

# **BVGer B-6888/2018 vom 28. Februar 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6888\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6888_2018)

FR: TAF B-6888/2018 du 28 février 2019

IT: TAF B-6888/2018 del 28 febbraio 2019

## **Regeste**

Assistance administrative internationale

## **Erwägungen**

### **E. 6**

La recourante reproche à l'autorité requérante de procéder à une « fishing expedition », à savoir une recherche indéterminée de moyens de preuve, en sollicitant des renseignements sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser son enquête. Elle affirme que le nom de son ayant droit économique pouvait être obtenu dans l'heure auprès des autorités de U.\_\_\_\_\_. Le principe de subsidiarité, selon lequel l'autorité requérante doit d'abord épuiser les moyens se trouvant à sa disposition sur le plan interne, ne se révèle selon la recourante pas respecté en l'espèce. L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis ne présentent aucun rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et se révèlent manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de preuves ; en outre, la question de savoir si les renseignements demandés se révèlent nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante (cf. supra consid. 4.1). En l'espèce, il ressort de la documentation d'ouverture de compte transmise par I.\_\_\_\_\_. SA que S.\_\_\_\_\_ figurait comme ayant droit économique dans les documents d'ouverture de compte datés de (...) 2016. De surcroît, la demande de modification du 8 mai 2018 désigne L.\_\_\_\_\_ Trust comme nouveau bénéficiaire économique, constitué par S.\_\_\_\_\_ - également mentionnée comme bénéficiaire. Ces informations présentent une contradiction avec celles fournies dans la lettre adressée par un représentant de la recourante à la société litigieuse le (...) 2018, laquelle fit ensuite l'objet d'une publication par B.\_\_\_\_\_ en date du (...) 2018 : le L.\_\_\_\_\_ Trust s'avère bel et bien énoncé en tant que bénéficiaire économique mais le nom de S.\_\_\_\_\_ n'y figure pas ; en outre, les bénéficiaires du trust annoncés s'incarnent dans d'autres personnes, à savoir M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_. Il en découle une incertitude s'agissant de l'identité réelle du bénéficiaire économique du compte de la recourante auprès de I.\_\_\_\_\_ SA. Par conséquent, les informations issues des documents obtenus ont la faculté d'aider le Takeover Panel à avancer dans son enquête et à éclaircir les relations entre les bénéficiaires économiques des actionnaires de B.\_\_\_\_\_ impliqués. De ce point de vue, l'information requise ne peut pas être qualifiée de « fishing expedition ».

### **E. 7**

Pour le surplus, la recourante reproche à l'autorité requérante de vouloir consulter des documents allant au-delà de l'information relative au bénéficiaire économique ; il s'agit notamment des mouvements sur son compte, requis du 21 décembre 2017 au 14 juin 2018

et fournis jusqu'au 2 juillet 2018 par I.\_\_\_\_\_ SA. Selon ses termes, l'autorité requérante a signalé vouloir obtenir le détail relatif à tous les transferts de fonds entrants du 21 décembre 2017 « to the present day ». La requête étant datée du 14 juin 2018, la recourante estime que les informations devraient se limiter à cette date. La FINMA considère en revanche que l'autorité requérante a vraisemblablement souhaité que les informations couvrent une période la plus longue possible. À cet égard, il convient en effet d'admettre que les mouvements sur le compte de la recourante sont susceptibles de contenir des indices d'une relation entre les bénéficiaires économiques des actionnaires faisant l'objet de l'enquête de l'autorité requérante. Il paraît donc justifié de transmettre ces informations. Par ailleurs, compte tenu du fait qu'aucun transfert n'a été effectué entre le 14 juin et le 2 juillet 2018, la question relative à la période exacte requise par le Takeover Panel peut demeurer ouverte. Dans ces circonstances, rien ne s'oppose en définitive à ce que les informations jusqu'au 2 juillet 2018 soient transmises sans que la recourante n'en subisse un désavantage.

#### **E. 8**

La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure d'admettre l'entraide sans que le Takeover Panel n'ait épuisé au préalable toutes les sources habituelles de renseignements prévues dans sa procédure interne. En l'occurrence, il n'est pas contesté que la participation en actions de la société litigieuse soit déposée sur le compte de la recourante auprès de I.\_\_\_\_\_ SA qui a son siège en Suisse. La requête d'entraide permet ainsi d'obtenir l'identité de l'ayant droit économique de ce compte, ce qui aidera l'autorité requérante à s'assurer de la véracité des éventuelles informations obtenues des autorités de U.\_\_\_\_\_ ou de celles fournies par la recourante à la société litigieuse le 13 juin 2018. Mal fondé, le grief doit donc être rejeté.

#### **E. 9**

La recourante reproche à la décision attaquée de ne pas mentionner expressément (ni dans les considérants, ni dans le dispositif) la transmission de [information anonymisée] ; elle estime que son droit d'être entendue n'a pas été respecté dans ce cadre. L'autorité inférieure admet dans ses déterminations du 21 décembre 2018 que le dispositif de la décision attaquée s'avère incomplet en ce qu'il ne mentionne pas expressément la transmission à l'autorité requérante de [information anonymisée]. L'autorité inférieure reconnaît qu'il s'agit d'une « malencontreuse erreur » et prie le tribunal de céans de bien vouloir la corriger pour des raisons d'économie de procédure. Elle précise que, conformément à l'art. 58 PA, une décision de reconsidération ayant des effets négatifs pour la recourante peut uniquement avoir le caractère d'une conclusion adressée à l'autorité de recours auprès de laquelle la procédure se trouve pendante en raison de l'effet dévolutif. En pareilles circonstances, seule ladite autorité peut à son sens décider d'une modification au détriment de la recourante. En outre, la FINMA ajoute avoir manifesté à la recourante son intention de transmettre l'information idoine et lui avoir accordé à plusieurs reprises la possibilité de s'exprimer à ce propos - ce qu'elle a par ailleurs fait. L'autorité inférieure explique avoir ainsi respecté le droit d'être entendue de la recourante. Également, l'autorité inférieure qualifie [information anonymisée] d'explication essentielle à [information anonymisée]. Elle peut selon elle dans tous les cas faire l'objet d'une transmission, la FINMA étant autorisée à compléter spontanément une demande d'entraide avec les renseignements lui semblant utiles sous l'angle du droit de la surveillance, dans la mesure où ces renseignements paraissent pouvoir servir à la procédure étrangère et qu'ils détiennent un rapport objectif avec elle. Selon l'art. 58 al. 1 PA, l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel

examen de la décision attaquée. Cependant, une modification au détriment du recourant, autrement dit la *reformatio in peius*, est soumise à certaines restrictions. Une décision de reconsidération ayant des effets négatifs pour le recourant peut uniquement avoir le caractère d'une conclusion adressée à l'autorité de recours auprès de laquelle la procédure est pendante en raison de l'effet dévolutif. Seule l'autorité de recours décide d'une éventuelle *reformatio in peius* (cf. ATAF 2007/29 consid. 4.3). En l'espèce, la FINMA a formulé une conclusion reconventionnelle tendant à la modification du dispositif de la décision attaquée en défaveur de la recourante. En d'autres termes, elle fait ainsi part de sa volonté de reconsidérer sa décision. Conformément aux principes énoncés ci-dessus, on ne peut y procéder que par une requête adressée au tribunal de céans, saisi de l'objet du litige. Ladite requête s'avère par conséquent recevable et sera examinée ci-après. Dans un premier temps, le tribunal de céans s'attachera à examiner la portée de la décision attaquée (cf. infra consid. 10) ; puis, dans un second temps, il examinera si les conditions de sa modification au détriment de la recourante sont remplies (cf. infra consid. 11).

### **E. 10.1**

Le dispositif des décisions doit être clair et précis tout en déterminant les droits et obligations de son destinataire dans des termes choisis de manière qu'il puisse le comprendre sans difficulté ; si nécessaire, le dispositif peut être interprété à la lueur des considérants (Tschannen/Zimmerli/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4ème éd. 2014, p. 273 ch. marg. 15 s., Moor/Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3ème éd. 2011, ch. 2.1.2.8, p. 207, note 148, Rolf Heinrich Haltner, *Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes [Artikel 5 VwVG]*, 1979, p. 25). Seul le dispositif produit des effets juridiques (cf. Merkli/Aeschlimann/ Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 52 no 12).

### **E. 10.2**

En l'espèce, le dispositif de la décision attaquée ne mentionne pas la transmission spontanée de [information anonymisée]. Ladite décision n'évoque au demeurant l'intention de l'autorité inférieure de transmettre cette information que dans l'état de fait : lorsqu'elle explique en avoir informé la recourante (cf. décision attaquée consid. 16 et 20) ; lorsqu'elle se penche sur le caviardage de certaines pièces du dossier (cf. décision attaquée consid. 31). Ces considérants n'examinent pas si la transmission respecte les exigences de l'entraide spontanée. Ce n'est que dans sa réponse que l'autorité inférieure, se rendant compte de son erreur, a sollicité le complément du dispositif. Elle a alors précisé que cette information se révélait essentielle à la compréhension de la documentation bancaire sollicitée par l'autorité requérante et devait donc lui être transmise. L'autorité inférieure a ajouté que cette information pourrait, dans tous les cas, être transmise spontanément.

### **E. 10.3**

Il n'en demeure pas moins que le dispositif de la décision attaquée ne fait pas mention de l'intention de la FINMA de transmettre l'information considérée à l'autorité requérante ; il s'avère donc incomplet. Etant donné que le dispositif doit être clair et précis, on ne peut combler la présente lacune par une interprétation tirée des considérants. De surcroît, ceux-ci ne se penchent pas sur les conditions d'une éventuelle transmission spontanée. Dès lors, le seul moyen de compléter la décision attaquée consisterait en l'admission de la requête de l'autorité inférieure en modification de la décision attaquée au détriment de la recourante. Il y a donc lieu d'examiner maintenant si les conditions d'une *reformatio in peius* sont

remplies (cf. infra consid. 11).

## **E. 11**

Il convient de se pencher tout d'abord sur les conditions fixées par l'art. 62 al. 2 PA (cf. infra consid. 11.1) avant de s'intéresser aux exigences cumulatives développées par la jurisprudence (cf. infra consid. 11.2) et, finalement, d'en tirer les conclusions subséquentes (cf. infra consid. 11.3).

### **E. 11.1.1**

Aux termes de l'art. 62 al. 2 PA, l'autorité de recours peut modifier au détriment d'une partie la décision attaquée lorsque celle-ci viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits ; pour inopportunité, la décision attaquée ne peut être modifiée au détriment d'une partie, sauf si la modification profite à la partie adverse. La modification de la décision attaquée au détriment du recourant se voit ainsi soumise à certaines limites. Un changement négatif ne saurait être imposé au recourant que si la décision plus favorable de l'autorité inférieure reposait sur une violation du droit ou une erreur liée à l'état de fait. Sont également prises en considération les abus ou excès du pouvoir d'appréciation par l'autorité inférieure. En revanche, une *reformatio in peius* s'avère en principe exclue pour des motifs d'opportunité, à savoir lorsque l'autorité de recours déciderait différemment dans sa marge d'appréciation. On n'admet une telle modification que lorsqu'elle profite à la partie adverse (cf. Madeleine Camprubi, in: *Kommentar VwVG*, 2e éd. 2019, art. 62 n° 4 ss, Thomas Häberli, in: *Praxis-kommentar VwVG*, 2e éd. 2016, art. 62 n° 22 ss, Annette Guckelberger, *Zur reformatio in peius vel melius in der schweizerischen Bundesverwaltungsrechtspflege nach der Justizreform*, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2010 p. 110, Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechts-pflege*, 2ème éd. 1983, p. 252).

### **E. 11.1.2**

En l'espèce, force est de constater d'emblée que la modification de la décision attaquée emporterait des effets négatifs pour la recourante : des informations confidentielles la concernant - non requises par le Takeover Panel - se trouveraient transmises sans que la décision ne le prévoie expressément. La question se pose de savoir si la décision attaquée viole le droit fédéral en omettant de mentionner dans son dispositif que l'information idoine ferait également l'objet d'une transmission à l'autorité requérante. On peine ici à voir quelle disposition du droit fédéral serait violée par l'omission d'ordonner la transmission spontanée d'une information qui n'avait pas été explicitement demandée par l'autorité requérante. Dans ses remarques responsives, la FINMA n'indique par ailleurs pas en quoi la décision attaquée violerait le droit fédéral. En outre, l'on ne peut reprocher à la FINMA d'avoir constaté les faits de manière insuffisante ou incomplète, [information anonymisée] lui ayant été communiqué directement par la banque. Ce fait ne s'avère donc pas nouveau et a été pris en considération dans le cadre de la procédure. Enfin, la décision attaquée ne saurait être non plus modifiée au détriment de la recourante pour inopportunité, compte tenu de l'absence de partie adverse à qui cette modification pourrait bénéficier.

### **E. 11.1.3**

À titre de conclusion intermédiaire, il sied de constater que, parmi les critères de l'art. 62 al. 2 PA, seule la violation du droit fédéral serait à même de justifier une *reformatio in peius* dans la présente affaire. Cette question - non démontrée par la FINMA - peut rester provisoirement ouverte tant que les autres conditions nécessaires à la *reformatio in peius*

n'auront pas été soupesées (cf. infra consid. 11.2).

### **E. 11.2.1**

L'autorité de recours ne fait usage de la possibilité offerte par l'art. 62 al. 2 PA que lorsque la décision attaquée s'avère manifestement incorrecte et que la modification recèle une importance considérable (cf. ATF 142 V 337 consid. 3.1, 119 V 241 consid. 5, 108 Ib 227 consid. 1b, 105 Ib 348 consid. 18a ; arrêts du TAF B-3314/2013 du 16 juin 2015 consid. 4.3.5.1, A-4728/2011 du 20 août 2012 consid. 1.3, A-1709/2006 du 28 octobre 2008 consid. 1.5). Il convient en outre de prendre en considération les intérêts privés et publics en jeu ainsi que d'examiner si l'intérêt à l'application correcte du droit fédéral permet de justifier l'aggravation de la situation du recourant (cf. arrêt du TAF C-5527/2009 du 21 octobre 2011 consid. 8.4 ; Madeleine Camprubi, op. cit. p. 22, art. 62 PA n° 9, Thomas Häberli, op. cit. p. 22, art. 62 n° 26 s., Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundes-verwaltungsgericht, 2e éd. 2013, n. 3.200a).

### **E. 11.2.2**

La transmission spontanée de données non expressément requises par la FINMA fait partie de sa liberté d'appréciation. Pour cette raison, l'omission de l'autorité inférieure, comme c'est le cas en l'espèce, n'a pas pour effet de rendre la décision attaquée manifestement incorrecte. Par ailleurs, aucun indice véritablement probant ne met en lumière l'importance de l'information complémentaire qui n'apparaît ainsi pas d'emblée comme étant considérable pour l'enquête du Takeover Panel. Tout au plus pourrait-elle indiquer que [information anonymisée]. Elle ne devrait cependant - selon toute vraisemblance - pas jouer de rôle essentiel dans l'enquête qui a pour but d'identifier le bénéficiaire économique des actions de la société litigieuse déposées sur le compte de la recourante. S'agissant de la pondération des intérêts en cause, il convient de préciser ce qui suit : la recourante possède indéniablement un intérêt à l'obtention d'une décision claire, motivée et susceptible de recours. Or, une reformatio in peius par le tribunal de céans aurait pour conséquence la suppression de toute possibilité de recours sur ce point, étant donné qu'il statue en dernière instance sur les décisions en matière d'entraide administrative internationale (art. 83 let. h LTF). À cela s'oppose l'intérêt public à ce que les procédures de ce genre soient menées avec diligence et rapidité (art. 42 al. 4 LFINMA). Certes, l'omission de la FINMA aboutirait éventuellement à un risque de dédoublement de la procédure pour le cas où elle prononcerait une nouvelle décision ordonnant la transmission spontanée de l'information concernée. Néanmoins, il s'agit quand même de privilégier l'intérêt de la recourante à l'obtention d'une décision formelle et sujette à recours : cet intérêt, de portée constitutionnelle, dépasse largement l'intérêt public à ne pas voir se prolonger la procédure d'entraide.

### **E. 11.2.3**

Partant, la décision attaquée ne répond pas à la notion de manifestement incorrecte et la modification requise ne présente pas une importance considérable au sens de la jurisprudence. Au demeurant, la pesée des intérêts publics et privés en présence ne légitime pas un changement au détriment de la recourante.

### **E. 11.3**

En conclusion, les conditions nécessaires à la reformatio in peius ne se révèlent pas remplies in casu. Dans ces circonstances, la question de la violation du droit fédéral au sens de l'art. 62 al. 2 PA peut rester sans autre ouverte puisque, quoi qu'il en soit, les exigences

cumulatives développées plus haut n'apparaissent pas respectées. Vu ce qui précède, il ne se justifie dès lors pas de modifier la décision au détriment de la recourante. La requête de l'autorité inférieure en complément du dispositif de la décision attaquée doit être rejetée. Sur ce point, le recours est donc admis.

## **E. 12**

La recourante estime par ailleurs que son droit d'être entendue n'a pas été respecté puisque certaines informations ont été caviardées dans les documents figurant au dossier. Le droit d'être entendu figure à l'art. 29 al. 2 Cst. ainsi qu'à l'art. 29 PA et comprend en particulier le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier. Ce droit se concrétise, s'agissant de la procédure administrative, aux art. 26 ss PA. Le droit de consulter le dossier s'étend à tous les actes essentiels de la procédure, soit ceux ayant servi de base à la décision litigieuse (cf. ATF 121 I 225 consid. 2a). À titre d'exception, l'art. 27 al. 1 PA donne à l'autorité le droit, à certaines conditions, de refuser la consultation des pièces ; ce refus ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). Selon l'art. 28 PA, 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. 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 leur contenu essentiel d'une manière lui permettant d'exercer son droit d'être entendue (cf. arrêt du TAF B-3496/2018 du 28 septembre 2018 consid. 4.1 ; Waldmann/ Oeschger, in: Praxiskommentar VwVG, 2e éd. 2016, art. 28 n° 9). En l'espèce, les informations caviardées dans les pièces du dossier n'ont pas été communiquées à la recourante par la FINMA. Cette dernière a par ailleurs assuré que ces informations ne seraient pas transmises au Takeover Panel et donc pas utilisées à l'encontre de la recourante. Dès lors, l'art. 28 PA se voit respecté et le droit d'être entendu n'a pas été violé.

## **E. 13**

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, la décision attaquée est confirmée et le recours doit être rejeté sur ce point. En revanche, la FINMA se voit déboutée de sa conclusion en complément du dispositif de la décision attaquée, le recourant obtenant ainsi gain de cause à cet égard.

### **E. 14.1**

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 FITAF). En l'espèce, la recourante a succombé dans la majorité de ses conclusions et a eu gain de cause sur un point. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'000 francs, sont réduits d'un cinquième et fixés à 2'400 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais de 3'000 francs déjà versée. Le solde de l'avance de frais sera restitué à la recourante.

### **E. 14.2**

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. Selon le décompte transmis au tribunal de céans, le total des prestations et débours se monte à 12'255 francs à un tarif horaire variant entre 200 et 400 francs. En tenant compte du barème précité, de la complexité de l'affaire, de l'issue du recours et du décompte fourni par la recourante, une indemnité fixée à 2'500 francs lui est équitablement allouée 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. 15**

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.