Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-5952/2011

Arrêt du 20 janvier 2012

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Stephan Breitenmoser et Ronald Flury, juges ;
Fabienne Masson, greffière.

Parties

X._____,
représenté par Maître Rodrigue Sperisen, avocat,
recourant,

contre

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :

A.
A._____ est une société française cotée sur le marché EURONEXT Paris active dans le domaine (…). Le 31 mars 2010, elle a annoncé que B._____ avait l'intention de déposer un projet d'offre publique amicale sur les actions A._____ avant la fin du mois d'avril 2010. (…).

Par communiqué du 19 mai 2010, A._____ et C._____ ont annoncé que cette dernière avait l'intention de déposer, avant le 21 mai 2010, un projet d'offre publique d'achat des titres A._____ (…) ; ledit communiqué précisait également que ce projet avait été approuvé par le conseil d'administration de A._____. Le 20 mai 2010, le titre a progressé de 29% (…) pour s'aligner sur le prix offert par C._____.

Cette augmentation a attiré l'attention de l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF). Elle a constaté que parmi les intervenants sur le titre A._____ juste avant l'annonce du 19 mai 2010, certaines transactions avaient été réalisées par la société D._____ SA, à E._____.

L'AMF a ouvert une enquête pour s'assurer que 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.

B.
Par courrier du 25 janvier 2011, l'AMF a sollicité l'assistance administrative de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) afin d'obtenir le détail de toutes les transactions effectuées sur le titre A._____ entre le 1er mars 2010 et le 28 mai 2010, l'identité précise du ou des bénéficiaires finaux pour le compte desquels ces transactions ont été opérées et celle du ou des donneurs d'ordre ainsi que les motivations précises ayant conduit à la réalisation des transactions ; en outre, elle a souhaité connaître, pour chacun des clients, la date à laquelle ils ont investi dans les titres concernés pour la première fois, la quantité desdits titres et leur pourcentage par rapport à l'ensemble du portefeuille au 30 mars 2010 et au 18 mai 2010 de même que les documents d'ouverture de compte.

Donnant suite à cette demande, la FINMA a, par courrier du 31 janvier 2011, demandé à D._____ SA de lui transmettre les informations et documents sollicités par l'AMF.

Par courrier du 2 mars 2011, D._____ SA a transmis à la FINMA les informations et les documents requis. Il en ressort que, durant la période considérée, un certain nombre de transactions sur le titre A._____ a été effectué pour le compte de X._____, domicilié à F._____, sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire ; que le premier investissement dans A._____ date du 14 mai 2010 ; que l'investissement de 26'000 titres A._____ réalisé entre le 14 et le 17 mai 2010 représente 2.5 % du portefeuille de X._____ géré par D._____ SA ; que le 20 mai 2010, il n'en possédait plus aucune.

Par courrier du 13 juillet 2011, la FINMA a prié D._____ SA d'informer son client et de l'inviter à se déterminer sur la requête d'entraide administrative de l'AMF.

En date du 18 août 2011, X._____ a déclaré s'opposer à la transmission des informations à l'autorité requérante au motif qu'il ne s'avérait manifestement pas impliqué dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête, ayant conclu un mandat de gestion discrétionnaire. En outre, il a considéré que les événements liés à l'affaire des données volées auprès de HSBC à Genève seraient de nature à remettre en cause les engagements pris par l'AMF quant à l'application des principes de confidentialité et de spécialité.

Invité à se déterminer une nouvelle fois à la suite du courrier de l'AMF du 25 août 2011 l'informant de son intention d'accorder l'entraide, X._____ a, le 22 septembre 2011, maintenu sa position et requis la notification d'une décision formelle.

C.
Par décision du 14 octobre 2011, la FINMA a accordé l'entraide administrative à l'AMF et a accepté de lui transmettre les informations remises par D._____ SA tout en rappelant expressément que celles-ci devaient 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. De plus, il a été précisé que leur utilisation ou leur transmission à d'autres fins ne pouvait se faire qu'avec l'assentiment préalable de la FINMA.

D.
Par mémoire du 27 octobre 2011, mis à la poste le même jour, X._____ (ci-après : le recourant) a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Il requiert préalablement l'audition par ledit

Tribunal de G._____, de D._____ SA, ainsi que la production par la FINMA des garanties obtenues du gouvernement français en février 2010. En outre, il conclut principalement, sous suite de dépens, à l'admission du recours et à l'annulation de la décision querellée. A titre subsidiaire, il sollicite la condamnation de l'autorité inférieure à obtenir des garanties complémentaires de l'AMF quant au respect des principes de spécialité et de confidentialité de même que la suspension de la transmission des données le concernant jusqu'à l'obtention desdites garanties ; plus subsidiairement, il demande qu'il soit ordonné à la FINMA de joindre à la transmission à l'AMF le courrier de D._____ SA du 2 mars 2011.

A l'appui de ses conclusions, le recourant reproche en premier lieu à l'autorité inférieure de ne pas l'avoir considéré comme un tiers non impliqué, rappelant, d'une part, la jurisprudence rendue en la matière tant par le Tribunal fédéral que par le Tribunal administratif fédéral et, d'autre part, l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire en faveur de D._____ SA. Il estime en outre que le comportement du gouvernement français dans l'affaire des données volées auprès de HSBC à Genève se révélait de nature à remettre en cause la validité des engagements pris par l'AMF envers la FINMA dès lors que ledit gouvernement avait passé outre les protestations du gouvernement suisse en transmettant les données illégalement obtenues à des pays tiers.

E.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet au terme de ses remarques responsives du 25 novembre 2011. S'agissant du grief du recourant relatif à sa qualité de tiers non impliqué, elle relève que, malgré l'existence d'un mandat de gestion en faveur de D._____ SA, le recourant n'aurait pas été en mesure de lever les doutes subsistant sur sa non-implication dans les transactions en cause. Elle retient que le recourant apparaît comme un homme d'affaires et investisseur avisé se préoccupant des investissements réalisés au moyen de sa fortune et à même de les influencer fortement. Elle souligne qu'il a déjà été impliqué dans une procédure d'entraide pour délit d'initié engagée par l'AMF, ce qui attesterait de sa présence régulière sur les marchés financiers. Elle demande en outre au Tribunal de céans de ne pas donner suite à la demande d'audition de G._____. Par ailleurs, l'autorité inférieure réitère que l'AMF remplit toutes les conditions liées en particulier au principe de confidentialité. Elle ajoute que la présente cause concerne l'assistance administrative en matière boursière et non fiscale de sorte que les circonstances qui ont entouré la conclusion de la

convention de double imposition avec la France – notamment les clarifications de février 2010 et les garanties éventuellement présentées à cet égard – ne s'avèrent pas pertinentes en l'espèce. Elle note que la procédure ne se fonde pas sur des données volées mais sur la surveillance du marché exercée par l'AMF dont celle-ci détient la compétence. Elle déclare qu'il appartient au recourant d'apporter la preuve d'éventuels manquements de l'AMF à ses engagements. Enfin, elle précise ne pas avoir d'objection à transmettre à l'AMF, en sus des données relatives au recourant, la lettre de D._____ SA du 2 mars 2011.

F.
Le 13 décembre 2011, le recourant a persisté dans ses conclusions.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

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

1.1. À teneur de l'art. 38 al. 5 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1), 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.

L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) 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. Le recourant, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint 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.
À la lecture du dossier, il existe une incertitude quant à l'orthographe correcte du prénom du recourant. Si la FINMA a retenu « X._____ », le mandataire du recourant a, sous réserve de quelques exceptions, généralement écrit « X._____ ». Cela étant, le mandat de gestion en faveur de D._____ SA – seule pièce versée au dossier signée de la main du recourant – le présente orthographié de la même manière que l'a fait la FINMA. Dans ces circonstances, le Tribunal de céans s'en tient à cette orthographe également.

3.
La LBVM et la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1) entrée en vigueur le 1er janvier 2009 contiennent chacune leur propre réglementation relative à l'entraide à l'encontre des autorités étrangères de surveillance (art. 38 LBVM et art. 42 LFINMA). Les dispositions de la LFINMA se révèlent toutefois subsidiaires à celles des autres lois – spéciales – sur les marchés financiers (art. 2 LFINMA ; cf. message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers [FF 2006 2741, spéc. 2760]). En conséquence, l'art. 38 LBVM se présente comme une lex specialis et trouve application pour le cas d'espèce (cf. ATAF 2011/14 consid. 3, arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7107/2009 du 15 février 2010 consid. 2).

4.
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).

Il sied de souligner à ce stade que le principe de la spécialité exclut que les informations transmises par le biais de l'entraide administrative en matière boursière soient utilisées en particulier à des fins fiscales (cf. 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 [FF 2004 6341 ss, spéc. 6357 s.] ; DOUGLAS HORNUNG, Entraide administrative internationale – La mise en œuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence, in : Pratique juridique actuelle [PJA] 2001 p. 548).

Par ailleurs, l'art. 38 al. 4 LBVM prescrit que la procédure d'assistance administrative est menée avec diligence ; la FINMA respecte le principe de la proportionnalité.

5.

Le recourant ne conteste pas que l'AMF constitue une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM. Il estime en revanche qu'elle ne respecte plus les principes de confidentialité et de spécialité depuis l'affaire des données volées auprès de HSBC à Genève. Selon lui, il n'a pas été établi que le gouvernement suisse aurait obtenu les garanties suffisantes complémentaires de la France. Il conclut à ce que le Tribunal administratif fédéral enjoigne l'autorité inférieure de le renseigner sur l'étendue des garanties reçues permettant de continuer à considérer l'AMF comme un partenaire digne de confiance. À défaut, il demande la suspension de la transmission de ses données personnelles à l'AMF jusqu'à l'obtention de garanties supplémentaires suffisantes.

L'autorité inférieure a relevé, dans la décision entreprise, que l'AMF est signataire à part entière de l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), ce qui implique qu'elle est à même de respecter les exigences de confidentialité requises pour la transmission d'informations. Elle se réfère également à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral confirmant que l'AMF remplit les conditions de spécialité et de confidentialité de l'art. 38 al. 2 LBVM. À ses

yeux, l'AMF se présente donc comme une autorité de surveillance des marchés financiers liée par le secret de fonction et utilisant les informations dans un but de surveillance des bourses et du négoce de valeurs mobilières. En outre, la FINMA dit peiner à voir en quoi les garanties offertes par l'AMF au niveau du respect des principes précités seraient touchées par l'affaire des données volées. Citant la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle souligne l'absence de signe démontrant que l'AMF entendrait ne pas les respecter dans un cas concret.

5.1. C'est à juste titre que le recourant ne nie pas la qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM de l'AMF que le Tribunal fédéral et, depuis 2007, le Tribunal administratif fédéral ont d'ailleurs reconnu de jurisprudence constante (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.).

5.2. Le recourant ne conteste pas non plus qu'avant l'affaire des données volées auprès de HSBC à Genève, l'AMF respectait les principes de confidentialité et de spécialité. Ce point a également fait l'objet d'une abondante et constante jurisprudence des deux instances précitées reconnaissant d'une part que l'autorité française satisfaisait à l'exigence de confidentialité, ses agents et membres étant astreints au secret professionnel, et que, d'autre part, elle présentait des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.).

Sous l'angle de la législation française applicable, il sied de relever que les art. L621-4 et L632-16 du code monétaire et financier cités par l'AMF dans sa demande d'entraide présentent en réalité une formulation quelque peu différente dans ledit code en sa teneur actuelle (version de l'art. L621-4 telle que citée par l'AMF : « Les membres et les agents de l'Autorité des marchés financiers sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions » et sa version actuelle : « Les membres, les personnels et préposés de l'Autorité des marchés financiers ainsi que les experts nommés dans les commissions consultatives mentionnées au III de l'article L621-2 sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L642-1 » ; version de l'art. L632-16 telle que citée par l'AMF : « les informations recueillies par l'Autorité des marchés financiers ne peuvent être divulguées qu'avec l'accord explicite

des autorités compétentes qui les ont transmises et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont donné leur accord » [correspondant à l'ancien art. L621-21, le paragraphe en cause ayant été abrogé par ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007] et sa version actuelle sous forme d'un renvoi exprès de l'art. L632-16 au III de l'art. L632-7 prescrivant que : « lorsqu'elles proviennent d'une autorité d'un autre État membre de la communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un pays tiers, les informations ne peuvent être divulguées sans l'accord exprès de l'autorité qui les a communiquées et, le cas échéant, aux seules fins pour lesquelles elle a donné son accord »). Nonobstant la différence dans la formulation des dispositions topiques, force est de reconnaître que le contenu des normes en vigueur actuellement correspond à celui cité par l'AMF. En outre, l'AMF est signataire à part entière du MMoU de l'OICV (cf. www.iosco.org) qui impose aux parties le respect des principes de spécialité et de confidentialité aux ch. 10 et 11 (cf. ATAF 2011/14 consid. 4).

Qui plus est, dans le dispositif de la décision entreprise, la FINMA rappelle expressément à l'AMF que les informations transmises doivent être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ainsi que les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmises à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet. Elle attire en outre formellement son attention sur le fait que toute utilisation ou retransmission desdites informations à des fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce de valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières nécessite l'autorisation de la FINMA ; l'AMF doit requérir le consentement de la FINMA avant d'utiliser ou de retransmettre les informations dans ce contexte.

Dans ces conditions, il appert, conformément à la jurisprudence rendue en la matière, que les dispositions légales françaises, auxquelles s'ajoutent les exigences helvétiques rappelées dans la décision dont est recours, garantissent en principe le respect des principes de la confidentialité et de la spécialité.

5.3. S'agissant des garanties données par un État quant au respect des principes précités et, ainsi, l'usage qu'il entend faire des informations transmises dans le cadre d'une demande d'entraide administrative internationale, il convient de renvoyer à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au principe de la spécialité ; il a, à cet égard, considéré

que les autorités étrangères ne sont pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public mais doivent s'engager à mettre tout en œuvre pour le respecter (exigence qualifiée en anglais de "best efforts" ou de "best endeavour"). Aussi longtemps que l'État requérant l'observe effectivement et qu'il n'existe aucun signe qu'il ne le fasse pas dans le cas concret, rien ne s'oppose à accorder l'entraide administrative. S'il devait s'avérer que l'autorité requérante ne puisse plus s'y conformer en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, la FINMA devrait alors refuser l'entraide (cf. ATF 127 II 142 consid. 6b et les réf. cit.). Rien ne justifie en outre de s'écarter de cette jurisprudence pour ce qui est du principe de confidentialité.

5.3.1. En l'espèce, il apparaît de prime abord que la formulation de la demande d'entraide ainsi que le renvoi aux dispositions applicables du code monétaire et financier ne laissent transparaître aucune intention de l'AMF de ne pas respecter les principes de confidentialité et de spécialité (cf. supra consid. 5.2). Au contraire, l'autorité requérante rappelle expressément, d'une part, le secret de fonction auquel son personnel est tenu et, d'autre part, que la transmission des informations obtenues dans le cadre de l'entraide administrative internationale n'interviendra qu'avec l'accord explicite des autorités requises et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont donné leur accord.

5.3.2. Dans ses écritures, le recourant a certes indiqué fonder ses inquiétudes sur le comportement du gouvernement français dans l'affaire des données volées auprès de HSBC ; il n'a toutefois pas précisé si lesdites inquiétudes portaient uniquement sur une éventuelle transmission des données le concernant par l'AMF à des fins fiscales ou s'il s'agit également de la divulgation à d'autres autorités. Quoi qu'il en soit, le recourant n'a pas démontré l'existence de signes spécifiques et concrets dénotant une volonté de l'autorité inférieure de ne pas respecter les principes susmentionnés ; la simple invocation de l'affaire ayant touché HSBC à Genève ne constitue pas un indice sérieux mettant en doute le respect desdits principes par l'AMF dans le cas d'espèce. En effet, cette affaire ne présente aucun lien avec l'entraide administrative internationale en matière boursière concernée par la présente procédure. En particulier, ainsi que l'a noté l'autorité inférieure, la problématique ne portait aucunement sur des informations reçues régulièrement dans le cadre d'une demande d'entraide à d'autres autorités mais de données obtenues à la suite d'un vol ; aussi, la question avait trait à la manière dont les données ont été acquises et non sur leur transmission ultérieure.

Or, les craintes du recourant portent précisément sur la transmission ultérieure d'informations personnelles. De plus, la demande d'entraide a in casu été formulée conformément à la procédure applicable ; si l'entraide est accordée, les informations auront donc été obtenues de manière parfaitement régulière. Les appréhensions du recourant se fondent ainsi sur des éléments sans lien avec la demande d'entraide administrative internationale formulée par l'AMF.

5.3.3. Par ailleurs, il sied de souligner qu'aucune violation des principes de confidentialité et de spécialité par l'AMF n'a été à ce jour constatée par le Tribunal administratif fédéral, diverses demandes d'entraide administrative internationale en matière boursière ayant d'ailleurs été admises au niveau de cette instance depuis l'affaire des données volées.

5.4. Sur le vu de ce qui précède, force est de reconnaître que l'affaire des données volées auprès de HSBC ne constitue pas un indice sérieux et concret que l'AMF ne respectera pas – ou ne sera plus en mesure de respecter au regard des dispositions de son droit interne ou d'une décision contraignante – les principes de confidentialité et de spécialité dans le cas particulier, soit notamment qu'elle pourrait ne pas requérir l'assentiment de la FINMA dans une situation où elle devrait le faire. L'entraide administrative ne saurait donc être refusée pour ce motif pas plus qu'il ne se justifie d'ordonner à l'autorité inférieure la production de garanties fournies dans un tout autre contexte ou de solliciter de la part de l'AMF des assurances supplémentaires. Le grief du recourant doit par conséquent être rejeté.

6.
À juste titre, le recourant ne conteste pas que les transactions en cause ont effectivement été opérées de sorte que la demande ne se présente pas comme une recherche indéterminée de moyens de preuve. Il se prévaut en revanche de sa qualité de tiers non impliqué. Il rappelle que D._____ SA se trouve au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire lui donnant un pouvoir de disposition et de gestion général, large et inconditionnel sur ses avoirs.

L'autorité inférieure ne nie pas que D._____ SA disposerait d'un tel mandat. Elle a néanmoins relevé que le recourant se trouve inscrit au registre du commerce du canton de E._____ comme administrateur de la société H._____ SA, mettant ainsi en doute qu'il ne soit pas un investisseur capable de juger de l'opportunité des placements effectués. Elle qualifie d'étrange le fait que D._____ SA n'ait investi dans le titre

concerné que pour un seul de ses clients quand bien même celui-ci bénéficie d'une gestion sophistiquée de ses avoirs sous gestion. Elle note encore que le nombre de titres acquis puis revendus s'avère important et le gain réalisé non négligeable. Elle considère que ces différents éléments laissent subsister un doute sur le fait que le recourant n'ait pas participé à la réalisation des transactions en cause.

6.1. À titre liminaire, force est d'admettre que les activités litigieuses ont eu lieu durant une période sensible – se définissant comme celle se situant avant ou après une phase d'augmentation de cours inhabituelle (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 7) – puisqu'elles ont été opérées, pour l'achat, entre le 14 et le 17 mai 2010 et, pour la vente, le 20 mai 2010 alors que le communiqué de A._____ et C._____ annonçant l'intention de la seconde de déposer une offre publique d'achat des titres de la première est intervenu le 19 mai 2010 et a été suivi, le 20 mai 2010, d'une progression du titre de 29% ; le recourant ne le conteste au demeurant pas. Or, la variation du cours des titres durant une période sensible constitue un indice suffisant de distorsion du marché, de nature à justifier l'octroi de l'entraide (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.2 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). Dans ces circonstances, l'AMF pouvait légitimement demander à la FINMA des précisions sur les transactions en cause. Au demeurant, la FINMA n'avait pas à vérifier les raisons invoquées par le recourant pour expliquer ces opérations boursières, soit le fait que D._____ SA aurait pratiqué une analyse professionnelle et suivie du marché pour procéder auxdites transactions. Il appartient en effet à l'autorité requérante uniquement d'examiner, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la FINMA, si ses craintes initiales de possible distorsion du marché sont ou non fondées (cf. ATF 127 II 142 consid. 5c). Les allégations du recourant quant aux motifs de ces transactions ne sont pas déterminantes dans ce contexte.

6.2. 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 (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2537/2008 du 10 juillet 2008 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.2, ATF 126 II 126 consid. 6a/bb). 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 du Tribunal fédéral 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 6.1 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 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 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 (cf. ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit., arrêts du Tribunal administratif fédéral B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 et B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1).

En l'espèce, il est constant que D._____ SA se trouvait au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire dont une copie a été jointe au recours. Il convient à cet égard d'examiner si d'autres circonstances indiquent que le recourant pourrait avoir été mêlé lui-même d'une manière ou d'une autre aux transactions litigieuses. Il est vrai que la société H._____ SA, visant la commercialisation, la promotion et le conseil en matière de cartes de paiement ainsi que la mise en place de programmes de marketing et de fidélisation de même que les activités s'y rapportant – comme cela ressort du registre du commerce du canton de E._____ –, présente certes un lien réel avec la finance mais néanmoins pas direct avec les transactions telles que touchées par la présente procédure. Nonobstant, il est permis de relever, avec l'autorité inférieure, que cette qualité nécessite malgré tout des connaissances spécifiques indispensables laissant apparaître que le recourant se révèle capable de juger l'opportunité des placements effectués. Celui-ci l'a d'ailleurs expressément reconnu dans ses observations du 13 décembre 2011. À cet égard, l'on ne saurait négliger l'influence que peuvent avoir les connaissances du recourant dans les liens qu'il entretient avec D._____ SA et sur la possibilité qu'il ait été consulté par cette dernière. Il sied au demeurant de noter que la société H._____ SA, sise (…), se trouve à moins de 200 mètres de D._____ SA, située (…). Cette

proximité géographique invite également à s'interroger sur l'étroitesse des relations qu'entretiennent G._____ et le recourant, tout comme le fait que ce dernier ait mandaté le même avocat que D._____ SA. En outre, ainsi que l'a souligné l'autorité inférieure, le fait que les transactions opérées par D._____ SA sur le titre A._____ l'ont été exclusivement pour le compte du recourant atteste le caractère exceptionnel de ces transactions. De surcroît, il s'agit d'un nombre non négligeable de transactions, soit de huit opérations d'achat entre le 14 et le 17 mai 2010 pour un total de 26'000 titres suivies de trois opérations de vente, le 20 mai 2010, de l'ensemble des titres acquis.

Les éléments ainsi décrits relatifs à la situation dans laquelle les activités litigieuses ont pris place suffisent à jeter un doute sur l'absence d'intervention du recourant dans les transactions précitées. Or, attendu que pour conduire au rejet de la demande d'entraide administrative, la non-implication doit être manifeste, un tel doute suffit a contrario à lui nier cette qualité. C'est alors à l'AMF et non à la FINMA qu'il incombera ensuite de faire toute la lumière sur la réelle implication du recourant.

6.3. Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il ne s'avère pas manifeste que X._____ n'ait pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante ; dès lors, la transmission d'informations le concernant ne contrevient pas au principe de la proportionnalité tel que prescrit par l'art. 38 al. 4 LBVM.

7.
Le recourant sollicite du Tribunal de céans l'audition de G._____, de la société D._____ SA.

Aux termes de l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). Le droit d'être entendu tel qu'il est garanti par ces dispositions comprend notamment le droit de produire des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'obtenir qu'il soit donné suite à ces offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre. Le droit d'être entendu ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 122 II 464 consid. 4 ; JAAC 70.75 consid. 3bb), ni celui d'obtenir l'audition de témoins. Selon le Tribunal fédéral, l'autorité peut en

effet mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 125 I 127 consid. 6, ATF 124 I 208 consid. 4). De surcroît, l'audition de témoins apparaît d'ailleurs comme un moyen de preuve subsidiaire qui n'est utilisé qu'à titre exceptionnel lorsque les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon (art. 14 al. 1 PA ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A.15/2006 du 15 juin 2006 consid. 2.1 et les réf. cit.).

En l'espèce, la requête du recourant doit, selon sa formulation, permettre au Tribunal de céans de déterminer de manière définitive si le recourant a donné ou non des instructions relatives à l'investissement dans le titre A._____ ; elle tend ainsi à confirmer sa non-implication dans les transactions en cause. L'on ne saurait certes exclure à ce stade que l'audition de l'administrateur de D._____ SA pourrait amener certains éclaircissements. Cela étant, il a été démontré précédemment que le recourant ne peut être considéré comme manifestement non impliqué dans les transactions en cause (cf. supra consid. 6). Or, le moyen de preuve requis ne porte pas directement sur les constatations – factuelles et non contestées – opérées précédemment ayant mené à cette conclusion.

Aussi, l'audition de G._____ ne saurait suffire à réduire à néant l'influence potentielle desdites constatations ainsi que le doute qu'elles ont induit et, de la sorte, à rétablir le caractère manifeste de la non-implication du recourant. En effet, il ne faut pas perdre de vue le rôle de l'autorité requise, sous l'angle de la qualité de tiers non impliqué, consistant uniquement à examiner si la personne au sujet de laquelle l'autorité requérante réclame des informations s'avère – de manière évidente – non impliquée dans les transactions faisant l'objet de la demande d'entraide. Dès lors que le caractère manifeste de la non-implication fait défaut, l'entraide doit être accordée ; il n'appartient pas aux autorités requises d'entreprendre des mesures d'instruction complémentaires puisqu'elles incombent à l'autorité requérante. Il en découle que la requête du recourant doit être rejetée.

8.

Le recourant a conclu, à titre plus subsidiaire, qu'il soit ordonné à la FINMA de joindre à son courrier de transmission à l'AMF le courrier de D._____ SA du 2 mars 2011. Le Tribunal de céans relève que cette

requête, formulée pour la première fois au stade du recours, a été admise par la FINMA dans sa réponse du 25 novembre 2011 déclarant expressément ne pas s'y opposer. Ce point ne s'avère dès lors pas litigieux.

9.
Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

10.
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, le recourant a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 3'000.-, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de Fr. 3'000.- déjà versée.

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

11.
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 est rejeté.

2.
Il est pris acte du fait que la FINMA ne s'oppose pas à joindre à son

courrier de transmission à l'AMF le courrier de D._____ SA du 2 mars 2011.

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

4.
Il n'est pas alloué de dépens.

5.
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (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 : 24 janvier 2012