Unterlagen zur Durchsetzung der Regulierung von Börsen, Effektenhandel und Effekthändler an andere Behörden, Gerichte oder Organe weiterzuleiten. Als solche Behörden sind die italienische Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) und die Banca d'Italia anzusehen (E. 7).

Diritto di ricorrere di un gestore patrimoniale indipendente e di un impiegato di quest'ultimo contro una decisione di assistenza amministrativa della FINMA (art. 48 cpv. 1 PA); principio di specialità (art. 38 cpv. 2 LBVM); trasmissione delle informazioni a un'autorità terza.

1. Un gestore patrimoniale indipendente può presentare ricorso in proprio nome contro una decisione di assistenza amministrativa della FINMA ma non può farlo in veste di procuratore o di avente diritto economico (consid. 2.3).
2. L'impiegato di un gestore patrimoniale indipendente, la cui identità è stata trasmessa all'autorità richiedente, non ha qualità di parte nella procedura di assistenza amministrativa, per cui non ha neanche diritto di ricorrere (consid. 2.4).
3. La United States Securities and Exchange Commission (SEC) è autorizzata a trasmettere le informazioni e i documenti ottenuti dalla FINMA per l'attuazione della regolamentazione in materia di borse, commercio e commercianti di valori mobiliari ad altre autorità, tribunali o organi. Fra tali autorità rientrano anche la Commissione Nazionale italiana per le Società e la Borsa (CONSOB) e la Banca d'Italia (consid. 7).

Résumé des faits

Le citoyen X._____, de nationalité italienne, exerce l'activité de gérant de fortune indépendant pour plusieurs clients. Il est également fondé de pouvoir et ayant droit économique de la société panaméenne A._____. Pour ses clients et pour la société A._____, X._____ a acheté les titres d'une société B._____ cotée aux bourses de Chicago, Philadelphie et New York. Y._____ est employé de X._____ et a donné différents ordres d'achat pour les titres de la société B._____. Enquêtant sur le négoce des titres de la société B._____, la SEC a saisi la FINMA d'une demande d'entraide administrative et requis la transmission d'informations et de documents.

La FINMA a décidé d'accorder l'entraide administrative à la SEC et expressément confirmé que celle-ci pouvait transmettre les informations et documents reçus à la CONSOB et à la Banca d'Italia. A._____, X._____ et Y._____ (recourants) ont formé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Y._____ a en outre demandé le droit de consulter les dossiers de la FINMA et, moyennant la fixation d'un nouveau délai, l'octroi du droit d'être entendu. La FINMA a écarté la qualité pour recourir de Y._____ et émis des doutes à propos de celle de X.

Les recourants considèrent en outre que le principe de spécialité est violé dans la mesure où le droit de transmettre les informations et documents reçus à la CONSOB et, surtout, à la Banca d'Italia a été octroyé à la SEC.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours de A._____, rejette celui de X._____ dans la mesure du recevable, et n'entre pas en matière sur celui de Y._____.

2.

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

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

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

2.2 A._____, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a incontestablement un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité

pour recourir doit dès lors lui être reconnue et son recours se révèle par conséquent recevable.

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

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

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

2.3.1 Selon la jurisprudence, les informations concernant un gérant de fortune indépendant qui, au nom du client d'une banque, gère librement son portefeuille (« mandat de gestion discrétionnaire ») constituent des informations relatives à des clients dès lors qu'elles sont soumises au secret

bancaire ou au secret des négociants en valeurs mobilières et ont trait à une autre personne que celle physique ou morale assujettie à surveillance. Le devoir de garder le secret couvre toutes les informations qui résultent de la relation d'affaires directe existant entre le client et sa banque, ainsi que le point de savoir si et en faveur de qui existe un mandat de gestion de fortune. Le gérant de fortune indépendant agit, en tant que conseiller ou représentant, dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été conférés par son client. Si son identité se trouve révélée à l'étranger par le biais d'une entraide administrative, la relation particulière existant avec le client est touchée, que le gérant ait agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même. Au contraire du simple fondé de pouvoirs qui ne gère pas le compte de manière autonome et qui ne supporte pas la responsabilité de chaque décision prise en matière d'investissement, le gérant de fortune indépendant – tout comme le client – possède un intérêt digne de protection à participer à une « procédure formelle de transmission d'informations ». L'entraide administrative risque, en effet, de mettre en péril la relation de confiance existant entre le client et le gérant de fortune si bien que ce dernier se trouve dans un rapport plus étroit avec l'objet de la contestation que n'importe quel autre tiers. Il détient un droit propre – découlant de la qualité de client dans l'affaire concrète – à être protégé juridiquement même si la transaction a lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, en particulier lorsque l'identité de ce dernier n'est justement pas dévoilée. En effet, dans de tels cas, la mesure d'entraide administrative est dirigée directement contre le gérant; elle le touche plus intensément que n'importe quel autre fondé de pouvoirs sur un compte (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb).

Cette jurisprudence a été arrêtée à l'occasion d'une affaire portant sur un gérant de fortune indépendant qui s'opposait à la transmission de son identité; celle des titulaires et des ayants droit économiques des comptes idoines n'avait en revanche pas été transmise; en outre, l'autorité inférieure avait habilité l'État requérant à retransmettre les indications reçues aux autorités de poursuite pénale. Dans un arrêt du 19 mai 2004, le

Tribunal fédéral a précisé que le gérant devait disposer d'un mandat écrit, clair et sans équivoque pour se voir reconnaître la qualité de partie (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3). Le Tribunal administratif fédéral a quant à lui, sans autre formalité, concédé la qualité pour recourir à un gérant de fortune indépendant s'opposant à la divulgation de l'identité de l'ayant droit économique du compte en faveur duquel il avait procédé aux transactions litigieuses. La décision entreprise le désignait, en plus du titulaire du compte, comme destinataire en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée (arrêt du TAF B-168/2008 du 28 mars 2008 consid. 1.3).

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

2.3.2 En l'espèce, ainsi que cela ressort des pièces versées au dossier, X._____ dispose d'un mandat de gestion discrétionnaire clair, écrit et sans équivoque tel que l'exige la jurisprudence. Il s'est par ailleurs expressément opposé à la transmission de toute information le concernant. Enfin, il sied de noter que l'identité des clients du gérant de fortune ne se trouve pas dévoilée aux autorités américaines, ces derniers ayant été qualifiés de tiers non impliqués.

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

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

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

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

l'autorité inférieure refusant de lui reconnaître la qualité de partie à la procédure.

Selon l'art. 6 PA, dans une procédure administrative de première instance, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision, de même que toutes celles qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision, c'est-à-dire les personnes qui sont spécialement atteintes par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection (art. 48 PA). Pour se voir accorder la qualité de partie, Y._____ doit donc se trouver dans un rapport suffisamment étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet de la contestation (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb). Or, Y._____ n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait que exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant X._____, son employeur. Uniquement ce dernier – qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement – dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie (cf. consid. 2.3). Le seul fait que la décision entreprise laisse apparaître que Y._____ ait passé certains ordres d'achat et de vente ne s'avère pas suffisant pour lui reconnaître la qualité de partie. A cet égard, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de l'identité d'un tiers titulaire d'une procuration (de fait) sur le compte bancaire, ce dernier n'est pas légitimé, tout comme l'ayant droit économique, à recourir contre la mesure d'entraide (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3; cf. également ATF 122 II 130 consid. 2c). Une solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, en contradiction avec le but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine.

Dans la mesure où Y._____ ne possède pas la qualité de partie, il ne bénéficie pas non plus et a fortiori des garanties de procédure étendues

telles que l'accès au dossier. Il n'y a donc pas lieu, pour cette raison, d'entrer en matière sur sa demande de consultation des pièces du dossier ainsi que sur son grief relatif à la violation du droit d'être entendu.

3.-6. (...)

7.

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

En l'espèce, le dispositif de la décision litigieuse indique, à son chiffre 3, que « la FINMA confirme expressément la possibilité de transférer les informations et les documents à la CONSOB ou à la Banca d'Italia ». Quant au chiffre 4, il dispose que « la FINMA rappelle expressément à la SEC que les informations transmises doivent être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmises à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet ».

Comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 4.2 [non publiée ici, ndlr]), le nouveau droit soumet la retransmission des informations obtenues par l'autorité requérante à une autorité tierce au respect du seul principe de la spécialité, celui dit du « long bras » ayant été abandonné (FF 2004 6357 s.); la retransmission par la SEC à une autre autorité ne présuppose donc plus l'assentiment préalable de la FINMA pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Par les chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision accordant l'entraide administrative, la

FINMA ne fait que rappeler expressément à l'autorité requérante que les informations communiquées ne peuvent être transmises à des autorités tierces, notamment à la CONSOB et à la Banca d'Italia, que dans le strict respect du principe de la spécialité. En outre, il sied de relever que, contrairement à ce que soutiennent les recourants, la surveillance des marchés financiers se trouve en Italie essentiellement exercée par la CONSOB et la Banca d'Italia (arrêt du TF 2A.83/2000 du 28 juin 2000 consid. 7 d/cc publié in: Bulletin CFB 41 p. 94; cf. Thierry Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, thèse Lausanne 1998, p. 169-171; voir également le décret-loi italien n° 58 du 24 février 1998 intitulé *Testa unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* au sens des art. 8 et 21 de la loi n° 52 du 6 février 1996). Cette dernière constitue au demeurant également une autorité de surveillance des marchés financiers à laquelle la FINMA accorde l'entraide administrative internationale.

Ce grief doit par conséquent aussi être rejeté.

(...)

Dispositif