

# **BVGer B-3496/2018 vom 28. September 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3496\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3496_2018)

FR: TAF B-3496/2018 du 28 septembre 2018

IT: TAF B-3496/2018 del 28 settembre 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**

Les faits nouveaux qui se sont déroulés avant la procédure de recours (faux nova) ou ceux s'étant produits seulement au cours de celle-ci (vrais nova) peuvent, compte tenu de la maxime inquisitoire, être invoqués dans le cadre de la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral, s'ils s'inscrivent dans l'objet du litige. Ledit tribunal doit, dans sa décision, déterminer dans quelle mesure ces nouveaux faits sont de nature à influencer la décision entreprise (cf. arrêt du TAF B-1583/2011 du 8 juin 2011 consid. 3.1 et les réf. cit.). En l'espèce, la recourante s'est référée, dans son recours du 14 juin 2018, à une décision de la Cour du Québec du (...) juin 2018 dont la motivation n'était pas encore connue avant le dépôt de son recours. Elle a joint ladite motivation à ses remarques du 15 août 2018. Compte tenu de ce qui précède, ces allégués de fait s'avèrent recevables.

### **E. 3**

La recourante demande la suspension de la présente cause pour des motifs d'opportunité. Elle souligne que la légalité des demandes d'entraide formulées par l'autorité requérante serait douteuse du point de vue du principe de la spécialité puisqu'elle conduisait deux procédures, administrative et pénale, en parallèle. Se référant au classement de la procédure pénale prononcé le (...) juin 2018, la recourante relève que, si la procédure administrative venait également à être classée, la présente procédure d'entraide deviendrait sans objet. Elle note qu'une suspension de la procédure ne serait aucunement dommageable à la conduite de l'enquête de l'AMF Québec. Elle demande ainsi que l'autorité inférieure soit enjointe de s'enquérir auprès de l'autorité requérante du sort de la procédure administrative et de suspendre la procédure dans l'attente de cette prise de position. De son côté, l'autorité inférieure se réfère à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6294/2017 du 10 avril 2018 ainsi qu'au courriel de l'autorité requérante du 11 juin 2018. Sur cette base, elle estime qu'il n'y a pas lieu de suspendre la demande d'assistance administrative. Elle souligne encore que l'autorité requérante se trouve soumise à des délais qui continuent à courir. Dans ses remarques du 15 août 2018, la recourante renvoie à la décision du (...) juin 2018 de la Cour du Québec, soulignant que le juge y dénonce un problème récurrent et systémique au sein de l'organisation interne de l'AMF Québec. En outre, elle note que le correspondant de l'autorité inférieure pour la procédure d'entraide administrative internationale - expressément cité dans la décision du (...) juin 2018 - revêtait également la casquette d'enquêteur dans la procédure pénale, ayant eu connaissance de l'intégralité des documents soumis au secret professionnel dont il n'aurait pas dû avoir connaissance et ayant, par sa négligence, permis au reste des collaborateurs de l'AMF Québec d'y avoir accès également. Compte tenu de ces éléments, la recourante estime que l'on ne peut raisonnablement se satisfaire du courriel de l'autorité requérante du 11 juin 2018. Elle demande la suspension de la présente procédure d'entraide tant que celle-ci n'aura pas fourni des explications circonstanciées quant à la possibilité de poursuivre la procédure administrative à la lumière de la décision du (...) juin 2018.

#### **E. 3.1**

Une suspension de la procédure peut être ordonnée en tout temps (cf. Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2e éd. 2015, p. 606). Elle peut se justifier par des motifs d'opportunité ou tirés de l'économie de la procédure, notamment en raison d'une cause pendante devant une autre autorité (cf. ATF 130 V 90 consid. 5). Eu égard au principe de célérité, auquel est tout particulièrement soumise la procédure d'entraide administrative internationale (art. 42 al. 4, 1ère phrase, LFINMA ; cf. ATAF 2012/19 consid. 2.2 et la réf. cit.), une suspension ne doit toutefois être admise qu'exceptionnellement, lorsqu'il s'agit d'attendre le prononcé de la décision d'une autre autorité qui permettrait de trancher une question décisive pour le cas d'espèce (cf. ATF 130 V 90 consid. 5 ; 123 II 1 consid. 2b ; 122 II 211 consid. 3e ; arrêt du TAF B-5168/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2.1). Une suspension est également conforme au droit lorsqu'elle apparaît appropriée pour d'autres raisons impérieuses et qu'aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose (cf. arrêt B-5168/2007 consid. 2.2.1). En outre, la décision de suspendre la procédure relève du pouvoir d'appréciation du juge instructeur saisi (cf. ATF 119 II 386 consid. 1b), lequel dirige la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt (art. 39 al. 1 LTAF ; voir également art. 35 al. 3 du règlement du 17 avril 2008 du Tribunal administratif fédéral [RTAF, RS 173.320.1]). De plus, il convient de souligner que l'exigence de célérité dans le traitement des requêtes

d'entraide administrative internationale ne dépend pas de l'éventuelle urgence de la procédure menée par l'autorité requise ; elle trouve son fondement de manière expresse à l'art. 42 al. 4, 1ère phrase, LFINMA. Elle découle du constat selon lequel la procédure connue en Suisse complique et retarde considérablement les investigations des autorités requérantes ; en effet, plus les investigations durent, moins grandes sont les chances de découvrir un cas suspect (cf. Message du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 2004 6341, 6353 [ci-après : Message LBVM 2004]). Une assistance administrative efficace et compatible avec les normes internationales sert ainsi tout particulièrement les intérêts commerciaux de la place financière suisse de même que sa renommée (cf. Message LBVM 2004, FF 2004 6341, 6355).

### **E. 3.2**

En l'espèce, le point de savoir si les garanties fournies par l'autorité requérante s'avèrent suffisantes ou s'il existe au contraire des raisons de douter qu'elle respectera les principes de spécialité ou de confidentialité une fois mise en possession des documents et informations sollicités dans le cadre de l'entraide administrative internationale doit être examiné dans le cadre du contrôle du respect des conditions de l'entraide (cf. infra consid. 5). Selon que le respect des principes de spécialité et de confidentialité doit être admis, nié ou mis en doute faute de garanties suffisantes, le recours devra être admis, rejeté ou l'affaire renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle procède elle-même aux mesures d'instruction qui s'imposent (cf. infra consid. 6). Dans tous les cas, il n'y a pas lieu de suspendre la présente procédure pour ce motif.

### **E. 3.3**

Compte tenu de ce qui précède, force est de reconnaître que la suspension de la présente procédure de recours ne se justifie pas. Partant, la demande de suspension formulée par la recourante doit être rejetée.

### **E. 4**

La recourante relève que la FINMA se réfère, dans sa décision, à plusieurs pièces dont elle n'a jamais obtenu copie. Il s'agit d'une part des pièces 111 à 115 qui se réfèrent aux requêtes d'assistance administrative complémentaires, lesquelles font état de nouveaux indices recueillis par l'autorité requérante lui ayant permis d'identifier son compte bancaire auprès de F.\_\_\_\_\_ SA. La recourante indique n'avoir aucun moyen de savoir si les pièces citées se réfèrent aux requêtes d'assistance administrative ou à des documents annexes. D'autre part, la recourante déclare n'avoir pas non plus eu accès à la pièce 135, soit le courriel de l'autorité requérante du 16 octobre 2017. Elle conclut pour ces motifs à l'annulation de la décision entreprise et à son renvoi à l'autorité inférieure afin qu'elle lui transmette les pièces auxquelles elle n'a pas eu accès. Par ailleurs, la recourante note que la décision entreprise admet la transmission d'une pièce à laquelle elle n'a jamais eu accès. L'autorité inférieure conteste les allégations de la recourante relative à une prétendue violation de son droit d'être entendue. Elle déclare que, par courrier du 13 novembre 2017, le contenu essentiel des demandes d'entraide administrative internationale ainsi que les documents qui feront l'objet de la transmission à l'autorité requérante lui ont été communiqués. Elle en déduit que la recourante a été mise en possession de tous les éléments importants pour la compréhension des faits pour lesquels l'entraide administrative internationale a été demandée. S'agissant des pièces 111 à 115, elle relève qu'elles se rapportent au complément de la demande

d'entraide daté du 10 juillet 2017 ; confidentiel, ce document ne fournit, selon elle, aucune information supplémentaire sur l'état de fait à la base de la demande de l'AMF Québec du 4 août 2016, indiquant uniquement que la poursuite de l'enquête avait permis d'identifier d'autres relations bancaires, soit un compte bancaire auprès de K. \_\_\_\_\_ AG ; elle qualifie cette information de non pertinente puisque le compte de la recourante se trouve auprès de F. \_\_\_\_\_ SA. Elle note encore que le courriel de l'autorité requérante du 16 octobre 2017 est bien celui dans lequel celle-ci confirme être liée par les termes et conditions du MMoU. D'une part, elle relève que cette pièce ne peut pas être considérée comme un élément essentiel pour la défense des intérêts de la recourante ; d'autre part, elle signale que la pièce est communiquée à la partie à ce stade de la procédure de sorte que la prétendue violation du droit d'être entendu doit en tous les cas être considérée comme guérie. Quant à la pièce 2314, elle explique qu'il s'agit de l'ordre téléphonique transmis par la recourante à la banque le 25 janvier 2016 relatif à l'ordre d'achat des 7'000 titres B. \_\_\_\_\_ Inc. Reconnaissant qu'elle aurait dû remettre ce document à la recourante, elle souligne toutefois qu'il ne donne aucune information nouvelle. Elle signale que cette pièce est également communiquée à la partie à ce stade de la procédure.

#### **E. 4.1**

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 celui pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier. Conformément à l'art. 42a al. 3 LFINMA, la FINMA peut néanmoins refuser la consultation de la correspondance avec les autorités étrangères, l'art. 28 PA étant réservé. Selon cette dernière disposition, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. L'art. 42a al. 3 LFINMA a été adopté comme base légale permettant de restreindre, de manière standard, le droit de consulter la correspondance avec les autorités étrangères car le droit de consulter les pièces accordé dans le cadre de la procédure relative aux clients est contraire à l'accord multilatéral de l'OICV (cf. Message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF], FF 2014 7235, 7368 s. [ci-après : Message LIMF]) ; il a, de la sorte, inscrit dans le contexte de l'entraide administrative un cas d'application de l'art. 27 PA en vertu duquel l'autorité peut refuser la consultation des pièces si des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons ou l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exigent (art. 27 al. 1 let. a et c PA). Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA ; cf. arrêt du TAF B-1219/2017 du 31 août 2017 consid. 3.1). En outre, l'art. 42a al. 3 PA ne saurait être interprété en ce sens que l'autorité pourrait limiter l'accès au dossier en retranchant ou caviardant une partie de son contenu sans condition ; elle ne peut au contraire y procéder qu'après une pesée des intérêts en présence, d'une part celui à l'accès au dossier et d'autre part celui à sa limitation ainsi que les intérêts publics prépondérants en découlant ou ceux de tiers (cf. arrêts du TAF B-794/2018 du 4 juillet 2018 consid. 3.1 ; B-6294/2017 consid. 4.1 et les réf. cit.). De plus, dans pareil cas, la FINMA fonde sa décision quant à la transmission d'informations uniquement sur les éléments qui ont été communiqués au client concerné oralement ou par écrit et sur lesquels il a eu l'occasion de s'exprimer (cf. Message LIMF, FF 2014 7235, 7369). Quant au contrôle du respect de l'art. 28 PA, il est exercé par l'autorité de recours à qui il appartient de requérir la production des pièces confidentielles afin d'examiner si la partie a été renseignée sur son contenu essentiel

d'une manière lui permettant d'exercer son droit d'être entendue (cf. Waldmann/ Oeschger, in : Praxiskommentar VwVG, 2016, art. 28 PA n° 9). À cet égard, il convient de préciser que l'intéressé a été mis en possession du contenu essentiel s'il est en mesure de se déterminer sur l'affaire, de présenter des moyens de preuve et de contester la décision de manière satisfaisante (cf. Waldmann/Oeschger, op. cit., art. 28 n° 7). Cela présuppose de tenir également compte de la nature de l'affaire en cause ; ainsi, en matière d'entraide administrative internationale, il convient de garder à l'esprit que l'autorité inférieure est uniquement chargée de se prononcer sur le respect des conditions de l'octroi de l'entraide administrative ; elle n'a pas à se pencher sur l'existence d'une éventuelle infraction, tâche qui incombera à la seule autorité requérante (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.2 ; 127 II 142 consid. 5c ; arrêt du TAF B-4929/2014 du 19 novembre 2014 consid. 3.2). La défense des parties doit s'exercer dans ce cadre. Par ailleurs, 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.).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la recourante se plaint dans son recours de n'avoir pas eu accès aux pièces 111 à 115, 135 et 2314. D'emblée, il convient de noter que les pièces 135, soit le courriel de l'AMF Québec du 16 octobre 2017 adressé à la FINMA, et 2314 ont été transmises à la recourante par le tribunal de céans par ordonnance du 20 juillet 2018 de sorte qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu de la recourante pour ce motif devrait être considérée comme réparée. Par ailleurs, les pièces 111 à 115 constituent une demande d'entraide complémentaire de l'AMF Québec du 10 juillet 2017. L'AMF Québec a, en effet, soumis différentes requêtes d'entraide administrative internationale : elle a tout d'abord déposé, le 4 août 2016, une première demande ; puis, le 10 juillet 2017, elle a adressé à la FINMA une demande complémentaire dans laquelle elle a présenté les avancées de son enquête lui ayant permis d'identifier un compte bancaire auprès de K. \_\_\_\_\_ AG ; enfin, le 28 septembre 2017, elle a soumis une nouvelle demande d'entraide complémentaire, y exposant que son enquête lui avait permis de constater que D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ entretenaient des relations avec F. \_\_\_\_\_ SA. Ainsi que l'a relevé l'autorité inférieure, la recourante n'est pas titulaire du compte ayant pu être identifié auprès de K. \_\_\_\_\_ AG. Elle n'apparaît pas non plus à un autre titre dans la requête d'entraide complémentaire du 10 juillet 2017. Ainsi, la transmission des informations concernant la recourante telle que prévue dans la décision entreprise repose exclusivement sur la demande initiale du 4 août 2016 ainsi que sur la demande complémentaire du 28 septembre 2017 ; le contenu essentiel de ces deux requêtes lui a été exposé le 13 novembre 2017. La recourante n'étant pas visée par la requête complémentaire du 28 septembre 2017, les informations que celle-ci contient ne sont pas pertinentes pour déterminer si des informations et documents la concernant peuvent être transmis à l'autorité requérante dans le cadre de l'entraide administrative

internationale. Quoi qu'il en soit, le contenu essentiel de la demande complémentaire du 10 juillet 2017, dont la recourante demande l'accès, a été communiqué à son mandataire en sa qualité de mandataire de la société titulaire du compte auprès de K.\_\_\_\_\_ AG. Dès lors que les deux procédures ont été jointes par l'autorité inférieure dans la décision entreprise, les dossiers de chacune des deux causes ont également été regroupés, comme l'atteste le bordereau de pièces produit par la FINMA. D'ailleurs, le mandataire de la recourante s'est lui-même adressé au tribunal de céans dans un courrier unique du 17 juillet 2018 pour ses deux mandantes en vue d'obtenir l'accès à certaines pièces du dossier au sens de l'art. 26 PA. En conséquence, il y a lieu d'admettre que le recourante, par le biais de son mandataire, a également pu prendre connaissance du contenu essentiel de la demande d'entraide complémentaire du 10 juillet 2017. En outre, il apparaît certes que certains éléments de cette demande complémentaire ne figurent pas dans le contenu essentiel résumé par l'autorité inférieure ; cela étant, la requête complémentaire du 28 septembre 2017 comprenait des éléments identiques également absents du contenu essentiel communiqué à la recourante sans que celle-ci ne se plaigne d'une violation de son droit d'être entendue dans le cadre de cette communication. Il n'y a donc pas lieu de se pencher plus avant sur cette question.

#### **E. 4.3**

Il découle de ce qui précède que le droit d'accès au dossier a été restreint de manière conforme à l'art. 42a al. 3 LFINMA et sans aller au-delà de ce qui était nécessaire au respect par l'autorité inférieure de ses obligations, à l'exception de l'éventuelle violation du droit d'être entendu en tous les cas réparée dans le cadre de la présente procédure. Le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

#### **E. 5**

La recourante conteste que l'AMF Québec soit en mesure de respecter ses engagements en vertu du MMoU. À ses yeux, le classement de la procédure pénale dirigée contre C.\_\_\_\_\_ et al. démontre que l'organisation interne de cette autorité n'est actuellement pas en mesure de traiter une telle affaire sans violer les garanties procédurales les plus fondamentales des parties à la procédure. Elle souligne que le comportement de l'autorité requérante jusqu'à aujourd'hui - dont le manque de rigueur et le laxisme ont été soulignés par le juge en charge de la procédure pénale - ne permet pas de garantir que la documentation bancaire la concernant ne sera utilisée qu'aux fins de la procédure M.\_\_\_\_\_ ni d'ailleurs que les garanties procédurales dont elle et son ayant droit économique doivent bénéficier seront respectées. Elle en déduit qu'il ne peut à l'heure actuelle être garanti que l'autorité requérante sera en mesure de respecter les exigences de confidentialité et de spécialité, la requête d'entraide devant en l'état être rejetée. De son côté, l'autorité inférieure réfute les arguments de la recourante. Elle se réfère à l'arrêt B-6294/2017, estimant que l'autorité requérante a donné toutes les garanties nécessaires en vue d'une utilisation des données conforme aux principes de spécialité et de confidentialité. Selon elle, on ne saurait en outre conclure que les événements récents relatifs à la décision de la Cour du Québec du (...) juin 2018 démontreraient, de manière généralisée, une absence de bonne foi de la part de l'autorité requérante et un déni de ses obligations en matière de traitement confidentiel et d'usage spécifique des informations obtenues. Enfin, elle souligne l'entraide entre les deux autorités n'ayant jusqu'ici pas permis de conclure à un comportement de l'AMF Québec qui serait contraire aux engagements dûment pris en vertu des principes de spécialité et de confidentialité. Dans ses remarques du 15 août 2018, la

recourante souligne que les considérations de la Cour du Québec dans sa décision du (...) juin 2018 sont alarmantes, dénonçant de véritables failles systémiques au sein de l'organisation interne de l'AMF qui ne permettent pas de garantir le respect des garanties procédurales élémentaires.

#### **E. 5.1.1**

En vertu de l'art. 42 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si : - ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers 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 par 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).

#### **E. 5.1.2**

La let. a de cette disposition permettant la transmission à d'autres autorités, tribunaux ou organes a été adoptée en vue de tenir compte des organisations différentes de la procédure selon les États : selon le système mis en place, les sanctions peuvent relever du droit de la surveillance, du droit pénal ou également du droit civil. Aussi, différentes autorités peuvent être responsables de l'enquête, en particulier des autorités de poursuite pénale, et doivent donc également pouvoir utiliser les informations reçues dans le cadre de l'assistance administrative (cf. arrêt du TAF B-7969/2015 du 16 mars 2016 consid. 4.1.2 ; Message LBVM 2004, FF 2004 6341, 6350). Il convient de reconnaître également que, selon le stade auquel intervient le juge pénal - au début, au cours ou à la fin d'une procédure de droit administratif -, une séparation entre une étape de la procédure d'assistance administrative relevant du droit de la surveillance et une autre relevant du droit pénal s'avère cependant artificielle et impraticable, les différentes procédures pouvant être mêlées. De plus, il arrive souvent que les autorités compétentes non seulement échangent des informations, mais aussi collaborent entre elles (cf. Message LBVM 2004, FF 2004 6341, 6350). Puisque les autorités de surveillance des marchés financiers, lors de l'exécution des lois sur les marchés financiers, surveillent de manière prépondérante les marchés financiers à la recherche de potentiels délits, elles entrent inévitablement en concurrence avec les fonctions d'enquête des autorités pénales. Elles se procurent des informations en vue de la répression de délits commis sur les marchés financiers prévue par les dispositions du droit de la surveillance et pour leur transmission éventuelle aux autorités pénales afin que ces délits fassent l'objet d'une poursuite pénale, si nécessaire par le biais de l'entraide administrative (cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2016 consid. 9.1 ; Hans-Peter Schaad, in : Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2ème éd., 2011, art. 38 LBVM n° 30). Il en découle que l'entraide judiciaire en matière pénale perd en importance s'agissant de poursuivre les délits commis sur les marchés financiers, raison pour laquelle une séparation claire entre l'entraide administrative et l'entraide judiciaire en matière pénale ne s'avère dans ce domaine plus possible. Dès lors, si les conditions requises sont remplies, les deux voies en vue de l'obtention des informations s'avèrent ouvertes (cf. arrêts du TAF B-7195/2015 consid. 9.1 et B-759/2015 du 15 avril 2015 consid. 7 et les réf. cit.). Si les informations transmises à l'étranger par le biais de l'entraide sont utilisées dans une procédure pénale, la question se pose alors d'un éventuel contournement de l'entraide internationale en matière pénale. L'art. 42 al. 2 LFINMA permet certes explicitement une

telle utilisation. Dans chaque cas particulier, il convient toutefois de déterminer si l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers possède un intérêt propre aux données, ce qui est par exemple le cas si elle dispose de la compétence de mener des enquêtes et de prononcer des sanctions. Alors, l'entraide administrative internationale se voit admise même si une procédure pénale a déjà été ouverte (cf. arrêt B-7195/2015 consid. 9.1 ; Anette Althaus, *Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderdelikten?*, PJA 1999, p. 945). Si une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers transmet les informations obtenues dans le cadre de l'entraide aux autorités pénales compétentes (soit des autorités de poursuites pénales ou des tribunaux pénaux) en vue de l'exécution des lois sur les marchés financiers en raison de l'existence d'un soupçon de délit sur les marchés financiers, l'accord de la FINMA n'est pas nécessaire (art. 42 al. 2 let. a LFINMA en lien avec l'art. 42 al. 5 LFINMA).

### **E. 5.1.3**

Par ailleurs, conformément au principe de la confiance en droit international public, il n'existe en principe - sous réserve d'un abus de droit manifeste ou en cas d'incertitude justifiée quant au respect de l'ordre public suisse ou international - aucune raison de mettre en doute l'exposé des faits et les déclarations d'autres États. Ce principe constitue un élément essentiel de la collaboration internationale entre les autorités. Sur cette base et jusqu'à la preuve du contraire, il est permis de présumer qu'un État se comporte d'une manière conforme à la bonne foi. Ce principe trouve application dans le domaine de l'entraide administrative et judiciaire dans son ensemble (cf. arrêt B-6294/2017 consid. 3.1 et les réf. cit. ; voir aussi Message LBVM 2004, FF 2004 6341, 6359). Ainsi, de jurisprudence constante, les autorités étrangères ne sont pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public quant au respect des principes de spécialité et de confidentialité mais doivent s'engager à mettre tout en oeuvre pour s'y conformer. Aussi longtemps que l'État requérant les 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 (cf. arrêt B-1219/2017 consid. 2 ; voir aussi Message LBVM 2004, FF 2004 6341, 6359). En outre, l'autorité requise n'a pas non plus à se pencher sur l'interprétation du droit de l'État requérant. Il en découle que l'interprétation et l'application correctes des dispositions étrangères relèvent exclusivement de la compétence de l'État étranger (cf. arrêt B-6294/2017 consid. 7.1 et les réf. cit.).

### **E. 5.2**

En l'espèce, dès lors que la teneur de l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA tient compte de la possibilité de le système mis en place dans l'État requérant mêle les procédures pénale et administrative, le fonctionnement de l'AMF Québec sous cet angle ne fait, en soi, pas obstacle à l'entraide. En ce qui concerne les garanties fournies par l'AMF Québec, celle-ci a expressément indiqué, dans son courriel du 16 octobre 2017 transmis à la recourante (cf. supra consid. 4.2), être liée par les termes et conditions du MMoU, dont elle est signataire ; elle a, à cet égard, précisé que les informations obtenues de l'autorité inférieure suivant les demandes d'assistance envoyées en vertu dudit MMoU seront utilisées conformément aux paragraphes 10 (utilisations permises des informations échangées) et 11 (confidentialité) MMoU et pour les fins mentionnées dans lesdites demandes envoyées à la FINMA dans le dossier en cause. Elle a ensuite ajouté que, en plus du huis-clos de l'enquête, son personnel est soumis à des conditions strictes en matière de communication de renseignements tel que le prescrit l'art. 16 de la Loi sur l'autorité des Marchés Financiers. Enfin, elle a confirmé que

les informations obtenues de la FINMA ne seront pas transmises à des tiers pour des objectifs autres que ceux mentionnés dans les demandes d'assistance sans le consentement de la FINMA. Ainsi, l'AMF Québec a exprimé, sans ambiguïté et sans réserve, son intention et sa volonté de se conformer aux exigences découlant du MMoU. De plus, dans le dispositif de la décision entreprise, la FINMA lui rappelle expressément que les informations et documents transmis doivent être traités de manière confidentielle conformément à l'accord précité et utilisés exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ainsi que les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmis 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 oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce de valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières nécessite l'autorisation de la FINMA. Il convient encore d'examiner si des éléments pertinents permettent de supposer que l'autorité ne se comporte pas de bonne foi et ne respecte pas ses engagements en matière de confidentialité et d'usage spécifique des informations obtenues dans le cadre de l'entraide. La Cour du Québec a, dans sa décision du (...) juin 2018, mis en lumière divers dysfonctionnements au sein de l'AMF Québec dont la gravité a conduit au classement de la procédure pénale, ainsi que l'a souligné la recourante ; ladite Cour y fait notamment état du laxisme et de l'absence de rigueur de l'AMF Québec dans le traitement de pièces confidentielles. Certes, la procédure concernée était de nature pénale ; partant, ces dysfonctionnements ne sauraient être pris en considération sans distinction in casu ni ne doivent conduire à remettre en question l'ensemble de l'activité de l'AMF Québec. Cependant, compte tenu des exigences de confidentialité et de spécialité découlant des dispositions régissant l'entraide, les éléments soulignés par la recourante se fondant sur cette décision ne manquent pas d'interpeller, suscitant des incertitudes indéniables et légitimes sur le fonctionnement de l'AMF Québec également dans la procédure ayant nécessité l'entraide ; cela est d'autant plus vrai qu'au moins l'un des collaborateurs de l'AMF Québec visé expressément par les reproches articulés par la Cour du Québec intervient également dans la procédure à la base des requêtes d'entraide des 4 août 2016 et 28 septembre 2017, son nom apparaissant dans la correspondance de cette autorité avec la FINMA ; c'est notamment lui qui a signé le courriel de l'autorité requérante du 16 octobre 2017 ainsi que celui du 11 juin 2018 par lequel elle expose l'absence d'effets de la décision du (...) juin 2018 sur la procédure pour laquelle l'entraide a été demandée. En outre, il n'appartient aux autorités requises ni d'examiner la structure ou le fonctionnement d'une autorité requérante ni d'analyser en détail et d'interpréter une décision d'une cour étrangère afin d'en déterminer précisément la portée. Aussi, il n'y a pas lieu de se pencher plus avant sur la nature des dysfonctionnements constatés et d'établir si, en raison de leur nature, ils s'avèrent véritablement susceptibles de se répéter dans la procédure pour laquelle l'AMF Québec a requis l'entraide de sorte que l'on devrait déjà admettre que les garanties qu'elle a données sont actuellement insuffisantes ; c'est au contraire à cette dernière qu'il incombe d'apporter les éclaircissements nécessaires. Elle s'est certes déterminée le 11 juin 2018, soit après que la décision de la Cour du Québec a été rendue le (...) juin 2018. Elle n'en connaissait toutefois pas encore la motivation et s'est en substance bornée à indiquer les conséquences du classement de la procédure, déclarant qu'il s'agissait de procédures différentes ; elle ne s'est en revanche pas déterminée sur les incidences des dysfonctionnements eux-mêmes. En effet, elle a souligné que la procédure ouverte contre C. \_\_\_\_\_ pour laquelle la Cour du Québec a ordonné le classement était

une procédure parallèle et distincte du dossier pour lequel elle a requis l'assistance de la FINMA ; elle en a déduit que la décision du (...) juin 2018 dans le procès pénal de C.\_\_\_\_\_ et ses co-accusés n'avait pas d'impact sur l'enquête et les autres procédures en cours pour lesquels l'AMF Québec a sollicité l'aide de la FINMA. Sans mettre en doute ces déclarations, le seul fait qu'il s'agisse de procédures séparées ne permet pas encore d'exclure la possibilité que les dysfonctionnements constatés dans l'une des procédures puissent également se reproduire dans l'autre. Si ces doutes ne paraissent pas suffisants à rejeter définitivement la demande d'entraide, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent être levés avant que l'entraide puisse être accordée ; cela s'avère impossible en l'absence de toute prise de position circonstanciée de l'autorité requérante sur les manquements graves qui lui ont été reprochés et en particulier sur le point de savoir si, compte tenu de son fonctionnement, ils sont également susceptibles de se répéter dans la procédure ayant nécessité le dépôt d'une requête d'entraide. Enfin, on ne saurait, comme l'autorité inférieure, comparer la situation découlant de la décision de la Cour du Québec du (...) juin 2018 à celle prévalant dans l'affaire B-6294/2017. En effet, les éléments fournis par les recourants concernant des manquements de l'AMF Québec dans d'autres procédures n'étaient pas de nature à faire naître des doutes quant au respect des principes découlant de l'art. 42 LFINMA dans le cadre de la procédure pour laquelle l'entraide était demandée ; il s'agissait d'une part de la collecte illicite de documents et d'autre part du dépôt tardif des accusations.

### **E. 5.3**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il existe des doutes quant au respect, par l'autorité requérante, des principes prévus à l'art. 42 al. 2 LFINMA qui ne peuvent, pour l'heure, être levés. Il s'ensuit que le grief de la recourante est bien fondé.

### **E. 6**

Aux termes de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. Si le renvoi se présente comme l'exception, il est cependant admis que le juge dispose d'une grande latitude pour décider s'il entend procéder lui-même aux mesures à prendre ou s'il renvoie l'affaire à l'administration (cf. ATAF 2014/42 consid. 7.2). Cela étant, si la réforme présuppose un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, un renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure se justifie notamment lorsque d'autres éléments de fait doivent encore être constatés et qu'une procédure probatoire approfondie et complexe doit encore être menée (cf. Weissenberger/ Hirzel, in : Praxiskommentar VwVG, 2016, art. 61 n° 16 ; Moser/ Beusch/ Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2013, n. marg. 3.194 ; Madeleine Camprubi, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 61 n° 11 ; arrêt du TAF C-5942/2012 du 27 août 2014 consid. 6.1). La réforme se révèle en outre inadmissible lorsque des questions pertinentes doivent être tranchées pour la première fois. À cet égard, il importe de rappeler que, si la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF, celle-ci suppose l'obligation de vérifier d'office ces faits plus que de les établir puisqu'elle incombe initialement à l'autorité inférieure ainsi qu'à l'administré dans les limites de son obligation de collaborer (cf. arrêt du TAF B-7773/2015 du 16 mars 2016 consid. 2.1.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF C-4674/2014 du 3 mars 2016 consid. 7.1 et les réf. cit.). Un renvoi peut également se justifier par les tâches différentes ainsi que les fonctions et moyens respectifs dont disposent les diverses instances appelées à se succéder au cours de la

procédure (cf. ATF 131 V 407 consid. 2.1.1 ; Camprubi, op. cit., art. 61 n° 12) ou pour éviter que l'autorité de recours n'outrepasse ses compétences en examinant de son propre chef et en tranchant, en instance unique, des questions déterminantes n'ayant jamais été discutées auparavant, privant ainsi les parties recourantes d'une voie de recours (cf. notamment ATAF 2011/42 consid. 8 et 2010/46 consid. 4 ; voir également Weissenberger/Hirzel, op. cit., art. 61 n° 17 ; Moor/ Poltier, Droit administratif, vol. II, no 5.8.4.3, pp. 826 à 828 ; Camprubi, op. cit., art. 61 no 11). Comme exposé précédemment, les incertitudes quant au respect par l'autorité requérante des principes prévus à l'art. 42 al. 2 LFINMA découlant de la décision de la Cour du Québec du (...) juin 2018 ne peuvent pas être levées, faute de prise de position circonstanciée de l'autorité requérante sur les dysfonctionnements constatés. Dans ces conditions, l'affaire n'est pas à même d'être jugée. La décision litigieuse doit donc être annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle entreprenne les mesures d'instruction nécessaires auprès de l'autorité requérante, apprécie la position de cette dernière puis rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

### **E. 7.1**

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). Selon la pratique, la partie obtenant un renvoi à l'autorité inférieure afin que cette dernière procède à des éclaircissements complémentaires est réputée, sous l'angle de la fixation des frais de procédure et des dépens, obtenir entièrement gain de cause (cf. ATF 132 V 215 consid. 6.1). Par ailleurs, 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 28 juin 2018 lui est restituée.

### **E. 7.2**

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). 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 écritures. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité, de la complexité de l'affaire, de l'issue du recours, une indemnité fixée à 4'000 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. 8**

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.