Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour II
B-2921/2008/scl
{T 0/2}

Arrêt du 17 juillet 2008

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège), Hans-Jacob Heitz, Claude Morvant, juges ;
Pascal Richard, greffier.

Parties

1. **X.**_____ **SA**,
2. **Y.**_____,
tous deux représentés par Maître Jean-Charles Roguet, avocat, 65, rue du Rhône, case postale 3199, 1211 Genève 3,
recourants,

contre

Commission fédérale des banques CFB,
Schwanengasse 12, Case postale, 3001 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :

A.

A.a A._____ est une société française active notamment dans la conception et le développement de serveurs et logiciels. Elle est cotée sur le marché Euronext Paris. Le matin du 26 juillet 2007, le site internet www.n._____.fr a publié une information selon laquelle le groupe américain B._____ serait en discussion avancée avec A._____ en vue d'un rachat de celle-ci. Il était précisé que B._____ était conseillé dans cette opération par la banque d'affaires C._____ ainsi que le cabinet d'avocats D._____ et devrait déposer son offre de rachat au début du mois d'août 2007, celle-ci devant porter sur une somme de 720 millions d'euros, soit un cours de EUR 7.5 par action A._____ représentant une prime de 40 % par rapport au cours moyen du mois de juillet 2007.

Durant la deuxième partie du mois de juillet 2007, le titre A._____ a subi une forte progression passant de EUR 4.92, le 16 juillet 2007, à EUR 6.-, le 30 juillet 2007. En date du 1er août 2007, le PDG de A._____ a infirmé les rumeurs de rachat ; il a souligné que la société ne menait aucune discussion avec B._____ et n'avait reçu aucune offre de cette société. Le 2 août 2007, un quotidien français a publié un article confirmant que la rumeur de rachat était fantaisiste.

L'augmentation du cours du titre A._____ à la suite des rumeurs de rachat a attiré l'attention de l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF) qui a noté des mouvements importants sur le titre durant la fin du mois de juillet 2007. Ses investigations lui ont permis de découvrir que, parmi les intervenants sur le titre durant cette période, la banque E._____ à Zurich avait – par l'intermédiaire de F._____ – procédé, en date des 16 et 19 juillet 2007, à l'acquisition de respectivement 200'000 titres A._____ à EUR 4.92 et 139'396 titres à EUR 5.30 puis à la vente, le 26 juillet 2007, de 339'396 titres à EUR 5.85 et 200'000 titres à EUR 5.94.

L'AMF a ouvert une enquête afin de s'assurer que les transactions en cause n'ont pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée et à la diffusion d'une fausse information.

A.b G._____ est une société propriétaire et gestionnaire de centres commerciaux en Europe continentale. Elle est cotée sur le marché Euronext Amsterdam N.V. ainsi qu'à la bourse de Francfort. Le 10 avril 2007, G._____ et H._____ ont communiqué publiquement l'intention d'unir leur deux sociétés pour créer le leader européen dans l'immobilier commercial, la fusion devant être mise en oeuvre par un échange d'actions. H._____ a offert 0.53 de ses actions, évaluées à EUR 235.5, pour chaque action de G._____ évaluée à EUR 124.8. Cette offre représentait une prime de 15 % par rapport au cours moyen pondéré de H._____ et de G._____ durant le mois précédant le 5 avril 2007.

La Netherlands Authority for the Financial Markets (ci-après : AFM) a noté que, parmi les intervenants sur le titre G._____ avant la publication du communiqué, figurait la banque E._____ à Zurich. Elle a ouvert une enquête afin de déterminer si les transactions en question n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée.

A.c I._____ est une société active dans le domaine pharmaceutique cotée sur le marché NASDAQ. Le 2 mars 2007, J._____ SA a annoncé publiquement un accord tendant à l'acquisition de I._____, son offre s'élevant à USD 16.- par action. À la suite de cette annonce, le cours du titre I._____ a clôturé à USD 15.53, soit une appréciation de 21 % par rapport au cours de clôture du jour précédent à USD 12.79.

La forte progression du titre I._____ dans les deux semaines qui ont précédé l'annonce de fusion du 2 mars 2007 a attiré l'attention de la Securities and Exchange Commission américaine (ci-après : SEC). Le cours de I._____ est en effet passé de USD 10.42, le 12 février 2007, à USD 12.79, le 1er mars 2007. Parmi les intervenants sur le titre durant cette période, la SEC a noté que la banque E._____ à Zurich, avait procédé entre le 16 février 2007 et le 1er mars 2007 à l'acquisition de 365'000 titres I._____ à des cours entre USD 10.95 et USD 12.52 qu'elle a revendus, le 2 mars 2007, à USD 15.54.

La SEC a ouvert une enquête afin de s'assurer que les transactions en cause n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux

dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée.

B.

B.a Par courrier du 17 août 2007, l'AMF a sollicité l'assistance administrative de la Commission fédérale des banques (CFB) afin d'obtenir la confirmation des transactions effectuées sur le titre A._____, l'identité et l'adresse de la personne ayant passé les ordres y relatifs ainsi que celles des bénéficiaires finaux pour le compte desquels les transactions ont été opérées.

Donnant suite à cette demande, la CFB a demandé, par courrier du 27 août 2007, à la banque E._____ de lui transmettre les informations sollicitées par l'AMF.

Le 11 septembre 2007, la banque E._____ a informé la CFB que les transactions en cause avaient toutes été ordonnées par le gérant de fortune externe K._____ à Genève et effectuées pour le compte de clients de celui-ci lequel dispose d'un pouvoir de gestion sur les 20 comptes concernés.

Parmi les 200'000 titres A._____ acquis le 16 juillet 2007, sur ordre de K._____, 25'000 titres acquis à EUR 4.9205 ont été attribués au compte de la société X._____ SA. L'ayant droit économique de X._____ SA est Y._____. Celui-ci est membre du conseil d'administration de K._____ depuis la constitution de la société et dispose de la signature individuelle depuis le 6 octobre 2005. La valeur totale des titres acquis par X._____ SA s'élevait à EUR 123'013.-. Ils ont été revendus le 26 juillet 2007 à EUR 5.8909 par titre, représentant une valeur totale de EUR 146'273.-. X._____ SA a ainsi réalisé un profit de EUR 23'260.-.

Par courrier du 17 septembre 2007, la CFB a invité K._____ à se déterminer sur la requête d'entraide de l'AMF, lui demandant en particulier si elle renonçait ou non à une décision formelle sur la transmission des informations à l'autorité administrative requérante.

Par écritures du 28 septembre 2007, K._____ a confirmé avoir passé les ordres en question précisant que 30'000 titres avaient été acquis pour son propre compte, le reste pour le compte de 19 clients

ayant tous signé un mandat de gestion discrétionnaire en sa faveur. K._____ a accepté la transmission des informations la concernant mais s'est opposée à la transmission de celles relatives à ses clients. À cet égard, elle a indiqué : qu'elle suivait le titre A._____ en raison de rumeurs de regroupement dans le secteur informatique, que les acquisitions avaient été initiées sur la base d'une analyse de la banque L._____ ainsi qu'à la suite d'une hausse simultanée du cours et des volumes, que l'investissement dans le titre A._____ était cohérent avec ses pratiques habituelles, qu'elle n'avait été en contact avec aucune des personnes en cause dans cette affaire, de même, aucun de ses clients n'avait été au courant ou à l'origine des transactions effectuées. Dans un courrier du 16 octobre 2007, K._____ a corrigé cette dernière affirmation en précisant qu'aucun des clients en question n'était au courant des achats et ventes de titres A._____ et n'avait été à l'origine de ces transactions (en dehors de la direction opérationnelle de K._____ composée exclusivement de son administrateur délégué en vertu d'un règlement d'organisation voté en conseil d'administration le 31 janvier 2006, Z._____ étant l'administrateur délégué de la société).

Avec l'accord de K._____, la prise de position a été transmise par la CFB à l'AMF par courrier du 18 octobre 2007 sans indiquer le nom des clients.

B.b Par courrier du 6 septembre 2007, l'AFM a sollicité l'assistance administrative de la CFB afin d'obtenir la confirmation des transactions effectuées sur le titre G._____ par l'intermédiaire de la banque E._____ pour la période entre le 19 mars 2007 et le 13 avril 2007 – en précisant le prix, la taille et la nature des transactions –, l'identité et l'adresse des clients pour le compte desquels les ordres y relatifs ont été passés – en précisant le prix, la taille et la nature des transactions – ainsi que les documents permettant d'identifier les bénéficiaires finaux pour le compte desquels les transactions ont été effectuées.

Le 13 septembre 2007, la CFB a demandé à la banque E._____ de lui transmettre les informations sollicitées par l'AFM.

Par courrier du 20 septembre 2007, la banque E._____ a répondu qu'elle avait acquis le 5 avril 2005 10'000 actions G._____ à EUR 105.7423, soit pour un montant de EUR 1'057'423.-, qu'elle avaient revendues le 10 avril 2007 à EUR 120.4517, soit pour un

montant total de EUR 1'204'517.-. Elle a indiqué que ces transactions avaient toutes été ordonnées par un gestionnaire de fortune externe, K._____, pour le compte des clients de celui-ci lequel dispose d'un pouvoir de gestion sur les 15 comptes concernés.

Parmi le 10'000 titres G._____ acquis le 5 avril 2007 sur ordre de K._____, 1'500 titres à EUR 105.7423 ont été attribués au compte de X._____ SA. La valeur totale des titres acquis par celle-ci s'élevait à EUR 158'613.-. Les 1'500 titres ont été revendus le 10 avril 2007 à EUR 120.4517, représentant une valeur totale de EUR 180'678.-. Le profit s'est donc élevé à EUR 22'065.-.

Par courrier du 26 septembre 2007, la CFB a invité K._____ à se déterminer sur la requête d'entraide de l'AFM, lui demandant en particulier si elle renonçait ou non à une décision formelle sur la transmission des informations à l'autorité administrative requérante.

Par écritures du 11 octobre 2007, K._____ a confirmé avoir ordonné les transactions en cause, précisant que 1'500 actions avaient été acquises pour son compte propre et le reste pour le compte de quatorze clients ayant tous signé un mandat de gestion discrétionnaire en sa faveur. K._____ a accepté la transmission des informations la concernant mais s'est opposée à la transmission de celles relatives à ses clients. À cet égard, elle a indiqué : qu'elle suivait le secteur des foncières immobilières car faisant l'objet d'un vaste mouvement de concentration, que sa décision d'investissement avait été dictée par une note interne et s'avérait cohérente avec ses pratiques habituelles, qu'elle avait acquis des quantités équivalentes de titres G._____ en mars 2006 revendus en mai 2006, qu'elle n'avait pas été en contact avec des personnes proches de G._____ ou de H._____ et qu'aucun de ses clients n'était employé par l'une de ces organisations ni n'était au courant ou à l'origine des transactions en cause (en dehors de la direction opérationnelle de K._____ composée exclusivement de son administrateur délégué en vertu d'un règlement d'organisation voté en conseil d'administration le 31 janvier 2006).

Avec l'accord de K._____, la prise de position a été transmise par la CFB à l'AFM par courrier du 17 octobre 2007 sans indiquer le nom des clients.

B.c Par courrier du 26 septembre 2007, la SEC a sollicité l'assistance administrative de la CFB afin d'obtenir les informations suivantes : l'identité des personnes ayant passé les ordres sur le titre I._____ par l'intermédiaire de la banque E._____ entre le 16 février et le 2 mars 2007 et celle des bénéficiaires finaux pour le compte desquels les transactions ont été effectuées, les éventuels autres comptes de la banque E._____ au moyen desquels celle-ci aurait procédé à des transactions sur le titre I._____ entre le 1er février 2007 et le 15 mars 2007 et l'identité des personnes ayant pouvoir sur ces comptes, les relevés mensuels des comptes concernés qui établissent les positions sur le titre I._____ pour la période du 1er février 2007 au 15 mars 2007, ainsi que les gains et les pertes et les documents préparés par l'institution financière concernant son suivi du titre I._____.

Le 11 octobre 2007, la CFB a demandé à la banque E._____ de lui transmettre les informations sollicitées par la SEC.

Par courrier du 15 octobre 2007, la banque E._____ a répondu à la CFB qu'elle avait acquis les 19, 22 et 28 février 2007 respectivement 200'000 titres I._____ à USD 10.95, 145'000 à USD 12.523 et 25'800 à USD 13.073. Elle a indiqué avoir revendu les 370'800 titres le 5 mars 2007 à USD 15.535. Elle a, en outre, signalé que ces transactions ont toutes été ordonnées par un gestionnaire de fortune externe, K._____, pour le compte de clients de celui-ci lequel dispose d'un pouvoir de gestion sur les 16 comptes concernés.

Parmi les 200'000 et 145'000 titres I._____ acquis sur ordre de K._____ respectivement les 19 et 22 février 2007, 15'000 titres à USD 10.95 et 5'000 à USD 12.523 ont été attribués au compte de X._____ SA. La valeur totale des titres acquis par celle-ci s'élevait à USD 226'865.-. Les 20'000 titres ont été revendus le 5 mars 2007 à USD 15.535 par titre, représentant une valeur totale de USD 310'700.-, engendrant un profit de USD 83'835.-.

Par courrier du 2 novembre 2007, la CFB a invité K._____ à se déterminer sur la requête d'entraide de la SEC, lui demandant en particulier si elle renonçait ou non à une décision formelle sur la transmission des informations à l'autorité administrative requérante.

Par écritures du 13 novembre 2007, K._____ a confirmé avoir passé les ordres faisant l'objet de la requête de la SEC, précisant qu'un

partie des transactions avaient été effectuées pour son compte propre (12'000 actions) et pour le compte de l'administrateur délégué (11'500 actions + stratégie en options) tandis que le solde avait été ordonné pour le compte de 14 clients ayant tous signé un mandat de gestion discrétionnaire en sa faveur. K._____ a accepté la transmission des informations la concernant mais s'est opposée à la transmission des celles relatives à ses clients. À cet égard, elle a indiqué : qu'elle suivait l'action I._____ depuis la mi-janvier dès lors que sa direction avait annoncé l'examen d'alternatives stratégiques et qu'elle faisait partie d'une industrie en phase de consolidation, que sa décision d'investissement avait été dictée par une note interne, par les résultats trimestriels de I._____ ainsi que par une analyse de M._____, que l'investissement s'avérait cohérent avec ses pratiques habituelles, qu'elle n'avait pas été en contact avec des personnes proches de I._____ ou de J._____ SA et qu'aucun de ses clients n'était employé par l'une de ces organisations ni n'était au courant ou à l'origine des transactions en cause (en dehors de la direction opérationnelle de K._____ composée exclusivement de son administrateur délégué en vertu d'un règlement d'organisation voté en conseil d'administration le 31 janvier 2006).

Avec l'accord de K._____, la prise de position a été transmise par la CFB à la SEC par courrier du 21 novembre 2007.

C.
Sur la base des informations reçues de K._____, la CFB a invité X._____ SA, en date du 25 janvier 2008, à se déterminer au sujet des requêtes d'entraide de l'AMF, de l'AFM et de la SEC, lui demandant en particulier si elle renonçait ou non à une décision formelle sur la transmission des informations récoltées aux autorités administratives requérantes.

D.
Par courrier du 18 février 2008, X._____ SA s'est opposée à la transmission d'informations la concernant aux autorités administratives requérantes et a renvoyé aux explications fournies par K._____.

E.
Par décision du 21 avril 2008, la CFB a accordé l'entraide administrative à l'AMF, à la l'AFM et à la SEC et a accepté de leur transmettre les informations relatives aux transactions opérées pour le

compte de X._____ SA tout en rappelant expressément que ces informations ne devaient être utilisées qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières. De plus, il a été précisé que leur utilisation ou leur transmission à d'autres fins, y compris pénales, ne pouvait se faire qu'avec l'assentiment préalable de la CFB.

F.

Par mémoire du 5 mai 2008, X._____ SA et Y._____ ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Les recourants ont conclu avec suite de dépens principalement à l'annulation des chiffres 2 à 4 de la décision entreprise. Subsidiairement, ils requièrent son annulation dans la mesure où est communiqué aux autorités requérantes l'ayant droit économique de X._____ SA. À l'appui de leurs conclusions, ils font valoir une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents dès lors que l'autorité inférieure a retenu que K._____ s'était ravisée en précisant que seule sa direction opérationnelle était au courant et à l'origine des transactions en cause. À cet égard, ils indiquent que K._____ ne s'est nullement ravisée mais qu'il s'agit d'une précision ou d'une correction à la demande expresse de la CFB. De plus, ils invoquent que X._____ SA et son ayant droit économique revêtent la qualité de tiers non-impliqué dans la mesure où ils ont confié un mandat de gestion discrétionnaire à K._____. Ils ajoutent que, si Y._____ est bien membre du conseil d'administration de K._____, il n'intervient aucunement dans la gestion de celle-ci, précisant que l'administrateur délégué se considère comme le seul organe de K._____ dès lors que la gestion effective de la société lui a été confiée. En outre, ils expliquent la simultanéité des enquêtes concernant le même client par la stratégie d'investissement de K._____ et précisent que Y._____ n'est pas actif dans le domaine de la finance. Par ailleurs, ils invoquent que les autorités requérantes n'ont pas exigé davantage que ce qu'elles ont reçu de la CFB avec l'accord de K._____. Ils estiment, en conséquence, que la transmission d'informations les concernant s'avérerait disproportionnée. Enfin, ils invoquent une violation du droit d'être entendu dans la mesure où la CFB n'a pas requis la production du règlement d'organisation de K._____ ni entendu les parties quant à l'organisation de la direction opérationnelle de K._____.

G.
Dans sa réponse du 3 juin 2008, l'autorité inférieure a conclu à l'irrecevabilité du recours de Y._____ ainsi qu'au rejet du recours de X._____ SA avec suite de frais.

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.

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

1.2 À teneur de l'art. 38 al. 5 LBVM, la décision de l'autorité de surveillance de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de 10 jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Demeurent réservées les exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF.

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur les présents recours.

1.3 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11 et 52 al. 1 PA de même que l'art. 38 al. 5 LBVM), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

1.4 S'agissant de la qualité pour recourir, il sied de l'examiner de manière séparée pour chacun des recourants dans la mesure où seule X._____ SA est destinataire de la décision entreprise. De plus, dans sa réponse, l'autorité inférieure a dénié la qualité pour recourir à Y._____.

1.4.1 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). 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.

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

1.4.3 Y._____ est l'ayant droit économique de X._____ SA. Or, selon la jurisprudence, 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 (cf. ATF 127 II 323 consid. 3b/cc ; ATF 125 II 65 consid. 1 et les références citées). 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 (cf. arrêt du TF 1A.10/2000 du 18 mai 2000 consid. 1e). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce dès lors que X._____ SA a entrepris la décision du 21 avril 2008 rendue par la CFB.

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que Y._____ n'a pas la qualité pour recourir contre la décision entreprise. Partant, son recours doit être déclaré irrecevable.

2.

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

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

(let. a ; principe de la spécialité) ;

- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b ; exigence de la confidentialité).

Selon l'art. 38 al. 6 LBVM, l'autorité de surveillance 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.

2.2 Comme la jurisprudence a eu l'occasion de le constater à maintes reprises, la modification de l'art. 38 LBVM, entrée en vigueur le 1er février 2007, assouplit le principe de la confidentialité et supprime, dans le cadre du principe de la spécialité, celui 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. Pour le reste, les règles de l'ancien art. 38 LBVM ainsi que la jurisprudence y relative restent valables (arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1, arrêt du TF 2A.266/2006 du 8 février 2007 consid. 3.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 3 ; Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [ci-après : Message], FF 2004 6341 ss).

Ainsi, la retransmission par l'autorité requérante à une autre autorité ne présuppose plus l'assentiment préalable de la CFB pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, c'est-à-dire qu'elle respecte le principe de la spécialité. Ce principe exclut que les informations transmises dans le but précité soient utilisées en particulier à des fins fiscales (Message, p. 6357 s.).

2.3 Aux termes de l'art. 38 al. 4 LBVM, l'autorité de surveillance respecte le principe de la proportionnalité. Le nouveau droit a ainsi inscrit ce principe dans la loi, en prenant en compte "l'application différenciée" que la jurisprudence du Tribunal fédéral en a faite

(Message, p. 6360). Selon la jurisprudence, l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'État requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de ce dernier. L'État requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves déterminées dans la procédure menée à l'étranger, de sorte que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve ("fishing expedition" ; ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit., arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

3.

3.1 L'AMF est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. Ses membres et agents sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues dans le cadre pénal, de sorte que l'exigence de confidentialité imposée à l'art. 38 al. 2 LBVM est respectée (arrêt du TF 2A.603/2006 du 21 décembre 2006 consid. 3, ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 323 consid. 4, ATF 126 II 86 consid. 3b ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 3). Le Tribunal fédéral a également jugé qu'elle présentait des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité (ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 142 consid. 6c, ATF 126 II 86 consid. 3b et 7 ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 3 ; arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 3).

3.2 L'AFM est également une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. En effet, le Tribunal fédéral a confirmé que la Stiching Toezicht Effectenverkeer (ci-après : STE), à laquelle l'AFM s'est substituée, remplissait les exigences de spécialité et de confidentialité imposées à l'art. 38 al. 2 LBVM (arrêt du TF

2A.434/2001 du 15 février 2002 consid. 3). De plus, dans sa requête d'entraide, l'AFM se réfère expressément à l'échange de lettres entre la CFB et la STE – dont elle reprend les assurances données quant aux exigences de confidentialité et de spécialité – et s'engage explicitement à ne pas retransmettre d'informations à des autorités tierces sans l'accord de la CFB.

3.3 S'agissant de la SEC, le Tribunal fédéral a récemment confirmé qu'elle satisfaisait pleinement aux exigence de confidentialité et de spécialité de l'art. 38 al. 2 LBVM (arrêt du TF 2A.13/2007 du 3 septembre 2007 consid. 5 et les références citées). Elle constitue donc également une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de dite disposition légale.

4.
La recourante se plaint, à titre liminaire, d'une violation du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) ainsi qu'aux art. 29 ss PA. Elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir requis la production du règlement d'organisation de K._____ et de ne pas avoir entendu les parties au sujet de l'organisation de la direction opérationnelle de K._____.

4.1 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 V 368 consid. 3.1). En effet, le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui portent atteinte à sa situation juridique (ATF 122 I 53 consid. 4a, ATF 122 I 109 consid. 2a, ATF 114 Ia 97 consid. 2a et les réf. cit.). Plus précisément, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu confère aux parties le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise ; si cette règle s'applique sans restriction pour les questions de fait, il est admis que, pour ce qui est de la qualification juridique, elle ne vaut que dans l'hypothèse où une partie change inopinément son point de vue juridique ou lorsque l'autorité a l'intention de s'appuyer sur des

arguments juridiques inconnus des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption (ATF 124 I 49 consid. 3c).

4.2 En l'espèce, il ressort de l'état des faits présenté que la recourante a été invitée à se déterminer sur la transmission des informations aux autorités requérantes. S'agissant de la production du règlement d'organisation de K._____, il sied de relever que la CFB a certes constaté, à plusieurs reprises, que ledit règlement n'avait pas été produit par la recourante. Toutefois, dans sa motivation, la CFB ne conteste ni l'allégation de K._____ s'agissant de la composition formelle de sa direction opérationnelle, ni la teneur dudit règlement telle qu'elle a été rapportée par K._____. De plus, lorsqu'elle signale qu'il est peu vraisemblable que Y._____, en qualité de membre du conseil d'administration, n'ait pas été consulté en vue d'effectuer les transactions litigieuses, elle procède à une appréciation des faits pour laquelle, en vertu de la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 4.1), la recourante ne saurait revendiquer le droit à être entendu préalablement. Enfin, en tout état de cause, si une violation devait être reconnue, celle-ci s'avérerait de toute façon guérie par la présente procédure de recours dans la mesure où l'échange d'écritures a permis à la recourante de se déterminer sur ces éléments. Le grief de la violation du droit d'être entendu est donc dénué de pertinence.

5.
La recourante invoque également une constatation incomplète et inexacte des faits dès lors que l'autorité inférieure a retenu que K._____ s'était ravisée en précisant que seule sa direction opérationnelle était au courant et à l'origine des transactions en cause. Elle signale que K._____ ne s'est nullement ravisée mais qu'il s'agit d'une précision voire d'une correction à la demande expresse de la CFB.

En l'espèce, il sied de constater que l'utilisation du verbe « raviser » en lieu et place de « préciser » ou « corriger », n'est pas de nature à modifier l'appréciation des faits par l'autorité inférieure, comme elle le signale dans sa réponse. En effet, peu importe le verbe utilisé, il n'en demeure pas moins que K._____ a complété son allégation en indiquant que seule la direction opérationnelle était au courant et à l'origine des transactions litigieuses. Le verbe utilisé par l'autorité inférieure dénote très vraisemblablement une appréciation sur le comportement de K._____ mais ne saurait pour autant consister en

une inexactitude.

Dans ces circonstances, force est d'admettre que l'autorité inférieure n'a pas constaté de manière inexacte et incomplète les faits en indiquant que K._____ s'était ravisée dans son courrier du 16 octobre 2007.

6.
La recourante invoque ensuite une violation de l'art. 38 al. 4 LBVM ainsi que du principe de la proportionnalité dans la mesure où elle n'a pas été impliquée dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête. À cet égard, elle avance avoir donné un mandat clair et écrit de gestion de fortune discrétionnaire à K._____ ; en outre, Y._____, son ayant droit économique, n'aurait pas été informé ni n'aurait participé aux décisions d'investissement litigieuses. Elle précise pour le surplus que Y._____ n'intervient nullement dans la gestion de K._____ et que, en sa qualité de membre du conseil d'administration, il participe uniquement aux réunions de celui-ci qui ont lieu une fois par an avant l'assemblée générale.

6.1 A titre liminaire, force est d'admettre que les transactions litigieuses ont eu lieu durant des périodes sensibles et constituent dès lors des indices suffisants de nature à fonder un soupçon initial au sens de la jurisprudence (ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit., ATF 126 II 409 consid. 5a, ATF 125 II 65 consid. 6b/aa ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1, arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1, arrêt du TAF du B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas. Dans ces circonstances, les autorités requérantes pouvaient légitimement demander à la CFB des précisions sur les transactions en cause.

6.2 S'agissant de la qualité de tiers non impliqué revendiquée par la recourante, il sied de relever que, à teneur de l'art. 38 al. 4 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 (arrêt du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.2 ; ATF 126 II 126 consid. 6a/bb). En revanche, la transmission de données concernant

les 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 (arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 ; ATF 127 II 323 consid. 6b/aa ; arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a posé l'exigence d'un rapport de gestion de fortune clair, écrit et sans équivoque afin d'éviter les difficultés et les malentendus dans la détermination de manière précise des relations entre les personnes en cause (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.2). Il appartient toutefois au client concerné de démontrer qu'il n'a nullement été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions en cause, celles-ci ayant été effectuées à son insu dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire (ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1, arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1).

6.3 En l'espèce, les transactions litigieuses ont été ordonnées par K._____ en vertu d'un mandat écrit de gestion discrétionnaire confié par X._____ SA. Il convient cependant d'examiner si aucune autre circonstance n'indique que celle-ci ou son ayant droit économique, Y._____, pourrait avoir été mêlés d'une manière ou d'une autre aux transactions litigieuses. Y._____ est membre du conseil d'administration de K._____ avec pouvoir de signature individuelle. 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.

6.4 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il n'est pas manifeste que Y._____ n'a pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons des autorités requérantes et que, dès lors, la

transmission d'informations le concernant ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

7.
Enfin, la recourante fait valoir que les autorités requérantes ont reçu de l'autorité inférieure la prise de position de K._____ et n'ont pas demandé la transmission d'informations supplémentaires. Elle estime en conséquence qu'il ne se justifie pas de leur remettre des informations révélant son identité ainsi que celle de son ayant droit économique. Or, le Tribunal fédéral a, à réitérées reprises, reconnu que la CFB est habilitée à fournir spontanément des informations en lien direct avec une requête d'assistance, savoir même en l'absence d'une demande spécifique (ATF 126 II 409 consid. 6c/aa, ATF 125 II 65 consid. 7 ; arrêt du TF 2A. 162/2001 du 10 juillet 2001 consid. 4c). En l'espèce, les informations que l'autorité inférieure a décidé de transférer aux autorités requérantes sont directement liées à leurs demandes d'assistance puisqu'elles concernent une partie des transactions objet des trois requêtes. Elles peuvent donc être transmises même en l'absence d'une demande expresse.

8.
Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours de X._____ SA doit être rejeté.

9.
Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 3'500.-, doivent être intégralement mis à leur charge,

soit Fr. 2'500.- à charge de X._____ SA et Fr. 1'000.- à charge de Y._____ dans la mesure où, pour ce dernier, l'examen de son recours se limite à la question de la recevabilité. Ils seront prélevés sur les deux avances de frais de chacune Fr. 2'500.- versées par les recourants. Le solde de Fr. 1'500.- est restitué à Y._____.

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

10.
Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours de Y._____ est irrecevable.

2.
Le recours de X._____ SA est rejeté.

3.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 3'500.-, sont mis à la charge des recourants, soit Fr. 2'500.- à charge de X._____ SA Investment SA et Fr. 1'000.- à charge de Y._____. Ce montant est compensé par les deux avances de frais déjà versées de Fr. 2'500.- chacune. Le solde de Fr. 1'500.- est restitué à Y._____.

4.
Il n'est pas alloué de dépens.

5.
Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Recommandé ; annexes en retour)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 2008-03-11/226 ; Recommandé ; dossier en retour)

Le Président : Le Greffier :

Jean-Luc Baechler Pascal Richard

Expédition : 21 juillet 2008