

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des universités associé
Avocat à la Cour



JULIETTE MOREL-MAROGER
Professeur
Université de Bourgogne
Franche-Comté, CREDIMI



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil

Renvoi préjudiciel – Directive 2004/39/CE – Directive 2013/36/UE – Secret professionnel incombant aux autorités nationales de surveillance financière et bancaire – Notion d'information confidentielle – Dérogations – Conciliation avec les droits de la défense.

CJUE 19 juin 2018, aff. C-15/16, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht c/ E. Baumeister, en présence de F. Schmitt.

CJUE 13 septembre 2018, aff. C-358/16, UBS, A. Hondequin en présence de DV, EU, Commission de surveillance du secteur financier et Ordre des avocats du barreau de Luxembourg.

CJUE 13 septembre 2018, aff. C-594/16 E. Buccioni c/ Banca d'Italia en présence de Banca Network Investimenti SpA, en liquidation.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Dans quelles conditions les justiciables peuvent-ils obtenir les documents détenus ou établis par les autorités de surveillance dans le secteur bancaire et financier ? Comment concilier secret professionnel, transparence, et droits de la défense ? C'est à ces importantes questions que la Cour de Justice a été amenée à répondre dans trois arrêts rendus dans un laps de temps particulièrement court à propos de l'étendue et la portée du secret professionnel imposé aux autorités de surveillance du secteur financier ou bancaire. Le secret professionnel reposait dans les deux premiers arrêts¹ sur l'article 54 de la directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2014 relative aux marchés d'instruments financiers, dite directive MIF et dans le troisième² sur l'article 53 de la directive n° 2013/36/UE

du 26 juin 2013, dite directive CRD 4, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissements. Dans les trois affaires, les questions préjudicielles posées à la Cour portaient sur la possible divulgation par les autorités nationales de surveillance financière ou bancaire de documents relatifs à des faillites d'établissements consécutives à la crise financière de 2008 dans le cadre de procédures engagées par des personnes physiques à l'encontre de ces autorités. S'inscrivant ainsi dans le vaste contentieux qui s'est développé à la suite de la crise financière, les deux premières affaires sont liées à deux des plus grands scandales financiers de ces dernières années – les affaires Phoenix³ et Madoff –, la troisième à la liquidation d'un établissement de crédit italien en 2012.

2. Ces trois arrêts, dans le prolongement de l'arrêt Altmann⁴, rappellent d'abord dans des termes similaires les justifications sur lesquelles repose le secret professionnel des autorités de surveillance en matière bancaire et financière. Le secret professionnel et la confidentialité des informations transmises aux autorités de surveillance sont tout d'abord destinés à protéger les intérêts spécifiques des entreprises concernées en protégeant les informations non publiques et plus spécialement celles qui sede leurraient susceptibles de relever du secret des

3. Ce n'est pas la première fois que l'affaire Phoenix – le plus grand scandale financier qu'a connu l'Allemagne ces dernières années, qui présente nombre de similitudes avec l'affaire Madoff – donne l'occasion à la Cour de justice de préciser la portée du secret imposé aux autorités nationales de surveillance financière, voir CJUE 12 novembre 2014, n° C-140/13, Altmann et a. c/ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BJB 2015 note J. Morel-Maroger.

4. Arrêt précité.

1. Aff. C-15/16, Baumeister, et C-358/16, UBS Europe e. a.

2. Aff. C-594/16, Buccioni.

affaires. La protection de l'entreprise est justifiée par les pouvoirs étendus de surveillance et d'enquête des autorités, qui peuvent accéder à tous documents et exiger des informations de toute personne. Mais c'est aussi le fonctionnement efficace du système de contrôle des activités des entreprises du secteur bancaire et financier qui fonde cette obligation. La confidentialité est plus spécialement imposée car les autorités d'un État membre de l'Union européenne exerçant la surveillance de l'établissement – son pays d'origine – doivent pouvoir échanger toutes les informations recueillies avec les autorités des autres États membres. Le secret apparaît ainsi comme un corollaire nécessaire de la collecte et de la transmission des informations entre les autorités, et permet aux établissements surveillés d'être certain que les informations confidentielles conserveront ce caractère malgré leur transmission à d'autres autorités. Les trois arrêts mettent ainsi en avant les considérations d'intérêt général qui justifient le secret professionnel, présenté comme un élément essentiel de la stabilité du système financier au sein de l'Union⁵ et du fonctionnement normal des marchés d'instruments financiers⁶.

3. Mais s'il est aisé de comprendre l'intérêt du secret professionnel édicté dans le cadre de la surveillance des entreprises du secteur bancaire et financier, il est en revanche plus délicat de déterminer sa portée et de concilier sa mise en œuvre avec le respect des droits de la défense. Comme l'a relevé l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Baumeister*, la Cour ne s'était encore jamais prononcée sur la définition même du secret professionnel ni sur les contours de la notion d'information confidentielle au sens de l'article 54 de la directive MIF⁷. L'arrêt *Buccioni* constitue également la première occasion offerte à la Cour de justice d'interpréter l'article 53 de la directive CRD 4.

4. L'article 54 de la directive MIF intitulé « secret professionnel » prévoit notamment que les autorités compétentes et toutes les personnes travaillant pour ces autorités sont tenues au secret professionnel et qu'aucune information confidentielle reçue par ces personnes dans l'exercice de leurs fonctions ne peut être divulguée à quelque autre personne ou autorité que ce soit, sauf sous une forme résumée ou abrégée empêchant l'identification des entreprises concernées. Toutefois, lorsque l'entité surveillée a été déclarée en faillite ou en liquidation forcée – ce qui était le cas dans les affaires *Baumeister* et *UBS Europe e. a.* –, les informations confidentielles qui ne concernent pas des tiers peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales à condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure. Les deux arrêts ici commentés vont tous deux dans le sens d'un certain cantonnement du secret professionnel, qu'il s'agisse de déterminer les contours de la notion « d'information confidentielle » ou de préciser les cas dans lesquels la divulgation des informations peut être opérée.

5. Comment déterminer le caractère confidentiel d'une information ? C'est l'arrêt *Baumeister* qui y répond. Deux interprétations de la notion peuvent être retenues. La première consiste à conférer une portée très étendue au secret professionnel et refuser qu'il soit modulé en fonction de la nature des informations détenues par les autorités de surveillance, toute information dont dispose l'autorité étant ainsi automatiquement considérée comme confidentielle. Cette conception, défendue par l'avocat général dans l'affaire *Baumeister*⁸ a été rejetée par la Cour de justice. Cette dernière, après avoir affirmé que la notion d'information confidentielle devait faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme, estime que toutes les informations relatives à l'entreprise surveillée ne doivent pas nécessairement être considérées comme confidentielles. Comment opérer la distinction entre obligations confidentielles et non confidentielles ? Pour déterminer si les informations sont confidentielles, la Cour estime que deux conditions cumulatives doivent être réunies. La première tient au caractère « non public » des informations détenues par les autorités. Mais encore faut-il qu'une seconde condition alternative s'ajoute à la première : est confidentielle l'information qui risquerait de porter atteinte aux intérêts de la personne physique ou morale qui les a fournies ou de tiers, ou encore au bon fonctionnement du système de contrôle de l'activité du système de contrôle de l'activité des entreprises d'investissement. La solution retenue par la Cour nous semble devoir être approuvée car elle facilite l'accès aux informations soit par des investisseurs lésés, soit par les personnes mises en cause par les autorités. En outre, le périmètre de la confidentialité est doublement circonscrit dans le temps. Tout d'abord, le caractère confidentiel est apprécié à la date d'examen de la demande de divulgation indépendamment de la qualification de l'information au jour de sa communication aux autorités. Ensuite, les informations relatives aux entreprises surveillées communiquées aux autorités perdent en principe leur caractère secret au bout de cinq ans, sauf si la partie se prévalant du secret démontre qu'elles constituent encore des éléments essentiels de sa position commerciale ou de tiers concernés. Toutefois, ce renversement de la charge de la preuve ne concerne que les seules informations communiquées aux autorités et non les déclarations ou correspondances entre autorités.

6. Si la Cour a ainsi admis que, par principe, toute information ne doit pas être considérée comme confidentielle, la portée de cette solution est en pratique limitée. En premier lieu, la Cour laisse la possibilité aux États membres d'étendre la protection contre la divulgation des informations à l'ensemble du contenu des dossiers de surveillance des autorités. Cette latitude offerte aux États membres est surprenante, car l'arrêt justifie la nécessité d'une interprétation autonome de la notion d'information confidentielle par une exigence d'une application uniforme du droit de l'Union. Imposer une interprétation uniforme de la notion d'information confidentielle tout en laissant les États libres

5. Arrêt *Buccioni*, § 29.

6. Arrêt *UBS Europe*, § 38, arrêt *Baumeister*, § 31.

7. Conclusions Y. Bot, aff. C-15/16, § 33. Il s'agissait d'ailleurs d'une des importantes interrogations qui résultait de l'arrêt *Altmann*, voir notre note précitée.

8. Conclusions Y. Bot, § 54.

d'étendre la protection contre la divulgation à l'ensemble des informations détenues par les autorités – y compris celles qui ne seraient pas confidentielles – limite sérieusement la portée de cette interprétation autonome. En second lieu, les conditions retenues pour déterminer si une information doit être qualifiée de confidentielle demeurent assez floues. En effet, c'est au justiciable qui sollicitera la communication de documents de rapporter la preuve de leur caractère non confidentiel – sauf le cas particulier de documents communiqués par l'entreprise depuis plus de cinq ans. Le caractère assez flou des critères posés par la Cour de justice laissera en pratique une marge de manœuvre importante aux autorités.

7. En présence d'informations confidentielles, l'article 54 de la directive MIF reconnaît un certain nombre de dérogations au secret professionnel, dont la Cour de justice devait déterminer la portée dans son arrêt *UBS Europe*. Le texte prévoit notamment que « lorsqu'une entreprise d'investissement, un opérateur de marché ou un marché réglementé a été déclaré en faillite ou qu'il est mis en liquidation forcée, les informations confidentielles qui ne concernent pas des tiers peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales à condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure », mais aussi que l'obligation de secret professionnel incombant aux autorités compétentes est applicable « sans préjudice des cas relevant du droit pénal ». La procédure ayant conduit à la saisine de la Cour de justice avait ici pour origine une décision de retrait de l'honorabilité professionnelle prononcée par la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) luxembourgeoise à l'égard d'une personne physique en raison de son rôle dans la constitution et le fonctionnement de la société Luxalpha. Dans le cadre d'un recours engagé contre cette décision, le dirigeant sanctionné a demandé la communication de documents détenus par l'autorité. La Cour administrative d'appel du Luxembourg a ordonné à la CSSF de communiquer les documents, décision ayant fait l'objet d'une tierce opposition d'anciens membres du conseil d'administration de Luxalpha parmi lesquels figure UBS, reprochant à la Cour de ne pas avoir tenu compte de l'article 54 de la directive MIF. C'est dans ce contexte qu'a été saisie la Cour de justice de deux questions préjudicielles. La première portait sur l'exception au secret lorsque le cas « relève du droit pénal », la seconde sur la conciliation entre l'article 54 de la directive et les exigences du droit au procès équitable.

8. La Cour de justice devait ainsi d'abord examiner si les sanctions administratives prononcées par l'autorité luxembourgeoise « relevaient du droit pénal » et permettaient ainsi la communication d'informations ne figurant pas dans le dossier concernant la personne sanctionnée par l'autorité administrative. La Cour affirme qu'une mesure consistant à interdire à une personne d'exercer auprès d'une entreprise surveillée une fonction d'administrateur ou une autre fonction dont l'exercice est subordonné à l'obtention d'un agrément avec ordre de démissionner de toutes ses fonctions n'entre pas dans la catégorie des cas relevant du droit pénal. Elle retient ainsi une conception étroite de la matière pénale, cantonnée aux poursuites et sanctions infligées conformément au

droit pénal national. La Cour de justice justifie notamment cette interprétation restrictive par la redéfinition des exceptions au secret professionnel par l'article 76 de la directive MIF 2 du 15 mai 2014⁹ – non applicable dans la présente espèce – lequel précise désormais que l'obligation de secret professionnel est applicable « sans préjudice des exigences du droit pénal national ».

9. Pourtant, la solution de la Cour est pour le moins ambiguë et manque de cohérence car si elle refuse de considérer que le litige relève de l'exception générale au secret visée par l'article 54 de la directive MIF, elle admet que le secret professionnel peut nuire au respect des droits de la défense garantis par les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union¹⁰. Or l'article 48 de la Charte, expressément visé dans la réponse à la question préjudicielle, concerne justement le respect de la présomption d'innocence et le droit d'un accusé et vise ainsi les procédures pénales, ce que n'avait d'ailleurs pas manqué de relever l'avocat général, qui considérait ce droit fondamental comme dénué de pertinence dans la présente affaire. Comment résoudre le conflit entre les intérêts que visent à protéger la confidentialité des informations et l'exercice des droits de la défense de la personne sanctionnée par une autorité administrative ? Comme dans l'arrêt *Baumeister*, la Cour s'éloigne des conclusions de son avocat général, très favorable à la préservation du secret professionnel¹¹, et renvoie la conciliation entre secret professionnel et respect des droits de la défense aux juges nationaux. Il appartiendra ainsi, lorsqu'une autorité refuse la communication d'informations en sa possession de vérifier si ces informations présentent un lien objectif avec les griefs retenus à son égard. Si un tel lien existe, les juges nationaux doivent mettre en balance l'intérêt des droits de la défense de la personne mise en cause avec les intérêts liés au maintien de la confidentialité.

10. Dans le troisième arrêt, la Cour de justice était, pour la première fois, saisie de l'interprétation de l'article 53 de la directive CRD 4, relatif à la portée du secret professionnel imposé dans le cadre de la surveillance prudentielle des établissements bancaires. Cet arrêt est toutefois directement lié aux deux autres affaires commentées car les dérogations au secret professionnel imposé aux autorités en cas de faillite d'un établissement sont rédigées dans des termes assez proches dans l'article 53 de la directive CRD 4 et dans l'article 54 de la directive MIF. L'article 53 prévoit que « les informations confidentielles qui ne concernent pas des tiers [...] peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales »¹². Dans cette affaire, le titulaire d'un compte bancaire ayant perdu une partie de ses avoirs à la suite de la faillite de la Banca Network Investimenti souhaitait obtenir l'ac-

9. La directive MIF 2 a remplacé la directive MIF.

10. On relèvera que la Cour refuse assez logiquement d'examiner la conciliation entre secret professionnel et droits de la défense sur le fondement des articles 6 et 13 de la CEDH tant que l'Union européenne n'est actuellement pas partie à la CEDH.

11. Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott du 26 juillet 2017, aff. C-358/16.

12. L'article 54 de la directive MIF prévoit lui que ces informations peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales à condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure.

cès à certains documents détenus par la Banca d'Italia, autorité italienne de supervision bancaire afin d'évaluer l'opportunité d'agir en responsabilité tant à l'égard de l'autorité que de la banque en faillite. Face au refus de l'autorité, il a saisi les juridictions administratives italiennes qui ont posé à la Cour de justice des questions préjudicielles relatives au périmètre du secret imposé par l'article 53 de la directive CRD 4. Comme le révélait déjà l'arrêt *Altmann*, la question se posait de savoir si les dérogations prévues au secret professionnel en cas de faillite de l'établissement devaient être strictement limitées aux procédures civiles et commerciales déjà introduites ou pouvaient au contraire être étendues à d'autres hypothèses, notamment à des procédures administratives, ou en amont du déclenchement d'une procédure civile ou commerciale pour assurer au justiciable que son action a effectivement des chances de prospérer. Tout en affirmant que les dérogations au caractère confidentiel des informations détenues par les autorités doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, la Cour admet en réalité un certain assouplissement du texte, assorti toutefois de nombreuses précautions. Elle considère en effet que la demande de divulgation peut être fondée lorsque le demandeur avance des indices précis et concordants laissant supposer de manière plausible qu'elles s'avèrent pertinentes pour les besoins d'une procédure civile ou commerciale en cours ou à engager, dont l'objet est concrètement identifié par le demandeur et en dehors de laquelle les infor-

mations en question ne peuvent être utilisées. De nouveau et comme dans l'affaire *UBS Europe*, la Cour laisse le soin aux autorités et juridictions des États membres de mettre en balance les intérêts du demandeur et ceux liés au maintien de la confidentialité.

II. Comme l'avait déjà mis en évidence l'arrêt *Altmann*, les trois arrêts rendus par la Cour de justice sont révélateurs des difficultés que peut susciter l'interprétation des textes imposant le respect du secret professionnel aux autorités de surveillance du secteur bancaire et financier qui restreignent nécessairement l'exercice des droits de la défense des personnes mises en cause par ces autorités, ou victimes de la faillite d'un établissement surveillé. S'il est possible d'observer un certain inflexionisme louable de la Cour de justice en faveur des droits de la défense, celle-ci laisse toutefois une marge de manœuvre importante aux autorités nationales et aux juridictions compétentes pour déterminer au cas par cas de l'opportunité de divulguer les informations qu'elles détiennent. Dans ces conditions, on peut regretter que ces décisions, même si elles apportent d'utiles précisions sur les contours du secret professionnel des autorités de surveillance, n'apparaissent pas à même de tarir ce contentieux, et ne favorisent pas non plus l'émergence de pratiques uniformes dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne qui devraient pourtant s'imposer à l'heure de l'Union bancaire et d'une harmonisation toujours plus poussée en matière financière. ■