Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 4 septembre 2014 [1]

Affaire C-140/13

Annett Altmann,
Torsten Altmann,
Hans Abel,
Doris Anschütz,
Heinz Anschütz,
Simone Arnold,
Barbara Assheuer,
Ingeborg Aubele,
Karl-Heinz Aubele
contre
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

[demande de décision préjudicielle formée par le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Allemagne)]

«Rapprochement des législations — Directive 2004/39/CE — Article 54, paragraphes 1 et 2 — Obligation de secret professionnel incombant aux autorités de surveillance des prestataires de services financiers — Entreprise d'investissement frauduleuse en faillite ou en liquidation — Effet sur le secret professionnel — Divulgation d'informations dans le cadre de procédures civiles ou commerciales à condition qu'elles soient nécessaires au déroulement de la procédure»

I – **Introduction**

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des dispositions du droit de l'Union relatives au secret professionnel. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant des investisseurs lésés [2] à la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Office fédéral de contrôle des services financiers, ci-après la «BaFin») au sujet de la décision de cette dernière, en date du 9 octobre 2012, de refuser l'accès à certains documents et informations concernant Phoenix Kapitaldienst GmbH Gesellschaft für die Durchführung und Vermittlung von Vermögensanlagen (ci-après «Phoenix»).

1 — Langue originale: le français.

2 — En l'état actuel de la procédure, les parties requérantes au principal sont Mme Altmann, M. Altmann, M. Abel, Mme Anschütz, M. Anschütz, Mme Arnold, Mme Assheuer, Mme Aubele et M. Aubele (ci-après, ensemble, les «consorts Altmann»).

2. Quant au droit de l'Union, trois directives ont été expressément identifiées dans la décision de renvoi, à savoir les directives 2004/109/CE[3], 2006/48/CE[4] et 2009/65CE[5]. Toutefois, au cours de la procédure devant la Cour, il a été précisé que la seule disposition qui appelle une interprétation de la Cour est l'article 54 de la directive 2004/39/CE[6].

3. En effet, dans le cadre des fonctions qu'elles exercent sur la base des différentes directives, les autorités de surveillance du secteur financier reçoivent une multitude d'informations des établissements qu'ils surveillent. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si les investisseurs peuvent avoir accès à ces informations, après qu'une entreprise d'investissement de caractère frauduleux a été déclarée en faillite ou a été mise en liquidation forcée. De surcroît, il s'agit de préciser dans quelles conditions «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».

II – **Le cadre juridique**

A – *La directive 2004/39*

4. L'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39, relatif au «Secret professionnel», prévoit:

«1. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes, toute personne travaillant ou ayant travaillé pour les autorités compétentes ou pour les entités délégataires des tâches de celles-ci conformément à l'article 48, paragraphe 2, ainsi que les contrôleurs des comptes ou les experts mandatés par les autorités compétentes soient tenus au secret professionnel. Aucune information confidentielle qu'elles ont 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 agrégée empêchant l'identification des entreprises d'investissement, des opérateurs de marchés, des marchés réglementés ou de toute autre personne concernée, sans préjudice des cas relevant du droit pénal ou des autres dispositions de la présente directive.

2. 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.»

3 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE (JO L 390, p. 38).

4 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 177, p. 1).

5 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (JO L 302, p. 32).

6 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (JO L 145, p. 1).

B – *Le droit allemand*

5. Les dispositions pertinentes du droit allemand figurent dans:

— les articles 1er et 3, portant respectivement sur le principe de base et sur la protection d'intérêts publics particuliers, de la loi sur la liberté de l'information (Informationsfreiheitsgesetz [7], ci-après l'«IFG»);

— l'article 9, portant sur l'obligation de confidentialité, de la loi sur le secteur du crédit (Kreditwesensgesetz [8], ci-après le «KWG»), et

— l'article 8, portant sur l'obligation de confidentialité, de la loi sur le commerce des valeurs mobilières (Wertpapierhandelsgesetz [9], ci-après le «WpHG»).

III – **Le litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour**

6. Il ressort de la décision de renvoi qu'une procédure collective de règlement du passif a été ouverte à l'encontre de Phoenix par décision de l'Amtsgericht Frankfurt am Main (tribunal cantonal de Francfort-sur-le-Main, Allemagne) du 1er juillet 2005. Ladite société a été dissoute à cette occasion et se trouve désormais en liquidation judiciaire. Le modèle commercial de la société visait à escroquer les investisseurs. Environ 30 000 investisseurs ont été lésés, le préjudice s'élevant à 600 millions d'euros.

7. Par jugement du Landgericht Frankfurt am Main (tribunal régional de Francfort-sur-le-Main), rendu le 11 juillet 2006 dans le cadre d'une procédure pénale, deux anciens cadres dirigeants de cette société ont été reconnus coupables d'abus de confiance et de fraude aux placements et ont été condamnés à une peine privative de liberté de respectivement sept ans et quatre mois et deux ans et trois mois.

8. Le 21 mai 2012, les consorts Altmann ont invoqué devant la BaFin l'article 1er de l'IFG [10] pour pouvoir consulter des documents relatifs à Phoenix, tels que les rapports des vérificateurs aux comptes, les contrats, les notes de dossier, les commentaires internes, la correspondance pertinente ainsi que les rapports d'activité et de gestion du fonds d'indemnisation des sociétés d'investissement. La demande ne portait pas sur les secrets commerciaux ni sur les secrets d'affaires des tiers ni sur des informations relevant de l'obligation de confidentialité.

9. Par décision du 31 juillet 2012, la BaFin a fait droit dans une large mesure à la demande de renseignements. Cependant, elle a refusé que les demandeurs consultent le rapport d'audit spécial établi au 31 mars 2002 par Ernst & Young, de même que les rapports des vérificateurs aux comptes de Phoenix (que ce soient les rapports concernant les exercices 1998 à 2005 ou les autres rapports), les commentaires internes, les rapports, les correspondances, les documents, les accords, les contrats, les notes de dossier et les courriers se rapportant à Phoenix entre l'année 1992 et l'année 2005 et, également, l'ensemble des commentaires internes et de la correspondance établis ou menés postérieurement à la communication du rapport d'audit précité d'Ernst & Young.

7 — Loi du 5 septembre 2005 (BGBl. 2005 I, p. 2722).

8 — Dans sa version publiée le 9 septembre 1998 (BGBl. 1998 I, p. 2776).

9 — Dans sa version publiée le 9 septembre 1998 (BGBl. 1998 I, p. 2708).

10 — Selon cette disposition, chacun peut prétendre auprès des autorités fédérales à accéder à des informations officielles, dans les conditions prévues par l'IFG.

10. La BaFin a rejeté ces demandes au motif que l'octroi de l'accès aux documents sollicités aurait des conséquences négatives sur ses missions de contrôle et de surveillance, au sens de l'article 3, point 1, sous d), de l'IFG. La BaFin estimait, en outre, que les obligations de confidentialité prévues aux articles 9 du KWG et 8 du WpHG interdisaient l'accès aux informations en vertu de l'article 3, point 4, de l'IFG [11].

11. Le 21 août 2012, les consorts Altmann ont formé un recours gracieux contre ledit refus. Par décision du 9 octobre 2012, la BaFin a rejeté ce recours. Outre les motifs de refus déjà cités dans la décision initiale, la BaFin a considéré que la protection de la propriété intellectuelle, la protection des secrets commerciaux et des secrets d'affaires ainsi que la protection des données à caractère personnel s'opposaient à tout accès aux informations sollicitées.

12. Le 12 novembre 2012, les consorts Altmann ont formé un recours contentieux devant le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main), la juridiction de renvoi, contre la décision de la BaFin. La juridiction de renvoi a, par jugement du 11 décembre 2012, ordonné à la BaFin d'accorder, au moins en partie, l'accès aux informations sollicitées, malgré l'obligation de confidentialité spécifique qui incombe à la BaFin au titre de l'article 9 du KWG.

13. Il apparaît de la demande de décision préjudicielle que, dans une affaire qui concerne également l'accès à des informations détenues par la BaFin au sujet de Phoenix, la juridiction de renvoi a décidé, par jugement du 12 mars 2008, qu'un droit à l'information existait aussi, au sens de l'article 1er, point 1, de l'IFG, lorsque l'objectif de protection visé aux articles 9 du KWG et 8 du WpHG n'imposait plus de confidentialité. Elle a ainsi déclaré qu'il n'y avait pas d'intérêt légitime à ce que les secrets commerciaux et les secrets d'affaires de ladite société restent confidentiels, puisque les informations sollicitées se rapportaient à des actes pénalement répréhensibles ou à d'autres graves violations du droit.

14. La juridiction de renvoi met en exergue que, dans un cas tel que celui de l'espèce, il n'est pas nécessaire de protéger les intérêts de Phoenix et qu'il est donc possible, à titre exceptionnel, de déroger à l'obligation de confidentialité prévue aux articles 9 du KWG et 8 du WpHG.

15. C'est dans ces conditions que le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour deux questions préjudicielles:

«1) […] [12]

2) Une autorité de surveillance telle que la [BaFin] peut-elle invoquer, à l'encontre d'une personne qui lui a demandé l'accès aux informations d'un prestataire de services financiers déterminé en application de l'[IFG], les obligations de confidentialité qui lui incombent notamment au titre du droit de l'Union (telles que les obligations prévues aux articles 9 du [KWG] et 8 du [WpHG]), lorsque le principal modèle commercial de la société qui a proposé des services financiers et qui se trouve désormais en liquidation judiciaire à la suite de sa dissolution pour cause d'insolvabilité consistait dans une fraude de grande ampleur visant à escroquer sciemment les investisseurs et que plusieurs responsables de cette société ont été condamnés par jugement définitif à des peines privatives de liberté de plusieurs années?»

11 — Ces dispositions établissent des obligations de confidentialité applicables aux autorités et aux personnes exerçant la surveillance des établissements de crédit et des autres entreprises financières ou y participant ainsi que les exceptions à la confidentialité.

12 — La première question, retirée par la juridiction de renvoi avant l'audience, était libellée comme suit, à savoir «Est-il compatible avec le droit de l'Union européenne que les obligations de confidentialité impératives qui incombent aux autorités nationales chargées du contrôle des sociétés de services financiers, qui se fondent sur plusieurs actes du droit de l'Union (directives 2004/109/CE, 2006/48/CE et 2009/65/CE) et qui ont été transposées en droit national par les articles 9 du [KWG] et 8 du [WpHG] puissent être mises en échec par l'application et l'interprétation d'une disposition procédurale nationale telle que l'article 99 de la loi portant organisation du contentieux administratif (Verwaltungsgerichtsordnung)?».

16. La demande de procédure accélérée présentée par la juridiction de renvoi, en application de l'article 105, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, a été rejetée par ordonnance du 28 juin 2013.

17. Des observations écrites ont été fournies à la Cour par la BaFin, par les gouvernements allemand, estonien, hellénique et portugais ainsi que par la Commission européenne.

18. À la suite d'une demande d'éclaircissements émanant de la Cour, conformément à l'article 101 du règlement de procédure, la juridiction de renvoi, par lettre déposée le 19 mai 2014, a informé la Cour de sa décision de retirer la première question et a fourni des informations complémentaires portant, notamment, sur la nature de l'activité de Phoenix et sur la pertinence de la directive 2004/39.

19. Lors de l'audience du 4 juin 2014, les consorts Altmann, Frank Schmitt, en qualité de mandataire liquidateur de Phoenix, les gouvernements allemand et hellénique ainsi que la Commission ont été représentés.

IV – **Analyse**

A – *Remarques liminaires*

20. D'emblée, en ce qui concerne l'identification des dispositions du droit de l'Union applicables en l'espèce, je rappelle que trois directives ont été mentionnées dans la décision de renvoi, à savoir les directives 2004/109, 2006/48 et 2009/65. Toutefois, dans le cadre de la procédure devant la Cour et à la suite des observations écrites reçues par celle-ci et à la question qu'elle a posée, la juridiction de renvoi a confirmé, vu le caractère des activités de Phoenix, la pertinence de l'article 54 de la directive 2004/39.

21. En effet, selon la juridiction de renvoi, Phoenix exerçait ses activités commerciales depuis le 26 mars 1998 sur le fondement d'un agrément délivré en vertu de l'article 64 sexies, paragraphe 2, du KWG. Selon cette disposition, l'agrément prévu à l'article 32 du KWG, dont Phoenix avait besoin au regard des mandats de gestion qu'elle exerçait ainsi que de ses activités de gestion de portefeuille, était réputé délivré si l'établissement de crédit qui exerçait régulièrement, au 1er janvier 1998, ses activités sans disposer d'un agrément de la BaFin déclarait, au plus tard le 1er avril 1998, exercer des activités soumises à agrément en vertu du KWG et son intention de les poursuivre. En l'espèce, ces conditions étaient remplies. De ce fait, la délivrance d'un agrément exprès par la BaFin n'était pas nécessaire.

22. J'observe à cet égard que la directive 2004/39 s'applique aux entreprises d'investissement et aux marchés réglementés [13]. Aux fins de la directive 2004/39, on entend par «entreprise d'investissement» toute personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel [14]. Les «services et activités d'investissement» comprennent tout service et toute activité mentionnés à la section A de l'annexe I de ladite directive et portant sur tout instrument visé à la section C de la même annexe [15], et notamment la réception et la transmission d'ordres portant sur un ou plusieurs instruments financiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille et le

13 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive 2004/39.

14 — Article 4, paragraphe 1, point 1, de cette directive.

15 — Article 4, paragraphe 2, premier alinéa, de la même directive.

conseil en investissement portant sur des valeurs mobilières, des instruments du marché monétaire et d'autres contrats dérivés relatifs à des valeurs mobilières, des monnaies, des taux d'intérêt ou des rendements ou d'autres instruments dérivés, des indices financiers ou des mesures financières qui peuvent être réglés par une livraison physique ou en espèces.

23. Les parties ayant présenté des observations écrites ainsi que la juridiction de renvoi elle-même me semblent être d'accord sur l'applicabilité de la directive 2004/39 aux activités de Phoenix en tant qu'entreprise d'investissement. Dans ces conditions, il y a lieu de focaliser la présente analyse sur cette directive, bien qu'elle n'ait même pas été citée dans la décision de renvoi [16]. Ainsi, il convient d'analyser la seconde question préjudicielle uniquement sur la base de l'article 54 de la directive 2004/39.

24. Le fait que la directive à interpréter a été substituée postérieurement à la notification de la décision de renvoi ne pose pas, en l'espèce, de problème insurmontable à la Cour, puisque celle-ci a reçu des informations complémentaires dans les observations écrites et en réponse aux questions adressées à la juridiction de renvoi. De même, vu que la réponse à la demande d'éclaircissement reçue en vertu de l'article 101, paragraphe 1, du règlement de procédure a été signifiée aux intéressés en vertu de son paragraphe 2, tous les États membres ont eu la possibilité d'assister à l'audience pour s'exprimer sur l'ensemble des écritures présentées devant la Cour ou même de demander l'organisation d'une audience. Dans de telles conditions, il n'y a pas lieu de remettre en question la recevabilité du renvoi préjudiciel du point de vue du critère de l'effet utile de l'article 23, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne [17].

25. La juridiction de renvoi a décrit le modèle commercial de Phoenix comme consistant en une fraude de grande ampleur. À l'instar de la position exprimée par la Commission lors de l'audience, je suis d'avis que ce fait n'est pas susceptible d'affecter l'applicabilité de la directive 2004/39 en l'espèce, du fait que Phoenix était agréée comme entreprise d'investissement et surveillée par la BaFin en tant que telle.

26. Enfin, en ce qui concerne l'identification de la disposition à interpréter, il convient de constater que «des cas relevant du droit pénal» sont mentionnés comme exceptions à deux reprises à l'article 54 de la directive 2004/39, plus précisément à ses paragraphes 1 et 3 [18].

27. À mon avis, ces deux exceptions, qui sont en principe toujours applicables, contrairement à celle prévue au paragraphe 2 dudit article, sont destinées à rendre possibles les enquêtes et les poursuites pénales à tout moment, même pendant l'exercice des activités normales de l'entreprise d'investissement, et permettent ainsi à l'autorité de surveillance de divulguer des informations aux fins de telles procédures. De plus, selon moi, il n'est pas exclu que l'autorité de surveillance puisse aussi, dans les cas relevant du droit pénal, divulguer des informations relevant du secret professionnel au public, par exemple pour calmer le marché dans une situation où il y a des rumeurs selon lesquelles une entreprise surveillée par l'autorité se trouve impliquée dans des activités criminelles.

28. Or, le présent renvoi préjudiciel a été présenté par une juridiction administrative dans le cadre d'une procédure administrative portant sur l'accès à des informations et des documents détenus par une autorité liée par l'obligation de confidentialité. Par ailleurs, il ressort de la décision de renvoi que les procédures pénales ont été clôturées avant l'introduction de l'affaire au principal. Ainsi, l'objectif de la demande d'informations et de documents n'est pas d'utiliser ceux-ci aux fins de procédures pénales et, en effet, au titre du droit pénal «l'affaire Phoenix» ne semble plus subsister.

16 — Voir, en ce sens, arrêt Fuß (C-243/09, EU:C:2010:609, points 39 et 40).

17 — Voir, en ce sens, arrêt Medipac - Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337, points 31 à 36).

18 — Par ailleurs, «les cas relevant de droit pénal» sont également mentionnés en tant qu'exceptions à l'article 44, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2006/48 et à l'article 102, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2009/65.

29. Dès lors, les exceptions tirées «des cas relevant du droit pénal», visées aux paragraphes 1 et 3 de l'article 54 de la directive 2004/39, ne semblent pas s'appliquer en l'espèce. Étant donné l'inapplicabilité des autres paragraphes dudit article portant sur l'échange et la transmission d'informations entre les autorités compétentes et l'utilisation de celles-ci [19], il y a lieu de se concentrer sur l'interprétation des paragraphes 1 et 2 de cette disposition.

B – *Sur l'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39*

1. L'obligation de secret professionnel et la faculté de divulgation

30. L'article 54 de la directive 2004/39 vise, selon son intitulé, le secret professionnel. Son paragraphe 1 pose le principe de base et des précisions ultérieures sont indiquées à ses paragraphes 2 à 5.

31. L'article 54 de la directive 2004/39 énonce des obligations relatives au secret. Ces obligations sont formulées de manière impérative. En revanche, en ce qui concerne les exceptions, elles sont formulées de manière facultative [20]. Autrement dit, cet article prévoit certains cas de figure dans lesquels la divulgation est permise, mais il ne précise pas si les autorités ont une obligation juridique de divulguer les secrets ni dans quelle mesure elles en seraient alors obligées.

32. En effet, l'article 54 de la directive 2004/39 désigne seulement les situations où une divulgation est autorisée en vertu du droit de l'Union. L'existence d'une obligation juridique de divulgation ne peut se baser que sur d'autres dispositions de droit de l'Union ou du droit national, comme, par exemple, l'article 3 de l'IFG ou une disposition procédurale obligeant l'autorité de surveillance à témoigner dans une procédure civile ou commerciale. Néanmoins, une obligation de divulgation pesant sur l'autorité de surveillance ne peut être établie ou appliquée sur la base du droit national que dans la mesure où l'article 54 de la directive 2004/39 le permet.

33. Il en découle que la réponse que la Cour va donner ne peut pas être fondée sur une pondération des raisons pour et contre la divulgation des informations et des documents demandés en l'espèce. Cette pondération appartient soit à l'autorité concernée, soit à la juridiction nationale compétente, dans la mesure où la divulgation est possible conformément à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39. La Cour est seulement tenue de déterminer les limites que l'article 54 de la directive 2004/39 pose à la divulgation des informations par l'autorité de surveillance ou, plus précisément, de déterminer d'abord la portée du secret professionnel en l'espèce et de définir ensuite le cadre dans lequel une exception au secret professionnel de l'autorité de surveillance est possible. J'ajoute qu'il va de soi que le paragraphe 2 dudit article doit, en tant qu'exception, être interprété de façon restrictive.

2. Les trois types d'obligation de confidentialité

34. Selon l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39, les informations confidentielles reçues dans l'exercice des fonctions d'une autorité compétente visée par cette directive sont l'objet même du secret professionnel. Ladite directive ne donne ni définition plus détaillée de ces informations ni définition du concept de secret professionnel par rapport à des notions telles que le secret commercial, le secret d'affaires ou d'autres obligations de confidentialité qui ont fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour [21].

19 — Voir paragraphes 3 à 5 de l'article 54 de la directive 2004/39.

20 — Pour les exceptions, voir paragraphe 1, dernières lignes («sans préjudice des cas relevant du droit pénal ou des autres dispositions de la présente directive.»); paragraphe 2; paragraphe 3, début et fin («Sans préjudice des cas relevant du droit pénal» et «Toutefois, si l'autorité compétente ou toute autre autorité, organisme ou personne communiquant l'information y consent, l'autorité qui a reçu l'information peut l'utiliser à d'autres fins») ainsi que paragraphes 4 et 5 dudit article 54.

21 — Voir, à titre d'exemple, arrêts AKZO Chemie et AKZO Chemie UK/Commission (53/85, EU:C:1986:256, points 26 à 28) ainsi que Bank Austria Creditanstalt/Commission (T-198/03, EU:T:2006:136, points 70 à 74).

35. Selon moi, les informations dont dispose une autorité de surveillance de marchés d'instruments financiers, visées à l'article 54 de la directive 2004/39 et ainsi couvertes par le «secret professionnel», sont susceptibles de relever de différents types de confidentialité.

36. En premier lieu, il y a les informations couvertes par le secret dit «bancaire», qui couvre les relations entre l'institut de crédit, l'entreprise d'investissement ou autre entreprise financière et ses clients et ses contractants [22]. Selon moi, la référence aux «informations confidentielles qui ne concernent pas des tiers» à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39 vise cette catégorie d'informations confidentielles.

37. En deuxième lieu, il y a les informations protégées par le «secret d'affaires» des établissements surveillés. Il s'agit des secrets commerciaux et des secrets d'affaires propres à l'institut de crédit, l'entreprise d'investissement ou autre entreprise financière en question. Il est évident que la confiance dont les autorités compétentes doivent nécessairement jouir au sein des entités surveillées exige que de tels secrets soient couverts par une obligation de secret professionnel liant les autorités. Si tel n'était pas le cas, les informations confidentielles nécessaires pour la surveillance ne seraient pas communiquées aux autorités compétentes sans réticence voire résistance.

38. En troisième lieu, il y a les informations relevant du secret propre aux autorités de surveillance, secret dit «prudentiel», imposé à l'autorité de surveillance du secteur financier et aux personnes y travaillant [23]. Cette catégorie comprend notamment les méthodes de surveillance appliquées par les autorités compétentes, les communications et les transmissions d'informations entre les différentes autorités compétentes ainsi qu'entre celles-ci et les entités surveillées et toute autre information non publique sur l'état des marchés surveillés ainsi que les transactions qui s'y déroulent.

39. Dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, l'autorité de surveillance est appelée à respecter ces trois types d'obligation de confidentialité. Toutefois, les conditions dans lesquelles il est possible d'y déroger sont différentes [24].

40. Premièrement, la dérogation prévue à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39 ne permet pas la divulgation des secrets relatifs aux tiers. Je note par ailleurs que la demande présentée dans l'affaire au principal ne semble pas viser ce type d'information.

41. Deuxièmement, en ce qui concerne les secrets prudentiels de l'autorité compétente, je relève que la BaFin a refusé les demandes des consorts Altmann principalement au motif que l'octroi de l'accès aux documents sollicités aurait des conséquences négatives sur ses missions de contrôle et de surveillance.

42. Néanmoins, il me semble que la seconde question préjudicielle ne concerne pas véritablement les secrets prudentiels, mais porte seulement sur la question de savoir si le secret professionnel d'une autorité de surveillance compétente s'applique aux secrets commerciaux et aux secrets d'affaires d'une entreprise d'investissement qui a été déclarée en faillite ou qui est mise en liquidation forcée et dont l'activité consistait en des actes pénalement répréhensibles ou en d'autres graves violations de droit. C'est donc ce dernier cas de figure que je vais analyser ci-dessous.

22 — Arrêts der Weduwe (C-153/00, EU:C:2002:735, points 15 et suiv.) ainsi que X et Passenheim-van Schoot (C-155/08 et C-157/08, EU:C:2009:368, points 50 et 58).

23 — Sur le secret professionnel des agents des autorités compétentes en matière d'agrément et de surveillance des établissements de crédit, voir arrêt Hillenius (110/84, EU:C:1985:495, points 27 et 32).

24 — Par ailleurs, les informations détenues par les autorités de surveillance peuvent également contenir des données à caractère personnel. Leur traitement et leur transfert sont couverts par d'autres règlements spécifiques, tels que la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31).

3. Sur la protection des secrets d'affaires d'une société frauduleuse déclarée en faillite ou mise en liquidation forcée

43. En ce qui concerne les secrets commerciaux ou autres secrets d'affaires, il est clair que l'intérêt à leur protection peut diminuer, et ce, en général, lors de la cessation d'activités de l'entreprise en question. Cependant, cet intérêt à la protection reste entier pour les secrets qui ont une valeur commerciale et dont la valeur économique peut, en tant que partie des actifs de l'établissement, être réalisée lors d'une liquidation.

44. Le mandataire liquidateur chargé de la liquidation de Phoenix a souligné lors de l'audience que cette société reste, en dépit de sa liquidation, propriétaire des biens et des droits de son patrimoine pour la période succédant à la procédure collective de règlement du passif. Une société frauduleuse en liquidation judiciaire peut avoir des secrets commerciaux et des secrets d'affaires dignes d'être protégés tels que des calculs d'opportunités d'affaires, des programmes informatiques ou des informations concernant la structure de commercialisation.

45. J'estime également qu'une société d'investissement en faillite ou en liquidation judiciaire peut posséder des informations relevant des secrets commerciaux, voire d'affaires, dont la confidentialité au sein de l'autorité de surveillance compétente est protégée par le secret professionnel prévu à l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39. Toutefois, pendant cette période, l'obligation de confidentialité est moins robuste qu'elle ne l'est pendant l'exercice des activités normales des entreprises surveillées. En effet, l'économie de cet article 54 démontre déjà que le secret professionnel existe sous une forme affaiblie à l'égard de ces sociétés, puisque, dans le cas contraire, l'exception prévue au paragraphe 2 dudit article serait inutile.

46. Cette conclusion n'est pas affectée par la nature frauduleuse des activités de la société concernée. Cet aspect peut être pris en considération dans l'application de l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article 54 de la directive 2004/39 en ce qui concerne la décision de divulguer ou non les informations, mais il n'élimine pas en soi l'applicabilité du secret professionnel prévu au paragraphe 1 du même article. Dans le cas d'une société d'investissement en faillite ou en liquidation judiciaire, ledit secret professionnel protège en réalité les intérêts économiques collectifs aux créanciers et aux investisseurs de la société débitrice qui sont aussi considérés, le cas échéant, comme les victimes des infractions commises par la direction ou les sociétaires de l'entreprise concernée.

47. Sur la base de ces éléments, il convient de proposer une réponse affirmative à la seconde question préjudicielle, en ce sens qu'une autorité de surveillance telle que la BaFin peut invoquer, à l'encontre d'une personne qui lui a demandé l'accès aux informations d'une entreprise d'investissements, l'obligation au secret professionnel prévue à l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal. Cependant, pour répondre utilement à la juridiction de renvoi, il est encore nécessaire que la Cour clarifie l'interprétation de l'exception prévue au paragraphe 2 dudit article.

4. La notion de «dans le cadre de procédures civiles et commerciales» à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39

48. En ce qui concerne plus spécifiquement l'exception prévue à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39, il s'agit d'une exception bien circonscrite, formulée en ces termes:

«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» [25].

49. Ainsi, l'applicabilité dudit paragraphe 2 exige tout d'abord que l'entité en question, dans notre cas une entreprise d'investissement, ait été déclarée en faillite ou mise en liquidation forcée. C'est dans un tel cas que la barrière empêchant la divulgation d'informations confidentielles prévue au paragraphe 1 de l'article 54 de la directive 2004/39 peut être levée en vertu de l'exception prévue au paragraphe 2 de cet article. Toutefois, comme je l'ai déjà relevé, les informations concernant des tiers ne peuvent pas être divulguées sur la base de cette dernière disposition. Qui plus est, la divulgation doit avoir lieu «dans le cadre de procédures civiles ou commerciales» et les informations à divulguer doivent «être nécessaires au déroulement de la procédure».

50. Il importe de noter que l'applicabilité de cette exception exige que l'entreprise d'investissement, l'opérateur de marché ou le marché réglementé ait été déclaré en faillite ou qu'il ait été mis en liquidation forcée. Autrement dit, cette exception devient applicable seulement quand les choses ont sérieusement mal tourné et que l'entité en question a cessé ses activités normales. Ce fait justifie que le secret professionnel qui lie l'autorité de surveillance compétente puisse être écarté pour permettre la prise en compte d'autres intérêts légitimes et plus particulièrement des intérêts liés au bon déroulement des procédures civiles et commerciales.

51. La demande de divulgation d'informations confidentielles doit être faite dans le cadre de procédures civiles ou commerciales [26]. Ce critère appelle deux questions d'interprétation intimement liées et abondamment débattues par les parties. La première question concerne le lien entre la procédure civile ou commerciale et la divulgation d'informations confidentielles couvertes par le secret professionnel prévu à l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39. La seconde question concerne le rapport entre les notions du droit procédural national et la condition que les procédures soient civiles ou commerciales.

52. En ce qui concerne le premier aspect, j'observe que le législateur de l'Union a permis la divulgation *dans le cadre* de procédures civiles et commerciales et non pas *aux fins* de telles procédures. En conséquence, selon le libellé de l'exception, qui doit être interprétée de manière stricte, une procédure civile ou commerciale *pendante* est toujours requise pour l'applicabilité de l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39.

25 — Mots mis en italiques par mes soins. Il convient de noter que des exceptions similaires, quant à leur structure et leur contenu, se trouvent à l'article 44, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2006/48 et à l'article 102, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2009/65. En revanche, l'article 25, paragraphe 1, de la directive 2004/109 est basé sur une approche différente, en ne mentionnant pas la limitation aux «procédures civiles ou commerciales» et en laissant aux États membres le droit de régir d'éventuelles exceptions, dans les termes suivants, à savoir que «[l]es informations couvertes par le secret professionnel ne peuvent être révélées à aucune autre personne ou autorité sauf en vertu des dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre».

26 — En langue allemande, «*in* zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren weitergegeben werden»; en langue anglaise, «may be divulged *in* civil or commercial proceedings» et en langue finnoise, «siviili- tai kauppaoikeudellise*ssa* menettely*ssä*» (mis en italiques par mes soins).

53. La condition visant une procédure civile ou commerciale pendante est naturellement remplie par la procédure de faillite ou de liquidation elle-même. Toutefois, le libellé de la disposition concernée démontre selon moi que le législateur n'a pas voulu limiter les cas où la divulgation d'informations confidentielles est possible à ces procédures, mais, au contraire, a cherché à y inclure d'autres procédures ayant un lien avec la procédure principale en question [27].

54. Ainsi, l'exception prévue à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39 peut aussi être appliquée dans le cadre de procédures civiles ou commerciales entre la société en faillite, voire en liquidation judiciaire, et un tiers et, concernant le recouvrement des créances de la société, la restitution de ses biens ou sa responsabilité contractuelle ou délictuelle. Les objectifs de la législation de l'Union concernant les marchés financiers exigent bel et bien que les autorités de surveillance contribuent, dans la mesure du possible, à éclairer comme il se doit les rapports économiques et juridiques d'une entreprise d'investissement en faillite. Néanmoins, il ressort de l'arrêt Paul e.a. que cela n'est possible que dans les limites découlant de la protection de l'intérêt général et particulièrement de la stabilité du système financier, qui constituent les devoirs propres des autorités de surveillance [28].

55. Selon moi, le droit de l'Union n'exclut pas non plus que de telles procédures puissent avoir lieu entre les autres intéressés, comme par exemple les investisseurs ou les créanciers individuels de la société concernée, d'une part, et sa direction, ses sociétaires ou ses employés, d'autre part, soit dans l'intérêt de la société en faillite ou en liquidation (actio pro socio), soit dans leur propre intérêt, dans la mesure où de telles actions sont recevables aux termes du droit national.

56. Toutefois, n'est pas couverte par ladite exception la demande dont l'objectif serait d'obtenir l'accès aux informations confidentielles détenues par l'autorité de surveillance compétente, afin de rechercher si, parmi ces informations, certaines pourraient être utiles à un recours ultérieur indépendant, ce recours ne s'inscrivant pas dans le cadre d'une procédure civile ou commerciale existante.

57. En ce qui concerne le second aspect, je pense, à l'instar de la Commission, que l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39 ne définit pas en soi le type de juridiction nationale, mais vise plutôt la nature des procédures dans lesquelles la divulgation peut avoir lieu. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une procédure civile ou commerciale puisse exceptionnellement, en vertu du droit national, se dérouler devant une juridiction administrative. La notion de procédures civiles et commerciales n'est donc pas liée aux procédures visées dans les actes du droit de l'Union portant coopération en matière de procédure civile et commerciale.

58. Cependant, une procédure administrative contentieuse isolée devant une juridiction administrative, portant sur l'accès aux documents et aux informations détenues par une autorité de surveillance et dont l'objectif est non pas d'assurer une procédure équitable à une partie à une procédure civile ou commerciale pendante, mais de mettre en œuvre le principe de transparence dans le contexte de l'accès aux documents administratifs et de la liberté d'information, ne relève nullement de la notion de procédure civile ou commerciale, au sens de l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39.

59. Enfin, je rappelle que les informations à divulguer doivent être nécessaires au déroulement de la procédure civile ou commerciale en question. La divulgation doit ainsi être limitée. Il appartient en premier lieu à l'autorité de surveillance concernée elle-même d'apprécier si une divulgation est nécessaire ou non. Cependant, dans les limites découlant du droit national, le juge saisi de la procédure civile ou commerciale peut avoir vocation à établir ce qui est nécessaire ou non, au vu de la procédure en cours. Dans la mesure où il existe une divergence d'opinion entre l'autorité et le juge

27 — Cette conclusion découle de l'utilisation du pluriel et de l'absence de référence limitative à la procédure principale de faillite ou de liquidation. Si le législateur avait voulu limiter la possibilité de divulgation à ces dernières procédures, il aurait choisi une expression visant expressément la procédure de faillite ou de liquidation.

28 — Voir, en ce sens, arrêt Paul e.a. (C-222/02, EU:C:2004:606, points 40, 44 et 47).

saisi de la procédure civile ou commerciale en question, ce seront les dispositions nationales portant sur la répartition des compétences entre les juridictions générales et les juridictions administratives qui permettront de déterminer si le juge civil ou commercial est compétent pour adopter une décision contraignante sur cette question en tant que question d'application des dispositions procédurales sur l'administration de la preuve ou s'il doit renvoyer la question pour décision à une juridiction administrative compétente.

60. Selon les informations fournies par la juridiction de renvoi, dans l'affaire au principal, il s'agirait d'une procédure administrative isolée qui se déroule en dehors du cadre prévu à l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39. Si tel est le cas, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier, l'exception prévue audit paragraphe ne s'applique pas.

V – **Conclusion**

61. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle présentée par le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main:

Une autorité de surveillance compétente peut invoquer, à l'encontre d'une personne qui lui a demandé l'accès aux informations d'une entreprise d'investissement déterminée qui se trouve désormais en liquidation judiciaire à la suite de sa dissolution pour cause d'insolvabilité, les obligations de confidentialité qui lui incombent au titre du droit de l'Union, et notamment en vertu du secret professionnel prévu à l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, nonobstant le fait que le principal modèle commercial de ladite société consistait dans une fraude de grande ampleur visant à escroquer sciemment les investisseurs et que plusieurs responsables de cette société ont été condamnés par jugement définitif à des peines privatives de liberté de plusieurs années.

En tout état de cause, lorsqu'une entreprise d'investissement a été déclarée en faillite ou qu'elle est mise en liquidation forcée, les informations confidentielles, pour autant que celles-ci ne concernent pas des tiers, peuvent être divulguées en vertu de l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39 seulement dans le cadre de procédures civiles ou commerciales et à condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure en cours. Lesdites informations confidentielles ne peuvent pas être divulguées en vue de venir en support à un recours ultérieur indépendant ne s'inscrivant pas dans le cadre d'une procédure civile ou commerciale existante.