

# **BVGer B-3450/2018 vom 24. August 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3450\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3450_2018)

FR: TAF B-3450/2018 du 24 août 2018

IT: TAF B-3450/2018 del 24 agosto 2018

## **Regeste**

Entraide administrative internationale

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 1.1**

À teneur de l'art. 42a al. 6 LFINMA, la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA accordant l'assistance administrative à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

#### **E. 1.2**

La recourante, 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 (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

#### **E. 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 qu'art. 42a al. 6 LFINMA) ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

### **E. 2**

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, n'ayant pas eu accès à la demande d'entraide dans son ensemble. Elle reproche à la FINMA de ne pas avoir pesé les intérêts en présence et de n'avoir pas suffisamment tenu compte des siens ; en outre, la FINMA n'aurait pas exposé, d'une part, les raisons justifiant un seul renvoi à l'arrêt B-6294/2017 sur cette question et, d'autre part, celles pour lesquelles elle n'a pas examiné in casu une à une les conditions posées à la limitation du droit d'accès au dossier. Par ailleurs, la recourante relève avoir, auprès de la FINMA, également fondé son droit à consulter les pièces sur la LPD, constatant que la décision entreprise ne contient aucun élément sur ce point. Ainsi, elle estime avoir droit sans limite à consulter la requête d'entraide ainsi que tous les documents y relatifs et en particulier l'ensemble de la correspondance entre

l'autorité inférieure et l'AMF Québec ; elle souligne l'absence d'intérêts publics ou privés prépondérants à limiter cet accès. Rappelant qu'il appartient à la FINMA de lui donner connaissance du contenu essentiel des pièces auxquelles elle lui refuse l'accès, elle relève que le contenu essentiel de la requête d'entraide correspond exactement à celui communiqué dans d'autres affaires, estimant qu'un simple « copier-coller » ne satisfait pas aux exigences légales. Elle qualifie le comportement de la FINMA - ne respectant pas les conditions légales - d'arbitraire. De son côté, l'autorité inférieure note avoir accordé à la recourante le même droit de consulter le dossier in casu que dans le premier volet de l'affaire. Elle expose avoir procédé à une balance des intérêts en présence et jugé qu'il existait in casu un intérêt public prépondérant à garder secret des éléments ayant trait à l'enquête en cours au Québec. Elle indique que seules les informations se rapportant à des tiers ou se présentant comme des précisions relatives à l'enquête officielle non encore close de l'autorité requérante ne lui ont pas été communiquées. Enfin, elle reconnaît que, dans sa détermination du 8 janvier 2018, la recourante a indiqué qu'en vertu de l'art. 8 LPD, elle bénéficiait d'un droit d'accès aux données la concernant ; elle constate toutefois que la recourante ne lui a pas adressé de demande formelle au sens de l'art. 8 LPD, jugeant qu'elle ne pouvait, de ce fait, pas conclure que son droit d'accès en vertu de cette disposition aurait été violé.

### **E. 2.1**

À teneur de l'art. 29 al. 2 Cst. de même que conformément à l'art. 29 PA, les parties ont le droit d'être entendues. Ce droit comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 135 II 286 consid. 5.1 ; 135 I 187 consid. 2.2 ; 129 II 497 consid. 2.2).

#### **E. 2.1.1**

La jurisprudence a également déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (cf. ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 139 IV 179 consid. 2.2 ; 134 I 83 consid. 4.1 et les références). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (cf. ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (cf. ATF 141 V 557 consid. 3.2.1).

#### **E. 2.1.2**

En outre, conformément à l'art. 8 LPD sur lequel la recourante se fonde, toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. Si la LPD ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale

ainsi que de droit public et de droit administratif, elle l'est toutefois aux procédures administratives de première instance (art. 2 al. 2 let. c LPD). Ainsi, la procédure d'entraide administrative internationale menée par la FINMA est soumise à la LPD (cf. Maurer-Lambrou/ Kunz, in : Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3e éd. 2014, art. 2 LPD n° 38, ci-après : BSK DSG). Il découle de l'application de la LPD aux procédures de première instance qu'au cours d'une telle procédure, il est non seulement possible de requérir un accès au dossier en vertu de l'art. 26 PA mais également de se prévaloir - sous réserve de l'abus de droit - d'un droit d'accès à ses données au sens de l'art. 8 LPD, sans avoir pour cela à apporter la preuve d'un intérêt légitime (cf. Maurer-Lambrou/ Kunz, in : BSK DSG, art. 2 LPD n° 38 ; ATF 141 III 119 consid. 7.1.1 ; 138 III 425 consid. 5.4 s. ; 123 II 534 consid. 2e ; arrêt du TAF A-5275/2015 du 4 novembre 2015 consid. 8.4.1). Les art. 26 PA et 8 LPD constituent en effet deux droits distincts disposant chacun d'un champ d'application particulier (cf. ATF 125 II 473 consid. 4a ; 123 II 534 consid. 2e ; ATAF 2014/38 consid. 3.1) : le droit d'accès à des données personnelles régi par l'art. 8 LPD est, dans une certaine mesure, plus étroit que le droit de consulter le dossier en vertu des garanties générales de procédure car il ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure mais ne vise que les données concernant la personne intéressée ; par ailleurs, il est aussi plus large en ce sens que - sauf abus de droit - il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier, même en dehors d'une procédure administrative (cf. ATF 127 V 219 consid. 1/a/aa) ; l'art. 8 LPD prévoit également que la personne intéressée est informée du but et éventuellement de la base juridique du traitement, des catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 62.9 consid. 2b ; Gramigna/ Maurer-Lambrou, in : BSK DSG, art. 8 LPD n° 28 ss). Ils peuvent ainsi être invoqués indépendamment l'un de l'autre et, dans une situation concrète, de manière cumulative (cf. ATF 125 II 473 consid. 4a ; 123 II 534 consid. 2e ; ATAF 2014/38 consid. 3.1 ; Waldmann/ Oeschger, in : Praxiskommentar VwVG, 2016, art. 26 PA n° 24 s. ; Gramigna/ Maurer-Lambrou, in : BSK DSG, art. 8 LPD n° 2 et 31 ; Kölz/ Häner/ Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, n° 517 ; voir aussi Philippe Meier, *Protection des données - Fondements, principes généraux et droit privé*, 2010, p. 365 n° 977 ss ; Alexander Dubach, *Das Recht auf Akteneinsicht*, 1990, p. 227). Par ailleurs, lorsqu'une question relative à la protection des données apparaît dans le cadre d'une procédure qui a pour objet principal d'autres prétentions que celles découlant spécifiquement de la loi sur la protection des données, elle doit être tranchée dans le cadre de la procédure principale et suivre les voies de droit prévues à cet effet (cf. ATF 128 II 311 consid. 8.4 ; 127 V 219 consid. 1a/aa ; 126 II 126 consid. 4 ; 123 II 534 consid. 1b et les réf. cit. ; Meier, op. cit., p. 185 n° 374 ; Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données [LPD], FF 1988 II 421, 489). Par conséquent, lorsqu'une procédure administrative est en cours, si une question relevant de la protection des données doit être tranchée, elle le sera dans cette procédure en fonction des dispositions de la législation sur la protection des données (cf. Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2e éd. 2015, p. 290 et les réf. cit.). Par ailleurs, conformément à l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD, RS 235.11), toute personne qui demande au maître du fichier si des données la concernant sont traitées (art. 8 LPD) doit en règle générale le faire par écrit et justifier de son identité. Quant à son contenu, il convient de ne pas poser des exigences trop élevées, la demande n'ayant en particulier pas à être motivée (cf. Gramigna/Maurer-Lambrou, in : BSK DSG, art. 8 LPD n° 38 s. ; voir

également lettres-type de demande d'accès aux données disponibles sur le site internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence [PFPDT], <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/dokumentation/lettres-type.html>, consulté le 22.08.2018). Ainsi, le droit d'accès selon l'art. 8 LPD peut en soi être exercé sans que la preuve d'un intérêt ne doive être apportée. Ce n'est que si le maître du fichier veut refuser ou restreindre l'accès qu'une pesée des intérêts aura lieu. La prise en compte de l'intérêt du titulaire du droit d'accès joue également un rôle lorsqu'un abus de droit entre en considération (cf. ATF 141 III 119 consid. 7.1.1 et les réf. cit.).

## **E. 2.2**

En l'espèce, la FINMA a examiné, dans la décision entreprise, la demande de consultation du dossier de la recourante pour la restreindre aux conditions de l'art. 42a al. 3 LFINMA qui se présente comme un cas d'application de l'art. 27 PA (cf. arrêt B-6294/2017 consid. 4.1 et la réf. cit.). En revanche, elle n'y a pas examiné l'accès de la recourante à ses données sur la base de l'art. 8 LPD pourtant invoqué par celle-ci dans sa détermination du 8 janvier 2018. Si elle reconnaît plus tard, dans sa réponse du 6 juillet 2018, que la recourante avait indiqué qu'en vertu de l'art. 8 LPD, elle bénéficiait d'un droit d'accès aux données la concernant, elle déclare toutefois que la recourante n'a jamais fait usage de ce droit puisqu'elle n'a pas adressé de demande formelle en ce sens ; la recourante ne peut, selon l'autorité, pas conclure que son droit d'accès sur la base de cette disposition aurait été violé. Cette vision ne saurait être partagée. En effet, il convient de rappeler que les exigences de forme ne sauraient être trop élevées, la demande n'ayant en particulier pas à être motivée. Dans sa détermination du 8 janvier 2018 à laquelle l'autorité inférieure s'est pourtant référée, la recourante indique tout d'abord qu'un droit d'accès aux pièces existe également sur la base de la LPD puisque cette loi est applicable à la procédure administrative de première instance ; elle ajoute ensuite : « Demnach sind alle über die Gesuchsgegnerin vorhandenen Dokumente offenzulegen und die Auskunft in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie zu erteilen (Art. 8 DSG) ». La demande de la recourante ainsi formulée doit être qualifiée de suffisante. Par ailleurs, dès lors qu'il ne fait aucun doute que la procédure d'entraide administrative internationale auprès de la FINMA - en tant que procédure administrative de première instance - est soumise à la LPD, la recourante pouvait légitimement, dans le cadre de cette procédure, se prévaloir non seulement de son droit de consulter le dossier de la procédure en vertu de l'art. 26 PA mais également de celui de requérir un accès aux données la concernant en application de l'art. 8 LPD auprès de l'autorité inférieure. Celle-ci ne le conteste pas. Il en découle que l'invocation de l'art. 8 LPD a été valablement formulée et que, puisqu'aussi bien l'art. 26 PA que l'art. 8 LPD peuvent être allégués dans une procédure administrative de première instance, il s'agissait d'un grief pertinent pour la décision à rendre qui aurait dû être examiné par l'autorité inférieure. Contrairement à ce qu'affirme cette dernière, il lui appartenait par conséquent de se prononcer à son sujet dans le cadre de la procédure qui s'est déroulée devant elle.

## **E. 2.3**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante en omettant d'examiner le droit d'accès aux documents également sur la base de l'art. 8 LPD.

## **E. 3.1**

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée ; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les réf. cit.). S'agissant du droit d'accès aux données de l'art. 8 LPD, il convient en outre de souligner qu'il est soumis à des limitations exhaustivement prévues aux art. 9 et 10 LPD (cf. Meier, op. cit., p. 365 n° 977 ss ; ATF 125 II 473 consid. 4a). À cet égard, si les limitations prévues à l'art. 9 al. 1 à 3 LPD présentent indéniablement de nombreuses similitudes avec celles prévues à l'art. 27 PA (cf. arrêt du TAF B-3895/2013 du 18 août 2014 consid. 3.1.3 et la réf. cit.), elles ne sauraient toutefois y être entièrement assimilées (cf. ATF 125 II 473 consid. 4a). Ainsi, la balance des intérêts qu'il y a lieu d'opérer dans le cadre d'une procédure administrative lorsqu'il s'agit de refuser la consultation de pièces versées au dossier au sens de l'art. 27 PA n'est pas la même que celle à effectuer lorsque le maître d'un fichier restreint la communication de données personnelles sur la base de l'art. 9 LPD (cf. Meier, op. cit., p. 365 ss n° 980 ; JAAC 70.82 consid. 4g/ee). Dans ce cadre, il sied de souligner le pouvoir d'appréciation dont jouit l'administration lorsqu'il lui incombe d'examiner si, dans une situation concrète, il existe un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 9 al. 2 let. a LPD. Les autorités judiciaires sont également tenues de respecter ce pouvoir d'appréciation et de faire preuve de retenue à cet égard (cf. ATF 125 II 225 consid. 4a ; arrêt du TAF A-2318/2013 du 23 janvier 2015 consid. 8.2.3 ; Gramigna/Maurer-Lambrou, in : BSK DSG, art. 9 LPD n° 24).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'examen d'une éventuelle réparation de la violation du droit d'être entendu de la recourante dans le cadre de la présente procédure de recours commande de tenir compte du principe de célérité régissant la procédure d'entraide administrative (art. 42 al. 4, 1<sup>ère</sup> phrase, LFINMA ; cf. ATAF 2012/19 consid. 2.2 et la réf. cit.) ; en outre, il semble de prime abord que la grande majorité des documents figurant au registre 1 du dossier produit par l'autorité inférieure avec l'indication « ne pas transmettre aux parties » ne comprend, à l'exception tout au plus des demandes d'entraide, ni le nom de la recourante ni d'autres informations permettant de l'identifier. Aussi, il est vraisemblable que la recourante ne puisse de toute façon pas y avoir accès sur la base de l'art. 8 LPD pour ce motif déjà, indépendamment de toute restriction découlant de l'art. 9 LPD. Cela étant, il n'en demeure pas moins que l'autorité inférieure ne s'est à ce jour pas prononcée sur la demande de la recourante pourtant formulée valablement ; en outre, il convient de tenir compte du fait que la portée de l'art. 8 LPD diffère de celle de l'art. 26 PA, pouvant en effet notamment porter sur d'autres documents en principe non compris dans le dossier consultable en application de l'art. 26 PA. Aussi, le Tribunal administratif fédéral ne saurait préjuger de l'existence d'autres documents susceptibles d'entrer dans le champ de l'art. 8 LPD. De plus, la balance des intérêts qu'il y a lieu d'opérer dans le cadre d'une procédure administrative lorsqu'il s'agit de refuser la consultation de pièces versées au dossier au sens de l'art. 27 PA n'est pas

la même que celle à effectuer lorsque le maître d'un fichier restreint la communication de données personnelles sur la base de l'art. 9 LPD. Enfin, l'autorité de recours doit faire preuve d'une certaine retenue et respecter le pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité inférieure, qui se présente comme le maître du fichier (art. 3 let. i LPD).

### **E. 3.3**

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il appert que la violation du droit d'être entendu de la recourante précédemment constatée ne saurait être guérie dans la présente procédure de recours. Ces considérations scellent le sort du recours, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner les autres griefs de la recourante.

### **E. 4**

En définitive, le recours doit être admis. La décision entreprise doit être annulée purement et simplement, pour des motifs formels. L'autorité inférieure reste libre de rendre une nouvelle décision sur la base des considérants qui précèdent.

### **E. 5.1**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure. L'avance sur les frais de 3'000 francs versée par la recourante le 22 juin 2018 lui est restituée.

### **E. 5.2**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé, un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF). Le Tribunal n'est pas tenu de demander un tel décompte (cf. arrêt du TF 2C\_730/2017 du 4 avril 2018 consid. 3.4 ; arrêt du TF 2C\_422/2011 du 9 janvier 2012 consid. 2). In casu, la défense de la recourante a nécessité les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet et a impliqué plusieurs échanges d'écritures. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité et de l'issue du recours, une indemnité fixée à 8'000 francs est équitablement allouée à la recourante à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure

(art. 64 al. 2 PA).

**E. 6**

Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.