

# **BVGer B-821/2020 vom 21. Juli 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-07-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-821\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-821_2020)

FR: TAF B-821/2020 du 21 juillet 2020

IT: TAF B-821/2020 del 21 luglio 2020

## **Regeste**

Assistance 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 (RS 956.1), 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**

Le requérant, 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).

#### **E. 1.3**

Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 42a al. 6 LFINMA, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

### **E. 2**

Dans un premier temps, il convient de distinguer, d'une part, les requêtes fondées sur la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1 ; LPD) que le requérant a adressées à la FINMA et, d'autre part, les requêtes en consultation de la correspondance entre la BaFin et la FINMA ainsi que des documents de travail internes fondées sur le droit d'être entendu et la PA. La LPD ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance (art. 2 al. 2 let. c LPD). Ainsi, la procédure d'entraide administrative internationale menée par la FINMA s'avère soumise à la LPD (cf. arrêt du TAF B-3450/2018 du 24 août 2018 consid. 2.1.2 ; Maurer-Lambrou/ Kunz, in : Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3e éd. 2014, art. 2 LPD n° 38). 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. 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. arrêt B-3450/2018 consid. 2.1.2 et les réf. cit.). En l'espèce, le requérant a sollicité à diverses reprises de la FINMA un accès au dossier sur la base de l'art. 8 LPD. Avant le prononcé de la décision attaquée, il le fit pour la dernière fois en date du 13 février 2019. La FINMA lui a répondu le 25 mars 2019 que, dans la mesure où une procédure était actuellement pendante, l'information concernant les données personnelles du requérant contenues dans les pièces de la présente procédure, soit la correspondance avec la BaFin et les documents servant à la formation interne d'opinions au sein de la FINMA, se voyait reportée jusqu'à la clôture de la procédure. Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure affirme que la communication des informations personnelles du requérant au sens de la LPD se voit reportée au moins jusqu'à la clôture définitive de la procédure. Dans son recours, le requérant ne formule aucune conclusion fondée sur la LPD devant le tribunal de céans et ne critique pas la décision attaquée sur ce point. Cet aspect n'est donc de ce fait pas compris dans l'objet de la présente procédure de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'examiner. Il convient nonobstant de préciser ce qui suit en relation avec les courriers échangés entre le requérant et la FINMA en cours de procédure dans lesquels le requérant a notamment sollicité un accès fondé sur la LPD au registre 9 (documents internes) du dossier de la FINMA relatif à la présente procédure ainsi qu'un accès à toutes les données traitées par la FINMA le concernant. S'agissant du dossier de la présente cause, il sied de considérer que la décision de la FINMA de différer l'information au sens de la LPD porte également sur le contenu du registre 9 de ce dossier. Comme indiqué ci-avant, le requérant n'ayant pas critiqué la décision de l'autorité inférieure sur ce point, nul n'est besoin de l'analyser. Pour le surplus, les demandes adressées par le requérant à la FINMA en cours de procédure et portant notamment sur la procédure [...], laquelle a été close par la FINMA suite à l'accord donné par le requérant à la transmission de certaines informations à la BaFin, sortent de l'objet du présent litige et n'ont donc pas à être soulevées. À titre complémentaire, il est permis de relever que dans tous les cas, il ne reste en principe aucune place pour l'application de la LPD dans le cadre de l'entraide internationale boursière, les art. 42ss LFINMA contenant une réglementation propre et spécifique relative à la protection des données, laquelle prime la LPD (cf. ATAF 2010/26 consid. 5.5.2; arrêts du TAF B-6371/2018 du 8 mars 2019 consid. 4.3.1 ; B-2460/2015 du 5 novembre 2015 consid. 3.4.3 ; B-307/2014 du 5 mars 2014 consid. 6.2; B-5297/2008 du 5 novembre 2008 consid. 5.2). Sur le vu de ce qui précède, les aspects liés à l'application de la LPD ne font pas l'objet du litige traité dans la présente procédure. En revanche, les conclusions du requérant fondées sur le droit d'être entendu et la PA tendant à la consultation de certaines pièces qualifiées de confidentielles par la FINMA, notamment les versions originales mais caviardées des demandes d'assistance judiciaire de la BaFin et les documents de travail de la FINMA, se verront examinées ci-dessous (cf. infra consid. 3).

### **E. 3**

Du point de vue de son droit d'être entendu, le requérant reproche à la FINMA de ne pas avoir eu accès à la copie complète des demandes d'assistance administrative des 14 février et 12 septembre 2018, seule une retranscription par la FINMA du contenu essentiel de ces documents s'étant vu portée à sa connaissance. Le requérant affirme qu'une partie

essentielle de l'enquête de la BaFin ne lui a été révélée que le 2 novembre 2018 lorsque la FINMA lui a transmis - à sa demande - une copie des questions complémentaires de la BaFin. Le recourant se plaint en outre de n'avoir découvert qu'au stade de la décision attaquée que la première communication de la FINMA à la BaFin avait eu lieu le 13 août 2018 ainsi que l'existence d'un courrier électronique adressé le 21 septembre 2018 par la BaFin à la FINMA et portant sur la délimitation de la période sensible concernant le détail des transactions sur le titre A.\_\_\_\_\_. Compte tenu des découvertes faites dans le cadre de la décision attaquée, le recourant met en doute le principe de transparence et souhaite s'assurer qu'il ait obtenu un accès complet au dossier. Il considère que la FINMA ne lui a révélé les informations que partiellement, le contraignant à solliciter la notification d'une décision formelle. Enfin, le recourant constate que la FINMA a transmis au tribunal de céans son dossier relatif au premier volet de la cause, lequel est clos et demande à ce qu'il puisse respectivement le consulter ou à ce qu'il soit écarté de la procédure. Enfin, le recourant considère que la FINMA ne justifie pas le caractère confidentiel des notes internes contenues au registre 9 de son dossier et soulève un risque d'homonymie dont il affirme qu'il alimente ses doutes sur la violation de son droit d'être entendu et de son droit à un procès équitable. L'autorité inférieure rappelle tout d'abord les principes applicables en matière de consultation des requêtes d'entraide administrative internationale. Elle observe que la requête du 14 février 2018 ne fait pas l'objet du recours puisque la procédure y relative a été conclue par courrier de transmission du 13 août 2018 conformément à l'accord fourni par le recourant en date des 11 juillet et 8 août 2018. Elle indique que le recourant avait pu consulter le dossier et n'avait pas demandé à être informé de l'envoi, respectivement de la date d'envoi, dudit courrier de transmission. S'agissant de la requête du 12 septembre 2018, elle rappelle avoir accordé l'accès au dossier par courrier du 2 novembre 2018 dans lequel elle a par ailleurs porté le contenu essentiel de cette requête à la connaissance du recourant. En outre, la FINMA qualifie de non essentielles les informations découvertes par le recourant dans la décision attaquée. Subsidiairement, elle défend l'avis qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu se trouverait en tout état de cause guérie dans le cadre de la présente procédure. La FINMA explique pour le surplus que les registres 8 à 12 de son dossier correspondent aux documents internes de travail servant uniquement à la formation interne d'opinions, lesquels doivent se voir qualifiés de confidentiels.

### **E. 3.1.1**

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 au MMoU (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 du 10 avril 2018 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 sied 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.

### **E. 3.1.2**

Conformément à une jurisprudence constante du TF, un droit de consulter les documents internes de l'administration ne peut être déduit ni des normes sur la consultation du dossier contenues dans la PA ni de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu selon l'art. 29 Cst. offrant une protection minimale à ce sujet. On qualifie de documents administratifs internes les documents qui n'ont pas le caractère de preuves dans une procédure mais qui sont d'usage interne et destinés à faciliter la tâche de l'organe de décision qui doit se former une opinion sur l'affaire à traiter (p. ex. projets, propositions, notes, rapports, etc.). En ne donnant aucun droit à la consultation de ces documents, on empêche que soient entièrement divulgués d'autres éléments que ceux que l'organe administratif a considérés comme décisifs ou qui ont été mentionnés dans la motivation de la décision elle-même (cf. ATF 125 II 473 consid. 4 et les réf. cit.).

### **E. 3.1.3**

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. 3.2.1**

En l'espèce, la FINMA a examiné, dans la décision entreprise, la demande de consultation du dossier du recourant 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. Il ressort du dossier que par courrier du 27 septembre 2018, l'autorité inférieure a demandé à C.\_\_\_\_\_ de lui fournir des informations et documents complémentaires relatifs au recourant. Parallèlement, celui-ci a été averti le 28 septembre 2018 de l'existence de la requête d'assistance administrative complémentaire de la BaFin. Dans ce même courrier, la FINMA demande au recourant de lui transmettre plusieurs informations et documents, tous relatifs aux transactions ayant suivi la recommandation d'achat fournie par D.\_\_\_\_\_ en novembre 2014. Sur sa demande, la FINMA a transmis au recourant une copie des questions adressées à C.\_\_\_\_\_ par courrier du 12 octobre 2018. Le 2 novembre 2018, l'autorité inférieure a avisé le recourant de la jonction de la procédure de recherches d'informations et de celle de notification concernant la transmission à la BaFin des informations obtenues de C.\_\_\_\_\_. Dans ce cadre, il a reçu un CD-ROM contenant une copie électronique du dossier. Simultanément, la FINMA lui a exposé le contenu essentiel de la requête de la BaFin du 12 septembre 2018 ; le recourant a eu l'occasion de s'exprimer par la suite. De ce point de vue, son droit d'être entendu a donc été respecté.

### **E. 3.2.2**

S'agissant des informations que le recourant affirme n'avoir découvert que dans la décision attaquée, il faut bien constater qu'elles ne sont pas essentielles au sens de l'art. 28 PA. D'une part, la date de la première transmission des informations le concernant n'apparaît pas comme telle, compte tenu du fait que le recourant avait lui-même admis cet envoi et son contenu auparavant. D'autre part, l'existence d'un courriel de la BaFin du 21 septembre 2018 précisant comment la période sensible à propos du détail des transactions A.\_\_\_\_\_ a été déterminée n'est également pas essentielle puisque ladite période a été dévoilée au recourant dans les courriers de la FINMA des 12 octobre et 2 novembre 2018 et qu'il a pu se déterminer. La FINMA n'a dès lors pas violé le droit d'être entendu du recourant à cet égard.

### **E. 3.2.3**

En ce qui se rapporte au dossier relatif à la première demande d'entraide de la BaFin, la FINMA a uniquement joint à la présente procédure le courrier de transmission du 13 août 2018. Ce document a été intégré au registre 10 du dossier de l'autorité inférieure, intitulé « Documents de travail ». Il n'est à cet égard pas choquant que la FINMA ait annexé ce document à la procédure puisque la demande complémentaire de la BaFin s'y réfère. On peut certes regretter que le recourant n'ait pris connaissance de cet ajout qu'au stade de la procédure de recours. Par ailleurs, il appert que le contenu essentiel de cette communication n'a pas été explicitement transmis au recourant dans le cadre de cette procédure. Nonobstant, dans ses courriers à la FINMA des 11 juillet et 8 août 2018, qu'il a lui-même déposés en annexe à son recours, le recourant acceptait la transmission de certaines

informations et documents à la BaFin. Ces informations et ces documents ont ensuite valablement été transmis à la BaFin par le courrier de transmission litigieux. Or, selon l'art. 42a al. 3 LFINMA, la FINMA peut refuser la consultation de la correspondance avec les autorités requérantes ; dès lors, elle ne se trouvait pas dans l'obligation de transmettre une copie du courrier du 13 août 2018 au recourant. Toujours est-il que le contenu de cette transmission correspond aux informations et documents que le recourant lui-même avait accepté de remettre à la BaFin. Il ne saurait ainsi invoquer une violation du droit d'être entendu à cet égard. Par ailleurs, l'information relative à l'ajout de cette pièce au dossier de la procédure en cours, pour autant qu'elle constitue une violation du droit d'être entendu, doit être regardée comme désormais guérie. Enfin, la demande d'accès du recourant à la demande de la BaFin du 14 février 2018 dépasse l'objet du présent litige puisque la procédure y relative a déjà été conclue par la transmission, le 13 août 2018, d'informations à la BaFin sur la base de l'accord donné par le recourant. Il n'y a dès lors pas lieu de l'examiner.

#### **E. 3.2.4**

À propos de la demande d'accès du recourant aux documents de travail qualifiés de confidentiels par la FINMA et figurant au registre 9 de son dossier, une jurisprudence constante considère que le droit d'être entendu et les normes contenues dans la PA ne créent aucunement un droit de consulter les documents internes de l'administration (cf. ATF 125 II 473 consid. 4a et les réf. cit.). Il n'y a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence claire dans le cas d'espèce. Les pièces y afférentes doivent indubitablement se voir qualifiées de documents internes qui ont servi à la formation de l'opinion de l'autorité inférieure. Par ailleurs, le risque lié à une homonymie, invoqué par le recourant pour justifier ses doutes relatifs à son droit d'être entendu et celui à un procès équitable - s'avère inexistant en pratique s'agissant de ces documents dont il ne fait aucun doute qu'ils le concernent. Le recourant ne dispose donc en définitive d'aucune habilitation fondée sur le droit d'être entendu et la PA à les consulter de sorte que la requête formulée dans ce sens doit être rejetée.

#### **E. 3.3**

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 du recourant doit dès lors être rejeté.

#### **E. 4**

Le recourant argue du fait qu'il existe un risque que l'autorité requérante utilise les informations transmises par le biais de l'entraide administrative à des fins pénales ou fiscales. Il affirme ignorer les tenants et aboutissants de l'enquête de la BaFin puisque la FINMA ne lui a pas confirmé le but ultime de l'enquête poursuivie par l'autorité requérante. Il estime ainsi que les principes de spécialité et de la bonne foi de l'autorité requérante sont violés et en que, par conséquent, l'entraide administrative doit se voir refusée.

##### **E. 4.1.1**

À teneur 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. 4.1.2**

Par ailleurs, le principe de la confiance en droit international public, selon lequel 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, constitue un élément essentiel de la collaboration internationale entre les autorités. Sur cette base, 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. ATAF 2015/47 consid. 3.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-3496/2018 du 28 septembre 2018 consid. 5.1.3 et les réf. cit.).

#### **E. 4.1.3**

L'art. 42 al. 5 LFINMA dispose que la FINMA peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2, let. a LFINMA - à savoir exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes - à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. 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 ; cf. arrêt B-3496/2018 consid. 5.1.2).

#### **E. 4.1.4**

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 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, 6357 s.] ; arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-524/2017 du 10 avril 2017 consid. 3.1.4).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, le tribunal de céans a déjà confirmé, par le passé, que la BaFin satisfaisait aux conditions requises par l'art. 42 al. 2 LFINMA et qu'elle respectait les principes de spécialité et de confidentialité (cf. ATAF 2015/27 consid. 2). Aucune violation des principes de spécialité et de confidentialité n'a été à ce jour constatée par le Tribunal administratif fédéral, diverses demandes d'entraide administrative internationale en matière boursière ayant jusqu'ici été admises au niveau de cette instance. Qui plus est, rien n'indique concrètement qu'elle entendrait ne pas les respecter s'agissant des informations qui pourraient lui être communiquées in casu. Au contraire, dans sa requête, la BaFin s'est engagée à n'utiliser les informations transmises que dans le but de l'enquête décrite. Elle a en outre affirmé que la confidentialité des données serait préservée et se réfère aux

dispositions de l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeur (OICV) dont elle s'avère signataire à part entière. Il en découle que la BaFin entend entreprendre ce qui est en son pouvoir afin d'éviter la transmission à des tiers des informations obtenues de la FINMA. De jurisprudence constante, de telles déclarations se révèlent suffisantes du point de vue de l'art. 42 al. 2 LFINMA (cf. arrêts du TAF B-5274/2013 du 28 mai 2014 consid. 3.1 ; B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 4 et les réf. cit.). De surcroît, la FINMA a, aux termes de la décision dont est recours, expressément attiré l'attention de la BaFin sur le fait que ces informations et documents devaient se voir traités de façon confidentielle conformément au MMoU et pouvaient être utilisés exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou retransmis, à cet effet uniquement, à d'autres autorités, tribunaux ou organes ; il a également été précisé que la transmission desdites informations à d'autres fins n'était possible qu'avec l'accord explicite de la FINMA. Compte tenu de ces éléments et en application du principe de la confiance dont rien ne justifie en l'occurrence de s'écarter, il n'y a pas lieu d'exiger à ce titre des garanties supplémentaires de la part de la BaFin.

#### **E. 4.3**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que le principe de spécialité et l'exigence de confidentialité sont garantis à suffisance de droit. Par ailleurs, rien ne justifie de mettre en doute les renseignements fournis par l'autorité requérante en application du principe de la confiance de sorte que l'autorité requérante remplit les conditions à l'octroi de l'entraide ancrées à l'art. 42 al. 2 let. a et b LFINMA.

#### **E. 5**

Le recourant invoque la violation du principe de proportionnalité. Il affirme que puisque les doutes de la BaFin sont nés du volume de vente du titre A.\_\_\_\_\_ le 17 juin 2016, une heure après l'annonce de l'offre publique d'acquisition, seules seraient justifiées des questions complémentaires eu égard à un ordre de vente que le recourant aurait placé sur l'intégralité de sa position avant 7h55 le 17 juin 2016, moment de la publication de l'offre d'achat précitée. Ainsi, seuls les achats et ventes portant sur le titre A.\_\_\_\_\_ en 2016 s'avèrent susceptibles de justifier l'entraide requise, à l'exception de l'acquisition des actions en 2014. Il explique que les informations qu'il est disposé à transmettre à la BaFin - notamment le tableau des opérations établi par C.\_\_\_\_\_ et portant sur les transactions sur le titre A.\_\_\_\_\_ du 12 février au 30 septembre 2016 - correspondent précisément à la période sensible telle que définie par l'autorité requérante et sont de nature à répondre à ses interrogations. Le recourant estime disproportionnée la demande de la BaFin d'étendre son enquête sur l'intégralité des transactions sur son compte C.\_\_\_\_\_ pour l'année 2016. Le recourant produit en annexe à son recours une liste des pièces qu'il accepterait de transmettre à la BaFin si le tribunal de céans devait arriver à la conclusion qu'il se justifie de transmettre la documentation bancaire. La FINMA observe quant à elle que la requête complémentaire de la BaFin est fondée sur un soupçon initial suffisant portant sur une possible violation des art. 8 et 14 du Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché. Suite à l'envoi - admis par le recourant - de la liste des transactions effectuées et des ordres passés sur le titre A.\_\_\_\_\_ entre le 13 janvier 2016 et le 30 juin 2016 par le biais de C.\_\_\_\_\_ et de la prise de position du recourant, la BaFin sollicite des informations plus étendues d'un point de vue temporel et portant sur toutes les transactions effectuées. La FINMA considère que la BaFin

requiert des informations complémentaires précises en lien avec les transactions suspectes et décrit de manière détaillée l'aptitude et la nécessité de celles-ci pour son enquête. Les informations requises sont de nature à éclaircir le sort des actions A.\_\_\_\_\_ achetées par le recourant, sa stratégie habituelle d'investissement ainsi que le rôle des personnes potentiellement impliquées. Elle souligne qu'il découle notamment de ces informations que le recourant a aliéné les actions A.\_\_\_\_\_ le 21 septembre 2016 en réalisant un bénéfice. La FINMA estime ainsi que la BaFin a expressément requis toutes les informations et documents souhaités, ceux-ci étant au demeurant suffisamment précis et à même d'investiguer son soupçon d'abus d'informations privilégiées de sorte que le principe de proportionnalité s'avère respecté.

### **E. 5.1**

Aux termes de l'art. 42 al. 4, 2ème phrase, LFINMA, la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. L'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 ; arrêt du TAF B-1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 5.2.1). En général, il suffit que celle-ci démontre de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 7.1 et les réf. cit.). À cette fin, il lui appartient d'exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial d'infraction justifiant sa demande, donner les motifs de sa requête et décrire les informations et documents nécessités (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.519/2003 du 5 décembre 2003 consid. 2.1). L'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite notamment lorsque les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement inhabituel du marché ou la publication d'informations jusqu'ici tenues secrètes (cf. arrêt du TAF B-520/2017 du 1er mai 2017 consid. 3 et les réf. cit.). L'autorité requise doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles manquements aux obligations légales et réglementaires ou distorsions du marché, notamment si les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement suspect du marché. La variation du cours des titres en cause et l'augmentation inhabituelle de leur volume d'échange durant une période sensible sont à elles seules suffisantes pour accorder l'entraide administrative (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.2 ; ATAF 2015/27 consid. 3 et les réf. cit.). L'autorité requise n'a pas non plus à soupeser la véracité des faits présentés dans la demande ; en effet, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires, elle se trouve liée par les faits constatés dans la requête (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; ATAF 2015/27 consid. 3) ; en outre, il y a lieu de présumer jusqu'à preuve du contraire que l'autorité requérante se comporte de bonne foi et ne présente pas à la FINMA des informations fausses (« principe de la confiance en droit international public » ; cf. ATAF 2015/47 consid. 3 et les réf. cit.). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les actes requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (« fishing expedition » ; cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2 ; ATAF 2011/14 consid. 5.2.2.1). La question de savoir si les renseignements demandés se révèlent indispensables ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante ; l'autorité requise ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves déterminées dans la procédure menée à l'étranger si bien que, sur

ce point, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 4.3). L'assistance administrative sera toutefois refusée si les actes requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit. ; arrêt 2A.649/2006 consid. 3.2 ; arrêt B-6294/2017 consid. 8.1).

### **E. 5.2.1**

De prime abord, il y a lieu de constater que le recourant ne se prévaut pas de la qualité de tiers non impliqué au sens de l'art. 42 al. 4 3e phrase LFINMA. Il estime toutefois que seules les transactions portant sur le titre A. \_\_\_\_\_ en 2016 seraient susceptibles de justifier l'octroi de l'entraide. Ce faisant, le recourant considère la transmission de toutes les transactions effectuées pour l'année 2016 comme manifestement disproportionnée et la qualifie de fishing expedition. Comme il a été exposé plus haut, l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante (cf. supra consid. 5.1). En l'occurrence, la BaFin sollicite la transmission pour l'année 2016 de la liste des positions et des changements de position dans tous les titres et instruments financiers, y compris A. \_\_\_\_\_, pour tous les comptes du recourant ainsi que la liste des soldes et écritures comptables de tous les comptes du recourant, y compris les données relatives aux destinataires et expéditeurs des paiements. La question se pose dès lors de savoir si la transmission des informations ainsi requises se justifie sur le vu des principes rappelés ci-dessus. Il apparaît en l'espèce que ces informations s'avèrent effectivement susceptibles de permettre à l'autorité requérante d'établir les faits de manière plus détaillée : en particulier, l'examen de l'entier des transactions durant l'année 2016 peut notamment renseigner la BaFin sur la stratégie d'investissement et le comportement commercial habituel du recourant (cf. arrêt du TAF B-7241/2013 du 6 août 2014 consid. 5.3.1). En effet, il ne peut pas être exclu que la comparaison entre les transactions sur les actions A. \_\_\_\_\_ et les autres transactions opérées par le recourant pendant la même période puisse être utile à l'enquête de la BaFin puisqu'elles portent entre autres également sur l'achat et la vente d'actions cotées. Par ailleurs, des détails concernant le comportement spéculatif du recourant et d'éventuels agissements similaires à ceux ayant touché A. \_\_\_\_\_ peuvent se révéler utiles pour l'enquête et permettre à la BaFin, par recoupement, d'identifier des personnes avec lesquelles celui-ci aurait pu collaborer dans ces opérations et, ainsi, découvrir d'éventuels liens entre le recourant et des tiers impliqués (cf. arrêts du TAF B-524/2017 consid. 4.2 et B-4677/2015 du 26 novembre 2015 consid. 3.2.2). L'autorité requérante a par ailleurs présenté l'état de fait à l'origine de son soupçon, les bases légales fondant son enquête et les informations et documents nécessités en expliquant les raisons de sa demande. De surcroît, rien n'indique à ce stade que la transmission des documents considérés et les informations qu'ils contiennent se révéleraient impropres à faire progresser l'enquête, ce qui suffit à en autoriser la transmission.

### **E. 5.2.2**

S'agissant de l'étendue temporelle relative aux informations requises par l'autorité requérante puis fournies par C. \_\_\_\_\_, il convient de rappeler qu'une période sensible peut, selon les circonstances, durer plusieurs mois (cf. arrêt B-524/2017 consid. 4.2). En outre, les offres publiques d'acquisition, voire leur simple annonce, offrent un large champ pour de possibles manipulations de cours au détriment d'autres participants au marché

boursier, dans le cadre desquelles des délits d'initié sont susceptibles de se voir commis (cf. arrêt du TAF B-4565/2015 consid. 7.2.1). On ne saurait ainsi suivre l'argument du recourant lorsqu'il affirme que seules seraient justifiées des questions complémentaires eu égard à un ordre de vente qu'il aurait placé sur l'intégralité de sa position avant la publication des informations relatives à l'offre publique d'acquisition. En effet, l'utilisation éventuelle d'informations privilégiées ne saurait se réduire à cette seule hypothèse. En l'occurrence, la première requête de la BaFin lui a permis d'identifier que le recourant avait acquis des actions A.\_\_\_\_\_ avant la publication de l'offre publique d'acquisition. Sur cette base, elle a donc étendu la période temporelle de son enquête. Sur le vu des circonstances liées à l'offre publique d'acquisition et du fait que la requête complémentaire permet de mettre au jour - notamment - que le recourant a aliéné des actions A.\_\_\_\_\_ en réalisant un bénéfice en septembre 2016, il faut bien reconnaître que la décision de la FINMA de retenir que les informations considérées s'avèrent susceptibles de faire avancer l'enquête de la BaFin n'est pas critiquable.

### **E. 5.2.3**

Enfin, le recourant estime qu'en aucun cas l'acquisition d'actions A.\_\_\_\_\_ en 2014 ne pourrait justifier l'octroi de l'entraide. Il se réfère ici à sa propre affirmation, transmise avec son accord à la BaFin à la suite de la première requête d'entraide, selon laquelle il avait déjà acquis des actions A.\_\_\_\_\_ en 2014. Lorsqu'il a accepté, le 7 décembre 2018, une transmission partielle d'informations à la BaFin, le recourant a refusé de répondre aux questions posées par la FINMA en relation avec l'acquisition d'actions A.\_\_\_\_\_ avant l'ouverture de son compte auprès de C.\_\_\_\_\_ en 2016 et visant à obtenir le nom de l'établissement bancaire auprès duquel ces titres avaient été déposés et le détail des transactions y relatives. Il a qualifié ces transactions d'irrelevantes. Dans la décision attaquée, la FINMA n'est pas revenue sur ce point de sorte qu'il ne constitue pas l'objet du litige et n'a pas à être tranché.

### **E. 5.3**

Il découle de ces considérations que la transmission des informations telle que prévue dans la décision entreprise ne contrevient pas au principe de la proportionnalité prescrit à l'art. 42 al. 4 LFINMA.

### **E. 6**

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.

### **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 FITAF). En l'espèce, le recourant a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 4'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 4'000 francs déjà versée.

**E. 7.2**

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