



*Direction générale Bibliothèque,
Recherche et Documentation*

NOTE DE RECHERCHE

Accès à des informations détenues par les autorités nationales de surveillance financière

[...]

Objet: Examen de l'existence d'une obligation de secret professionnel pesant sur les autorités nationales de surveillance des marchés d'instruments financiers et, le cas échéant, de la portée de cette obligation

[...]

Juin 2017

[...]

SYNTHÈSE

1. L'objet de la présente note de recherche est d'examiner les grandes lignes de la réglementation applicable dans les États membres aux demandes d'accès à des informations détenues par les autorités nationales compétentes, au titre de la directive 2004/39¹, en rapport avec l'activité de surveillance des marchés d'instruments financiers, ainsi que la pratique décisionnelle de ces autorités, et d'exposer, là où elle existe, la jurisprudence y afférente.
2. Les recherches ont été menées en deux phases. Dans un premier temps, un rapide survol de l'état des lieux dans les différents États membres a été réalisé, en mettant particulièrement l'accent sur l'étendue de l'obligation de secret professionnel et les catégories d'informations qui sont considérées comme confidentielles. Sur la base de ces recherches, il a été procédé à une sélection d'ordres juridiques représentatifs de l'éventail des solutions existantes ou envisagées dans les droits nationaux². Ces ordres juridiques³ ont été retenus pour une étude plus approfondie et ont fait l'objet de contributions nationales figurant après la présente synthèse qui en résume le contenu.
3. Afin de s'acquitter efficacement de leur mission de surveillance prudentielle, les autorités compétentes doivent impérativement avoir accès à des informations concernant les entités dont elles sont censées contrôler les activités. Ces informations peuvent être recueillies par lesdites autorités dans l'exercice de leurs fonctions grâce aux pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Elles peuvent

¹ 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 (JO L 145, p. 1).

² Un premier tour d'horizon a été réalisé par rapport aux droits nationaux de 26 des États membres. Les ordres juridiques retenus pour l'étude approfondie sont ceux pour lesquels ce tour a permis de faire ressortir notamment une jurisprudence pertinente sur l'interprétation de la notion d'information confidentielle ainsi que sur la position prise par l'autorité allemande de surveillance financière (BaFin).

³ Ont fait l'objet d'une étude approfondie les droits allemand, autrichien, estonien, finlandais, français, néerlandais, polonais, portugais, du Royaume-Uni et tchèque.

également leur être transmises, de manière volontaire, par les différents acteurs opérant dans le cadre des marchés financiers. Quel que soit le mode de communication, il est primordial qu'un rapport de confiance existe entre les entités concernées et les autorités compétentes, d'où la nécessité d'imposer une obligation de secret professionnel à la charge desdites autorités.

4. L'obligation de secret professionnel a pris une importance accrue avec l'internationalisation des activités financières et la nécessité de faciliter les échanges d'informations entre États dans le but de réaliser une surveillance consolidée des opérations de groupes financiers transfrontaliers. En effet, afin de s'assurer que les autorités de contrôle ne soient soumises qu'à un minimum de restrictions concernant la transmission d'informations à leurs homologues d'autres pays, il est nécessaire que la communication se fasse dans des conditions qui soient de nature à préserver la confidentialité des informations en cause et à limiter leur utilisation à des fins spécifiques.
5. C'est pour cette raison que le législateur de l'Union s'est préoccupé, dès la première directive 77/780 de coordination bancaire⁴, du secret professionnel incombant aux autorités de surveillance. Sous l'empire de cette directive et compte tenu de son objectif de favoriser une coopération efficace entre les autorités de surveillance des États membres, la notion de secret professionnel, jusqu'alors régie par le seul droit national, a fait l'objet d'une harmonisation dans le contexte de la surveillance bancaire. Cette approche a été étendue au secteur des services d'investissement par la directive 93/22⁵, laquelle a autorisé la fourniture de tels services dans le domaine des valeurs mobilières dans un autre État membre sur la base d'un agrément et sous la surveillance exercée par l'État membre d'origine du prestataire.

⁴ Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 322, p. 30).

⁵ Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières (JO L 141, p. 27).

6. Si le cadre ainsi mis en place a été réformé en profondeur par la directive 2004/39, l'étendue de l'obligation du secret professionnel prévue à son article 54 reste, en substance, largement inchangée.
7. S'agissant des modalités d'accès aux informations détenues par les autorités de surveillance, il ne suffit toutefois pas de tenir compte uniquement des règles consacrant l'obligation de secret professionnel incombant à ces autorités en droit national. En effet, tous les États membres concernés par la présente étude ont adopté des régimes d'accès du public à des documents détenus par les organismes publics, dont les autorités de surveillance.
8. Le traitement d'une demande d'accès adressée à une autorité de surveillance dépend, dès lors, de l'interaction entre ces deux corps de règles, dont les grandes lignes sont esquissées ci-dessous. [...] [U]ne attention particulière sera accordée aux catégories d'informations considérées comme confidentielles [...], ainsi qu'au traitement du secret d'affaires et du secret prudentiel. On s'intéressera également à la question de la protection de la confidentialité des informations dans le temps.

I. LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE ET LE DROIT À L'ACCÈS AUX INFORMATIONS DÉTENUES PAR LES ORGANISMES PUBLICS

9. Il existe, dans chaque État membre concerné par la présente étude, un régime consacrant le libre accès aux informations publiques. Toutefois, puisque le droit d'accès n'est pas absolu⁶, des limitations sont prévues pour restreindre l'accès sous certaines conditions. Ces limitations permettent notamment de tenir compte de ce qui est prévu dans d'autres lois à l'égard de certaines informations. Ainsi, s'agissant des informations détenues par les autorités de surveillance, les régimes nationaux

⁶ Il existe, de manière générale, dans les régimes d'accès aux documents détenus par les organismes publics, deux classes d'exceptions au droit d'accès: les exceptions dites «absolues» concernent les cas où l'accès est automatiquement refusé, et les exceptions dites «relatives» concernent les cas où l'accès ne peut pas être refusé s'il existe un intérêt public supérieur à la divulgation.

comportent, de manière générale, des mécanismes permettant de protéger le caractère confidentiel de ces informations.

10. Dans sa forme la plus simple, ce mécanisme consiste en la non-application du régime général d'accès aux documents, dans le cas où un régime spécifique d'accès visant le domaine en cause a été établi, lequel s'applique alors en tant que *lex specialis*. C'est le cas pour deux États membres dont la loi régissant l'activité de l'autorité de surveillance comporte également des dispositions relatives à l'accès aux informations détenues par cette entité (**Estonie, Pays-Bas**).
11. Dans les autres États membres, la prise en compte de l'obligation de secret professionnel des autorités de surveillance se fait par le biais d'exceptions absolues au droit d'accès du public, qui visent à soustraire les documents détenus par ces autorités de l'obligation de divulgation.
12. À cet égard, il est possible de distinguer trois approches. D'abord, le recours à une exception rédigée en termes généraux de nature à rendre non communicables les documents dont la divulgation n'est pas permise en vertu de la loi (**Autriche, Finlande, France, Pologne, République tchèque, Royaume-Uni**). Ensuite, la mise en place d'une exception ciblant spécifiquement les documents détenus par les autorités de surveillance (**Portugal**). Enfin, le choix d'une approche hybride qui combine des éléments des deux approches précédentes, c'est-à-dire l'existence concomitante de deux exceptions: l'une excluant le droit d'accès dans le cas où l'information en cause est couverte par un secret protégé par la loi et l'autre prévoyant le caractère non communicable des documents dont la divulgation pourrait avoir des conséquences au détriment des devoirs de contrôle ou de tutelle des autorités financières, de concurrence ou de réglementation (**Allemagne**).
13. En outre, il n'est pas exclu, du moins en ce qui concerne certains de ces États membres, que d'autres exceptions prévues par le régime national d'accès du public aux documents puissent également être invoquées pour fonder un refus de divulgation de documents détenus par l'autorité de surveillance. Il en va ainsi, par exemple, s'agissant des **droits français** et du **Royaume-Uni**, lesquels prévoient, à

l'instar du régime institué par le règlement n° 1049/2001⁷, des exceptions visant notamment la protection de la vie privée et le secret en matière commerciale et industrielle. Sur la base de ces exceptions, le refus de communiquer une information détenue par l'autorité de surveillance pourrait éventuellement se justifier à la fois par l'exception visant un secret protégé par la loi et par l'exception portant sur le secret en matière commerciale et industrielle. Il se peut également qu'une exception, telle que celle protégeant la vie privée, soit invoquée à elle seule pour des documents échappant au champ d'application de l'obligation de secret professionnel incombant aux autorités de surveillance. Nous reviendrons sur cet aspect dans le cadre de la partie III. ci-dessous.

14. Par ailleurs, il existe, dans deux États membres, d'autres mécanismes permettant d'accéder aux informations détenues par les autorités de surveillance. Ainsi, en **droit tchèque**, les tiers peuvent d'obtenir un accès aux dossiers établis par les organismes publics lors d'une procédure administrative s'ils justifient d'un intérêt juridique ou font valoir une autre raison sérieuse, à condition qu'un tel accès ne porte pas atteinte aux droits des parties à la procédure ou à l'intérêt public. Ce droit d'accès ne couvre toutefois pas les pièces du dossier comportant des informations classifiées ou soumises à une obligation de confidentialité prévue par la loi. Le droit **autrichien** consacre aussi une obligation pour les organismes publics de fournir, sur demande, des renseignements sur les activités relevant de leur domaine d'action, exception faite pour les informations couvertes par une obligation de confidentialité prévue par la loi.
15. Il ressort de ce qui précède que, pour l'ensemble des États membres, la possibilité d'accès aux informations au titre du régime d'accès aux documents détenus par les organismes publics dépend largement de la façon dont les informations en question sont qualifiées par les règles relatives au secret professionnel des autorités de surveillance. Dans la mesure où une information n'est pas considérée comme

⁷ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43).

confidentielle, les exceptions au droit d'accès prévues dans le régime général peuvent encore jouer.

II. LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE ET LE CADRE JURIDIQUE SPÉCIFIQUE RELATIF AUX INFORMATIONS DÉTENUES PAR CELLES-CI

16. Chacun des États membres analysés, sans exception, a consacré une obligation de secret professionnel spécifiquement conçue pour les autorités de surveillance financière et prévue dans le cadre d'un texte régissant l'activité de ces autorités.

A. OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL

17. Tous les États membres connaissant une telle exception, un examen comparé des approches retenues permet de mettre en évidence une certaine hétérogénéité quant à la formulation de l'obligation de secret professionnel.
18. L'obligation de secret professionnel s'applique, de manière générale, à tout le personnel de l'autorité de surveillance ainsi qu'aux personnes au service de cette autorité pour l'exécution de sa mission. Celles-ci sont tenues de ne pas divulguer les informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ou dans le cadre de leur activité, cette obligation devant subsister même après la fin des rapports de travail (**Autriche, France, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni**). En cas de non-respect, le contrevenant s'expose à une sanction pénale (**France, Royaume-Uni**).
19. Cependant, compte tenu du fait que l'obligation au secret ne doit pas être absolue au point d'empêcher des communications justifiées par l'intérêt général, chaque État membre a prévu des exceptions qui visent, pour l'essentiel, à faciliter le libre échange d'informations nécessaires à l'exercice des fonctions des autorités de surveillance ainsi qu'à assurer le bon fonctionnement de la justice. À cette fin, les réglementations nationales spécifient, par une énumération limitative, les entités et

les personnes auxquelles l'autorité de surveillance est habilitée à transmettre des informations confidentielles. À titre indicatif, il est permis de divulguer de telles informations aux autorités judiciaires agissant dans le cadre, soit d'une procédure de liquidation judiciaire, soit d'une procédure pénale (**Allemagne, Estonie, France, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni**).

B. NOTION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE

20. En ce qui concerne la question de savoir quelles sont les informations couvertes par le secret professionnel, un examen des droits nationaux dévoile une multitude d'approches. Ceci n'est peut-être pas étonnant compte tenu de l'absence de précision quant à la notion d'information confidentielle dans la directive 2004/39.
21. À cet égard, si la majorité des ordres juridiques ont adopté des réglementations qui permettent de déterminer, selon des degrés de précision variables, des informations devant être considérées comme confidentielles (**Allemagne, Estonie, Finlande, Pologne, Portugal, Royaume-Uni**) ou qui, à tout le moins, font ressortir une solution à cette question (**Autriche**), d'autres passent complètement sous silence cette notion (**France, Pays-Bas, République tchèque**). Pour ces trois derniers États membres, il a été néanmoins possible de déceler, à partir de la jurisprudence ou des textes internes de l'autorité compétente, quelques indices quant à l'interprétation de la notion d'information confidentielle.
22. L'image générale qui se dégage de l'examen des droits nationaux est celle d'une répartition des États membres dans trois catégories en fonction de la manière dont ils abordent la question du caractère confidentiel d'une information. Ainsi, un premier groupe d'États membres articule la notion d'information confidentielle avec les catégories de secrets protégés par la loi (**Allemagne, Finlande, Pays-Bas, Pologne, Portugal**), alors qu'un deuxième groupe privilégie une approche fondée sur le principe qu'une information confiée à l'autorité de surveillance dans l'exercice des fonctions de celle-ci doit, de par sa nature, être protégée (**Estonie, France, République tchèque, Royaume-Uni**). Enfin, dans un cas, le caractère confidentiel d'une information est apprécié en s'interrogeant sur la question de

savoir si l'obligation de discrétion professionnelle à laquelle est soumise l'autorité de surveillance s'oppose à la communication de l'information (**Autriche**).

23. Revenant aux États du premier groupe, on relèvera qu'en droits **finlandais** et **portugais**, il est nécessaire de vérifier si les informations sollicitées sont couvertes par les secrets commerciaux, le secret d'affaires ou le secret prudentiel. En droit **portugais**, de telles informations ne sauraient être accessibles au public qu'avec l'autorisation de l'autorité compétente. S'agissant toujours de ce groupe, le droit **allemand** donne comme exemples d'informations confidentielles les informations protégées par lesdits secrets.
24. Dans le même ordre d'idées, il ressort de la jurisprudence **néerlandaise** que doivent être qualifiées de confidentielles les informations dont la divulgation pourrait avoir une incidence réelle sur la position concurrentielle de l'entreprise concernée ou serait susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée d'une personne. De même, le droit **polonais** qualifie de confidentielle une information dont la divulgation porterait atteinte à des intérêts légalement protégés de l'autorité de surveillance ou des opérateurs dans le domaine de la négociation d'instruments financiers. Cet État membre accorde une attention particulière aux informations contenues dans des contrats ou actes juridiques, en prévoyant la non-communicabilité des données personnelles ou patrimoniales y figurant.
25. S'agissant du deuxième groupe d'États membres, les droits **estonien** et **français** conçoivent de manière très large la notion d'information confidentielle, dans la mesure où, à l'inverse, par exemple, des secrets commerciaux, ce n'est pas la spécificité du contenu du document qui justifie sa non-communication, mais le simple fait qu'il a été confié à l'autorité de surveillance. Ainsi, le droit **estonien** qualifie de confidentiel l'ensemble des informations recueillies par ladite autorité au cours de la procédure de surveillance, sur tous types de support, alors que le droit **français** consacre la non-communicabilité de tous les faits, actes et renseignements dont le personnel des autorités de surveillance ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions dans le cadre d'une mission de contrôle ou d'enquête.

26. Les droits du **Royaume-Uni** et **tchèque** suivent également cette approche, mais de manière plus tempérée. En effet, si, en droit **tchèque**, les informations transmises à l'autorité de surveillance dans le cadre de l'activité de surveillance de celle-ci sont soumises à une obligation de confidentialité absolue, il découle de la jurisprudence que ladite autorité est tenue d'apprécier, dans chaque cas, s'il est dans l'intérêt de l'administration ou d'autres personnes que les informations demeurent confidentielles. Au **Royaume-Uni**, la simple réception de l'information par l'autorité de surveillance dans l'exercice des fonctions de celle-ci ne suffit pas non plus pour la qualifier de confidentielle. Encore faut-il qu'il y ait un lien de rattachement entre cette information et l'activité commerciale ou les affaires d'une personne. Ce lien ne doit pas être indirect ou accessoire.
27. Le droit **autrichien**, quant à lui, suit une approche quelque peu différente, dans la mesure où la réglementation ne prévoit pas de catégories d'informations confidentielles, mais se concentre sur l'existence d'une obligation de discrétion de la part du personnel de l'autorité de surveillance qui ferait obstacle à la communication des informations en cause. Cette obligation naît en présence d'un intérêt public ou d'un intérêt prépondérant d'une personne, y compris notamment l'intérêt économique d'un organisme public, l'intérêt lié à la préparation d'une décision ou l'intérêt des parties à la procédure. Il incombe à l'autorité de surveillance de vérifier, dans chaque cas, si l'obligation de discrétion s'oppose à la divulgation des informations sollicitées et, le cas échéant, de motiver sa décision.

C. LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS DANS LE TEMPS

28. La plupart des droits nationaux étudiés ne prévoient pas de limite temporelle à la confidentialité des informations détenues par les autorités de surveillance. Au contraire, pour certains droits, il ressort de la réglementation ou de la jurisprudence que le caractère confidentiel de ces informations est en principe illimité dans le temps (**Estonie, Royaume-Uni**).
29. À cet égard, seul le droit **portugais** prend en considération, aux fins de déterminer le caractère communicable d'une information, la durée de la période pendant laquelle

cette information a été détenue par l'autorité de surveillance. En effet, ce droit prévoit que, s'agissant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité des activités de contrôle et de surveillance, il est nécessaire – pendant une période de temps strictement nécessaire à la sauvegarde d'autres intérêts légitimes protégés par la loi – d'obtenir l'autorisation de l'autorité compétente.

30. Par ailleurs, on pourrait mentionner que, dans le cadre du régime général d'accès aux informations des organismes publics établi en droit **français**, les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle deviennent communicables à l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans, à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier.

III. LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE ET LE TRAITEMENT DU SECRET

31. Afin de mieux illustrer comment sont appliquées dans la pratique les règles applicables aux informations détenues par les autorités de surveillance, il convient d'examiner concrètement le traitement réservé aux demandes d'accès visant des informations susceptibles de relever du secret d'affaires, du secret prudentiel ou d'un autre type de secret.

A. LE SECRET D'AFFAIRES

32. Dans certains États membres, les informations détenues par les autorités de surveillance comportant des données commerciales relèvent de toute manière du secret professionnel incombant auxdites autorités et ne sont, de ce fait, pas communicables (**Estonie, France, Pologne, Portugal**). L'exclusion de communication est absolue, en ce sens qu'il n'y a pas lieu d'examiner si la divulgation pourrait porter atteinte à un intérêt quelconque. Par ailleurs, on peut constater que, en droit **français**, une telle information est protégée à la fois par le secret professionnel et le secret en matière industrielle et commerciale.

33. Le droit **tchèque**, quant à lui, arrive à la même conclusion, mais en suivant un raisonnement différent. En effet, les informations comportant des données commerciales bénéficient de la protection absolue du secret d'affaires, qui est indépendante de celle conférée par l'obligation du secret professionnel. Ainsi, dès lors que l'obligation de confidentialité présente un caractère de droit public, elle ne s'étend, par définition, pas au secret d'affaires. Le droit tchèque retient une notion de secret d'affaires qui repose sur l'importance concurrentielle des informations en question, ainsi que sur leur caractère identifiable et évaluable, et sur leur inaccessibilité au public.
34. S'agissant des autres droits nationaux, ils exigent encore, pour que l'information soit protégée par le secret d'affaires, qu'elle présente certaines caractéristiques ou qualités. Ce faisant, ils recourent à une approche qui repose sur un examen individuel de chaque document sollicité pour déterminer s'il rentre dans le champ d'application du secret d'affaires.
35. Il en va ainsi en droit **allemand**, lequel, tel que déjà indiqué, exige que les informations ne soient pas rendues publiques, ne soient pas évidentes et soient dotées une certaine valeur, en ce que, par exemple, leur divulgation pourrait avantager un concurrent. Dans le même esprit, le droit **finlandais** subordonne l'application du secret d'affaires à la démonstration, par l'entreprise concernée, d'un intérêt légitime à préserver la confidentialité de l'information en cause. Ceci ne veut toutefois pas dire que cette information soit dotée d'une valeur économique quelconque. Cette logique se reflète également en droit **néerlandais**, lequel insiste sur le fait que les informations soient susceptibles d'avoir une incidence réelle sur la position concurrentielle, ainsi qu'en droit **autrichien** où elles doivent être susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise concernée.
36. S'agissant du droit du **Royaume-Uni**, une information comportant des données commerciales qui tombe en dehors du champ d'application de l'obligation de secret professionnel de l'autorité de surveillance peut être exclue du droit d'accès du public. À cet égard, trois conditions doivent être réunies: l'existence d'un préjudice

consistant en une atteinte aux intérêts commerciaux de la personne souhaitant empêcher la divulgation, un lien de causalité entre la communication des informations et le préjudice allégué et le caractère né et actuel du préjudice susceptible de découler de la divulgation.

B. LE SECRET PRUDENTIEL

37. Seuls deux États membres consacrent le secret prudentiel en tant que droit ou privilège protégé par la loi et opposable à la communication des informations de l'autorité de surveillance.
38. En droit **finlandais**, la loi sur la publicité des activités des autorités publiques prévoit une dérogation au droit d'accès du public ayant trait à l'efficacité des enquêtes et des opérations de surveillance effectuées par des autorités publiques. Les informations relevant du secret prudentiel concernent notamment les méthodes de surveillance appliquées par l'autorité compétente, les communications et les transmissions d'informations entre les différentes autorités compétentes ainsi qu'entre l'autorité de contrôle et les entités surveillées⁸.
39. Ces informations ne relèvent du secret prudentiel que si la divulgation de l'information en cause est de nature à porter atteinte à l'activité de surveillance ou susceptible de causer un dommage, sans raison valable, à l'entreprise concernée. Il s'agit donc d'une exception relative, qui nécessite la démonstration de l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt protégé. Ladite autorité est ainsi tenue d'exposer, de façon argumentée, que, dans le cas d'espèce, la divulgation du document sollicité porterait effectivement atteinte à l'intérêt protégé. La réglementation finlandaise prévoit également que les informations contenues dans les rapports de l'autorité de surveillance relatifs à l'état des marchés financiers et aux entités surveillées relèvent elles aussi du secret prudentiel, à condition que la divulgation soit susceptible de porter atteinte au fonctionnement du système financier.

⁸ Cette approche de la notion de secret prudentiel a été retenue par l'avocat général Jääskinen dans les conclusions de l'affaire Altmann e.a., C-140/13, EU:C:2014:2168, point 38.

40. En droit **portugais**, une loi adoptée en 2016 a introduit une exception au droit d'accès qui vise les documents administratifs comportant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, y compris les plans, les méthodologies et les stratégies de surveillance ou de contrôle. Il s'agit d'une exception absolue, laquelle est cependant limitée dans le temps, en ce qu'elle n'est valable que tant et aussi longtemps que son application est strictement nécessaire pour la sauvegarde d'un intérêt juridiquement légitime. Sur cette base, les autorités de surveillance soutiennent une interprétation *lato sensu* du secret prudentiel, en faisant valoir, notamment, que toutes les informations qu'elles détiennent constituent des informations confidentielles non communicables. Si aucune jurisprudence ne semble être encore intervenue à ce sujet, il importe toutefois de mentionner la réticence de la part des juridictions à lever le secret professionnel lorsqu'il s'agit de documents reçus de ou échangés avec d'autres autorités de contrôle ou de surveillance.

41. Il reste à mentionner le droit **allemand** où, malgré l'absence de référence dans la réglementation au secret prudentiel, les juridictions nationales se sont penchées en faveur de la reconnaissance d'un tel secret, et cela sur la base d'une interprétation de l'article 54 de la directive 2004/39 et de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Altmann⁹. À cet égard, le tribunal administratif supérieur de Kassel a conclu, sur cette base, à l'existence d'une obligation générale de confidentialité couvrant l'ensemble des informations transmises à l'autorité de surveillance par l'entreprise surveillée, celles-ci devant être qualifiées de confidentielles au sens dudit article 54. Un tel secret prudentiel existerait également selon la Cour administrative fédérale [...].

C. D'AUTRES SECRETS

42. Parmi les autres types de secret pouvant s'appliquer aux informations détenues par l'autorité de surveillance, on relèvera notamment la protection des données à

⁹ Arrêt du 12 novembre 2014, Altmann e.a., C-140/13, EU:C:2014:2362, point 42.

caractère personnel. Dans certains droits nationaux, les informations détenues par ces autorités qui comportent de telles données relèvent, en tout état de cause, du secret professionnel (**Estonie, Finlande, France, Pays-Bas, Pologne, Portugal**). Pour d'autres, ces informations sont protégées de divulgation en vertu de la loi sur la protection des données ou des exceptions absolues au droit d'accès du public des documents prévues dans le régime général d'accès (**Allemagne, République tchèque**). Dans un cas, il se peut que tant l'obligation de secret professionnel de l'autorité de surveillance qu'une exception au droit d'accès s'applique (**France, Royaume-Uni**).

CONCLUSION

- I. La directive 2004/39 ne précisant pas ce qu'il convient d'entendre par information confidentielle, une certaine souplesse a été laissée aux États membres afin de définir les contours essentiels d'une notion autour de laquelle puisse se cristalliser l'obligation de secret professionnel. L'importance d'une telle notion s'amplifie davantage lorsque l'on constate que, dans tous les États membres, ladite obligation s'articule avec le droit du public d'accéder aux informations dont disposent les organismes publics, y compris les autorités de surveillance.
- II. Si les régimes d'accès du public aux informations institués dans les différents États membres font apparaître une certaine volonté de transparence des instances administratives, force est néanmoins de constater que cet objectif s'avère difficilement conciliable avec l'importance que le législateur national accorde au fonctionnement efficace des autorités de surveillance et, partant, avec la nécessité de protéger le caractère confidentiel des informations communiquées à celles-ci.
- III. L'étude des règles d'accès en vigueur dans les États membres a permis de constater la difficulté accrue pour le public d'accéder aux informations détenues par les autorités de surveillance. En effet, dans la majorité des États membres, il semble ressortir des règles relatives au secret professionnel de ces autorités que les

informations détenues par les autorités de surveillance bénéficient d'une protection étendue contre la divulgation. À cet égard, l'obligation de confidentialité de ces autorités se traduit dans la pratique, dans un certain nombre de droits nationaux, par une protection conférée à toutes les informations reçues par les autorités de surveillance dans le cadre de leurs fonctions, quelle que soit la nature de cette information (**Estonie, Finlande, France, Pologne, Portugal**). D'autres États membres ont tempéré cette approche, en imposant des qualifications sur les types d'informations considérées comme confidentielles (**Royaume-Uni**) ou en exigeant la démonstration d'un intérêt en faveur ou à l'encontre de la communication d'une information protégée par la loi (**Allemagne, Autriche, Pays-Bas, République tchèque**).

- IV. On relèvera, toutefois, qu'il existe peu de jurisprudence en cette matière. En effet, seul un État membre semble avoir confirmé la conception large du secret professionnel des autorités de surveillance (**Allemagne**), position qui est notamment celle de l'autorité de surveillance allemande.
- V. S'agissant de la possibilité d'imposer une limite temporelle au caractère confidentiel d'une information, seul un État membre a adopté des dispositions à cet effet (**Portugal**).

[...]

DROIT ALLEMAND

I. RÈGLES APPLICABLES AUX DEMANDES D'ACCÈS AUX INFORMATIONS

A. RÈGLES RELATIVES AU DROIT D'ACCÈS AUX INFORMATIONS

1. La loi relative à la liberté de l'information (Informationsfreiheitsgesetz, ci-après l'"IFG") régit les demandes d'accès aux informations. En vertu de l'article 1, paragraphe 1, IFG, toute personne a le droit de demander accès à des informations officielles détenues par les autorités fédérales. Selon le paragraphe 2 du même article, l'autorité concernée peut communiquer l'information, donner accès aux dossiers ou y permettre l'accès de toute autre manière. Selon le paragraphe 3 du même article, les dispositions relatives à l'accès aux informations prévues par d'autres lois prévalent sur les règles de l'IFG.
2. L'article 2, alinéa 1, IFG définit le terme d'information officielle comme toute documentation ayant été élaborée avec un objectif officiel, indépendamment de la nature de ladite documentation, à l'exception des projets ainsi que des notes, qui ne sont pas destinés à faire partie du dossier.

B. EXCEPTIONS AU DROIT D'ACCÈS AUX INFORMATIONS

3. En vertu des articles 3 à 6, IFG, les autorités fédérales peuvent refuser sous certaines conditions l'accès aux informations. Par exemple, en vertu de l'article 3, alinéa 1, sous d), IFG, le droit d'accès n'existe pas si la divulgation des informations pourrait avoir des conséquences au détriment des devoirs de contrôle ou de tutelle des autorités financières, de concurrence ou de réglementation. En vertu de l'article 3, alinéa 4, IFG, le droit d'accès n'existe pas si l'information est couverte, en vertu d'une loi ou d'une circulaire administrative spéciale, par une obligation de secret ou de confidentialité, un secret professionnel ou un secret de fonction.
4. À titre d'exemples de lois spéciales comportant des obligations de secret, on peut citer la loi sur le service de renseignement fédéral, le code de procès pénal, la loi contre les ententes anticoncurrentielles ainsi que la loi sur le secteur du crédit (voir ci-dessous).
5. La Cour administrative fédérale a jugé que l'article 9, paragraphe 1, de la loi sur le secteur du crédit (Kreditwesengesetz, ci-après le "KWG"), lu en combinaison avec l'article 3, alinéa 4, IFG peut justifier le refus de donner accès à des informations.¹ La Cour administrative fédérale s'est référée, notamment, aux motivations du projet de loi relative à la liberté de l'information, selon lequel l'article 9 KWG fait expressément partie des lois spéciales mentionnées à l'article 3, alinéa 4, IFG.²

¹ Arrêts du 24 mai 2011, NVwZ 2011, p. 1012, et du 27 novembre 2014, NVwZ 2015, p. 823.

² Projet de loi relative à la liberté de l'information, BT-Drucksache 15/4493, p. 11.

6. Dans ce contexte, le droit allemand fait une distinction entre une obligation générale de discrétion professionnelle et le secret professionnel ou de fonction.³ Tandis que l'obligation générale de discrétion professionnelle concerne, en principe, toute information, le secret professionnel doit être réglé par une loi spéciale qui doit définir de manière substantielle les informations sujettes à une protection spéciale.⁴
7. L'obligation générale de discrétion professionnelle ne peut justifier seule le refus d'une demande d'accès aux informations selon l'IFG, ceci reviendrait à vider ce dernier de tout sens.⁵ En outre, les secrets professionnels spéciaux sont limités. Par ailleurs, selon la jurisprudence, le contenu concret de chaque document doit être pris en considération en vue de décider si l'accès y est justifié ou non.⁶

II. NOTION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE

A. L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ SELON L'ARTICLE 9 KWG

8. L'article 9, paragraphe 1, KWG, intitulé "Obligation de confidentialité", prévoit, en substance, que, dans le cadre de leur activité, les personnes employées par les autorités de surveillance n'ont pas le droit de divulguer ou d'exploiter sans autorisation les éléments de fait dont ils ont eu connaissance au cours de leur activité et par rapport auxquelles les personnes visées par la loi ou des tiers ont intérêt à préserver la confidentialité, notamment les secrets commerciaux et les secrets d'affaires. En revanche, dans certains cas, notamment vis-à-vis des autorités chargées d'enquête pénale ou des administrateur-liquidateurs, la communication des éléments de fait ne constitue pas de divulgation ou d'exploitation sans autorisation.

B. SECRETS D'AFFAIRES ET SECRETS COMMERCIAUX

9. L'article 9, paragraphe 1, KWG énumère les secrets commerciaux et les secrets d'affaires en tant qu'exemple d'informations confidentielles. Les secrets d'affaires concernent le savoir-faire technique, tandis que les secrets commerciaux concernent le savoir-faire commercial.⁷

³ Commentaire de la loi relative à la liberté de l'information, BeckOK InfoMedienR/Schirmer IFG, article 3, points 161 et 162.

⁴ Arrêts de la Cour administrative fédérale du 24 mai 2011, NVwZ 2011, p. 1012 et du 27 novembre 2014, NVwZ 2015, p. 827.

⁵ Arrêt de la Cour administrative fédérale du 24 mai 2011, NVwZ 2011, p. 1012. La Cour fait référence aux motivations du projet de loi relative à la liberté de l'information, BT-Drucksache 15/4493, p. 13.

⁶ [...] [T]ribunal administratif supérieur Kassel, ordonnance du 30 avril 2010, BeckRS 2010, p. 50324.

⁷ Ordonnance de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 mars 2006, 1 BvR 2087/03, MMR 2006, p. 375.

10. La notion de secret inclut tous les éléments de faits qui ne sont pas évidents et qui ne sont accessibles qu'à un cercle de personnes limité et pour lesquels il y a un intérêt légitime de non-divulgateion.⁸ Un intérêt à la non-divulgateion est légitime lorsque la divulgation des informations donnerait à des concurrent l'accès à un savoir-faire commercial ou technique exclusif et pourrait ainsi détériorer la position de l'entreprise concernée sur le marché.⁹

C. SECRET PRUDENTIEL

11. Selon la Cour administrative fédérale et le tribunal administratif supérieur de Kassel, l'article 9, paragraphe 1, KWG protège également le secret prudentiel. Celui-ci porte sur les documents dont le secret est uniquement dans l'intérêt de l'autorité fédérale de surveillance des marchés d'instruments financiers, indépendamment des intérêts de tiers.¹⁰
12. La Cour administrative fédérale ainsi que le tribunal administratif supérieur de Kassel se réfèrent dans ce contexte à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Altmann, C-140/13, du 12 novembre 2014, en vertu duquel "l'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39/CE doit être interprété en ce sens qu'une autorité nationale de surveillance peut invoquer, dans le cadre d'une procédure administrative, l'obligation de garder le secret professionnel à l'encontre d'une personne qui, en dehors d'un cas relevant du droit pénal ou d'une procédure civile ou commerciale, lui a demandé l'accès à des informations".
13. [...] Dans son arrêt du 11 mars 2015, le tribunal administratif supérieur de Kassel conclut qu'il existe une obligation générale de confidentialité de l'autorité fédérale de surveillance des marchés d'instruments financiers.¹¹ Il semblerait que cet arrêt soit le seul à approuver la position défendue par l'autorité fédérale de surveillance des marchés d'instruments financiers, selon laquelle l'ensemble des informations transmises aux autorités compétentes par l'entreprise surveillée doivent être qualifiées de confidentielles au sens de l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39/CE.

⁸ Ordonnance de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 mars 2006, 1 BvR 2087, 2111/03, BeckRS 2006, p. 22998.

⁹ Arrêt de la Cour administrative fédérale, ordonnance du 19 janvier 2009, NVwZ 2009, p. 1114 et arrêt du 28 mai 2009, NVwZ 2009, p. 1113.

¹⁰ Tribunal administratif supérieur de Kassel, arrêt du 11 mars 2015 BeckRS 2015, p. 46064.

¹¹ Tribunal administratif supérieur de Kassel, arrêt du 11 mars 2015 BeckRS 2015, p. 46064, points 43 et 44.

14. [...]

D. PROTECTION DES INFORMATIONS DANS LE TEMPS

15. Il semblerait qu'il n'y existe pas de limite temporelle en droit allemand. L'argument selon lequel certaines informations perdraient leur valeur économique a été évoqué dans le cadre de l'affaire à l'origine de l'arrêt du tribunal administratif supérieur de Kassel précité, par le requérant dans le litige au principal, mais ledit tribunal ne l'a pas pris en considération. [...]

III. CONCLUSION

16. Le droit allemand permet à l'autorité fédérale de surveillance des marchés d'instruments financiers de refuser l'accès aux informations en vertu de l'article 9, paragraphe 1, KWG, lu en combinaison avec l'article 3, alinéa 4, IFG. Toutefois, l'étendue de cette possibilité de refus n'est pas clairement définie. [...] [L]a décision de refuser l'accès aux informations pourrait éventuellement être déjà prise sur base du critère de l'origine des informations. Il ne serait pas nécessaire d'examiner le contenu des dossiers ou les conséquences économiques résultant d'une divulgation.

[...]

DROIT AUTRICHIEN

I. INTRODUCTION

1. En Autriche, la Finanzmarktaufsichtsbehörde (l'autorité de surveillance des marchés financiers, ci-après la «FMA») est l'autorité nationale de surveillance des marchés d'instruments financiers compétente, au sens de la directive 2004/39/CE.¹ Cette autorité est un établissement de droit public, dotée de la personnalité juridique. Dans l'exercice de ses fonctions, elle n'est pas liée par des instructions. La FMA est responsable pour la surveillance du secteur bancaire, des assurances, des valeurs mobilières et des caisses de retraites.² Son champ d'action s'étend à tout le territoire fédéral autrichien.³
2. S'agissant des demandes d'accès à des informations détenues par la FMA, en rapport avec son activité de surveillance, il convient de constater qu'en droit autrichien, des régimes différents s'appliquent, d'une part, à la question de savoir sous quelles conditions l'accès au dossier administratif est accordé et, d'autre part, à la question de savoir sous quelles conditions la FMA est obligée de fournir des renseignements sur des informations détenues par elle-même.

II. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS

A. CADRE JURIDIQUE

1. LOI CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

3. Le Bundes-Verfassungsgesetz (Loi Constitutionnelle Fédérale, ci-après le «B-VG») prévoit dans son article 20, paragraphe 3, en substance, une obligation de discrétion professionnelle (Amtsverschwiegenheit) pour tous les organes chargés des fonctions administratives de la Fédération, des Länder et des communes ainsi que des organes d'autres organismes de droit public, sauf disposition contraire du B-VG. Ils sont tenus de garder le secret des faits uniquement portés à leur connaissance en raison de leur activité publique et dont la confidentialité s'impose dans l'intérêt de la sauvegarde de la tranquillité, de la sécurité et de l'ordre publics, de la défense nationale globale, des relations extérieures, dans l'intérêt économique d'un organisme de droit public, pour préparer une décision ou dans l'intérêt essentiel des parties.

¹ La directive 2004/39/CE a été notamment transposée par le Finanzmarktaufsichtsgesetz (loi fédérale relative à l'autorité de surveillance des marchés financiers, ci-après le «FMABG»), voir l'article 1 (annexe).

² Voir article 1, paragraphe 1, du FMABG.

³ Voir article 1, paragraphe 2, du FMABG.

4. Selon l'article 20, paragraphe 4, du B-VG, ces organes sont toutefois tenus de fournir des renseignements sur les matières de leur domaine d'action, dans la mesure où une obligation légale de discrétion professionnelle ne s'y oppose pas. Cette disposition prévoit également l'adoption des lois fédérales et des États fédérés pour préciser ces objectifs.⁴

2. LOI FÉDÉRALE RELATIVE À L'OBLIGATION DE FOURNIR DES RENSEIGNEMENTS

5. Ces précisions ont été notamment effectuées par l'Auskunftspflichtgesetz⁵ (loi fédérale relative à l'obligation de fournir des renseignements, ci-après l'«APG»)⁶. Cette loi oblige les organes de la Fédération et les entités d'autogestion soumises à la législation fédérale à fournir des renseignements sur des activités de leur domaine d'action, dans la mesure où une obligation légale de confidentialité (gesetzliche Verschwiegenheitspflicht) ne s'y oppose pas.⁷ Chacun peut introduire une telle demande par écrit, à l'oral ou par téléphone. Ces renseignements doivent être fournis, dans un délai de huit semaines au plus tard, par l'autorité administrative concernée uniquement dans la mesure où cela ne porte pas atteinte aux autres tâches de l'administration de manière significative. Il n'y a pas lieu de fournir des renseignements si ceux-ci sont manifestement demandés sans raison.⁸ Si l'autorité administrative décide de ne pas donner droit à la demande de renseignement, une décision administrative doit être rendue, sur demande de la personne concernée.⁹

⁴ Il convient de signaler l'existence d'un projet de loi (Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird, 395 d.B.) prévoyant l'abrogation de l'article 20, paragraphes 3 et 4, du B-VG et son remplacement par un nouvel article 22a du B-VG. En vertu de cette nouvelle disposition, plusieurs organes publics sont tenus de publier des informations d'intérêt public, accessibles pour chacun, dans la mesure où il n'existe pas une obligation de confidentialité. Ces motifs de refus, énoncés au paragraphe 2 du nouvel article 22a du B-VG, sont en grande partie identiques à ceux prévus par l'article 20, paragraphe 3, du B-VG et l'article 14, paragraphe 2, du FMABG.

De plus, il existe également un projet de loi sur la liberté de l'information (Informationsfreiheitsgesetz, «IFG», 1/AUA), prévoyant en substance que chaque personne a le droit d'obtenir l'accès à des informations détenues par les autorités publiques. Un catalogue d'exceptions est également prévu (article 6 de l'IFG).

À ce jour, le Parlement autrichien ne semble pas encore être parvenu à un accord politique sur ces deux lois depuis plus de deux ans.

⁵ Bundesgesetz vom 15. Mai 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung des Bundes und eine Änderung des Bundesministeriengesetzes 1986, BGBl. Nr. 287/1987, tel que modifié par BGBl. Nr. 158/1998.

⁶ Une loi-cadre existe également pour les États fédérés et les communes concernant l'obligation de fournir des renseignements: Bundesgrundsatzgesetz vom 15. Mai 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung der Länder und Gemeinden (Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz), BGBl. Nr. 286/1987, tel que modifié par BGBl. I Nr. 158/1998. Sur la base de celui-ci, les États fédérés ont par la suite adopté des lois concernant l'obligation de fournir des renseignements.

⁷ Voir l'article 1 de l'APG.

⁸ Voir les articles 1, paragraphe 2, ainsi que 2 et 3, de l'APG.

⁹ Voir l'article 4, de l'APG.

3. LOI FÉDÉRALE RELATIVE À L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS

6. Le Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (loi fédérale relative à l'autorité de surveillance des marchés financiers, ci-après le «FMABG»)¹⁰ prévoit une disposition très similaire à celle de l'article 20, paragraphe 3, du B-VG. L'article 14, paragraphe 2, du FMABG soumet tous les employés de la FMA à une obligation de discrétion: les employés de la FMA sont, en substance, tenus de garder le secret, à l'égard de chacun¹¹, des faits qui sont uniquement portés à leur connaissance en raison de leur activité publique. Cette obligation de discrétion ne leur incombe pas seulement pendant qu'ils sont en service, mais également après la fin de leur contrat de travail.¹² Elle concerne pour l'essentiel toutes les informations incluses dans les dossiers électroniques et papiers, notamment, mais également des informations ayant un rapport avec des projets de décisions administratives. L'obligation de discrétion s'étend aux remarques orales, ainsi qu'aux procédés internes.¹³
7. Or, il n'existe pas un intérêt de conservation de secret pour toutes les informations détenues par la FMA. En substance, la condition pour l'existence d'une obligation de discrétion est soit un intérêt public, soit un intérêt prépondérant d'une partie. L'article 14, paragraphe 2, alinéa 1, du FMABG prévoit alors, de manière analogue à la disposition de l'article 20, paragraphe 3, du B-VG, que la confidentialité peut s'imposer dans l'intérêt de la sauvegarde de la tranquillité, de l'ordre et de la sécurité publics, de la défense nationale globale, des relations extérieures, dans l'intérêt économique d'un organisme de droit public, pour préparer une décision ou dans l'intérêt essentiel des parties.¹⁴
8. De plus, l'article 14, paragraphe 2, du FMABG prévoit que les organes de la FMA et leurs employés sont soumis à l'obligation de préserver le secret bancaire (Bankgeheimnis), tel que prévu par l'article 38, paragraphe 1, du Bankwesengesetz (loi bancaire, «BWG») en tant que secret professionnel (Amtsgeheimnis).¹⁵ L'obligation de confidentialité des organes de la FMA et leurs employés peut être levée par le comité directeur de la FMA.¹⁶

¹⁰ Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde, BGBl. I Nr. 97/2001, tel que modifié par BGBl. I Nr. 118/2016.

¹¹ Ne sont pas visées par cette disposition, les personnes qui doivent être informées à propos de ces faits, par une communication officielle. Voir l'article 14, paragraphe 2, du FMABG.

¹² Raschauer, N., § 14 FMABG in Gruber/Raschauer, WAG-Kommentar (2010), point 2.

¹³ Raschauer, N., § 14 FMABG in Gruber/Raschauer, WAG-Kommentar (2010), point 3.

¹⁴ Par ailleurs, l'article 22c FMABG autorise la FMA à rendre public ou à donner des renseignements sur des informations concernant des mesures ou sanctions qu'elle a infligées, dans le cadre des enquêtes qu'elle mène en cas de soupçon d'activités des marchés financiers illicites.

¹⁵ Voir l'article 14, paragraphe 2, alinéa 2, du FMABG.

¹⁶ Voir l'article 14, paragraphe 2, alinéa 3, du FMABG.

9. Par ailleurs, la FMA doit conserver en permanence les dossiers ayant une importance générale ou fondamentale, notamment les décisions administratives qu'elle a rendues. D'autres dossiers doivent être conservés pendant au moins sept ans.¹⁷

B. JURISPRUDENCE

10. Dans un arrêt du 27 février 2009¹⁸, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, ci-après le «VwGH») s'est prononcé de manière approfondie sur l'applicabilité de l'APG sur la FMA, ainsi que sur la portée de l'article 14, paragraphe 2, du FMABG.
11. Par cet arrêt, le VwGH a annulé une décision administrative de la FMA, par laquelle celle-ci avait refusé de communiquer des renseignements concernant une société et une banque, dont la surveillance lui incombait. La partie plaignante, ayant subi des pertes financières substantielles, avait allégué que son dommage a été causé par les activités de ces établissements, n'ayant pas respecté le droit des marchés financiers. Elle avait introduit une demande de renseignement en soumettant à la FMA une liste comportant plusieurs questions portant sur les activités de surveillance de la FMA à l'égard de la banque et de la société concernées. La FMA avait refusé de fournir des renseignements en invoquant le motif du refus de préparation d'une décision, prévu par l'article 14, paragraphe 2, du FMABG.
12. Après avoir constaté que l'APG s'applique également aux demandes de renseignements introduites auprès de la FMA, le VwGH a rappelé sa jurisprudence selon laquelle une autorité administrative doit apprécier si et dans quelle mesure une obligation de discrétion professionnelle s'oppose à une demande de renseignement. Pour pouvoir apprécier les intérêts des collectivités territoriales d'une part, et celles des parties, d'autre part, l'autorité administrative doit constater les faits de manière suffisante tout en respectant le droit des parties d'être entendues. De plus, elle est obligée de motiver sa décision conformément à la loi.¹⁹
13. Partant, le VwGH a jugé que la FMA n'avait pas respecté ladite obligation de motivation de manière suffisante puisqu'elle n'avait pas démontré pourquoi la fourniture des renseignements demandés pouvait empêcher la préparation d'une décision en l'occurrence.
14. Par la suite, le VwGH a annulé d'autres décisions administratives de la FMA, par lesquelles celle-ci avait refusé de fournir des renseignements.²⁰ Au vu de cette jurisprudence, il peut être constaté que la FMA est tenue de motiver les décisions administratives par lesquelles elle rejette des demandes de renseignements, de manière détaillée et concrète. Une simple référence à un des motifs du refus, tel

¹⁷ Voir l'article 22, paragraphe 4, du FMABG.

¹⁸ Arrêt du VwGH du 27 février 2009, 2008/17/0151.

¹⁹ À cet égard, le VwGH cite ses arrêts du 23 novembre 1990, 89/17/0028 et 17 juin 1992, 91/01/0201.

²⁰ Arrêts du VwGH du 26 mars 2010, 2009/17/0142 et du 20 avril 2016, 2013/17/0342.

qu'énoncé par l'article 14, paragraphe 2, du FMABG, n'est dès lors pas suffisante pour pouvoir refuser une demande de renseignement. Toutefois, la FMA n'est pas obligée de procurer des informations accessibles par d'autres biais. Une obligation de fournir des renseignements n'existe alors pas si la demande concerne des faits que le demandeur peut connaître de sa propre initiative.²¹

III. ACCÈS AUX DOSSIERS

15. S'agissant de la question de l'accès aux dossiers administratifs de la FMA, la règle générale de l'article 17 de l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991²² (loi générale sur les procédures administratives, ci-après l'«AVG»), intitulé «accès au dossier» (Akteneinsicht) s'applique.²³ Le paragraphe 1 de cette disposition prévoit en substance que seules les parties²⁴ ont le droit d'avoir accès au dossier relatif aux affaires qui les concernent. L'accès au dossier doit être accordé lorsque la partie le demande, sans qu'elle doive motiver sa demande.²⁵
16. Toutefois, des exceptions quant à ce droit d'accès existent, en vertu du paragraphe 3, de l'article 17, de l'AVG. Sont alors exclus des éléments des dossiers dans la mesure où la consultation de ceux-ci porterait préjudice aux intérêts légitimes d'une partie ou d'un tiers ou entraînerait une menace pour les tâches de l'autorité administrative ou porterait atteinte à l'objectif de la procédure.
17. Selon une jurisprudence constante du VwGH, l'article 20, paragraphe 4, du B-VG n'oblige pas les organes administratifs à donner accès au dossier à chaque personne qui le demande. Il n'est alors pas possible d'imposer le droit d'accès au dossier par les dispositions prévoyant l'obligation de fournir des renseignements. Cette dernière a pour objectif seulement de fournir des informations relatives à des faits contenus dans le dossier administratif, puisque les informations accessibles par une demande de renseignement sont normalement moins détaillées vis-à-vis de celles qui peuvent être retenues après avoir eu accès au dossier.²⁶

²¹ Arrêt du VwGH du 28 mars 2014, 2014/02/0006.

²² Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. Nr. 51/1991, tel que modifié par BGBl. I Nr. 33/2013.

²³ La FMA est tenue d'appliquer l'AVG en exerçant des tâches administratives. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du VwGH du 21 février 2005, 2004/17/0173.

²⁴ En vertu de l'article 8 de l'AVG, sont considérées comme parties, des personnes physiques ou morales ayant un droit subjectif ou un intérêt juridique concernant l'affaire en cause.

²⁵ *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2014), 114.

²⁶ Voir à cet égard, à titre d'exemple, l'arrêt du VwGH du 21 septembre 2005, 2004/12/0151.

IV. CONCLUSION

18. Pour conclure, il peut être constaté qu'en vertu du droit autrichien, les employés de l'autorité compétente au sens de la directive 2004/39/CE, à savoir la FMA, sont soumis à une obligation de discrétion en ce qui concerne les faits uniquement portés à leur connaissance en raison de leur activité publique. Or, en règle générale, l'accès aux dossiers administratifs n'est accordé qu'aux parties, sauf si ceci porte atteinte à des intérêts légitimes. S'agissant des demandes de renseignements pouvant être également introduites par d'autres personnes intéressées, la FMA peut les rejeter, en cas de l'existence d'un motif de refus. Dans ce cas-là, elle doit motiver sa décision de manière détaillée, concrète et au cas par cas. Il peut alors être observé qu'il est difficile d'établir, pour le droit autrichien, des catégories d'informations détenues par la FMA considérées confidentielles, puisque les dispositions applicables visent plutôt l'existence de différents intérêts légitimes des personnes concernées que la nature ou le caractère de ces informations. Par ailleurs, il ne semble pas ressortir de la jurisprudence examinée qu'il existe une limite temporelle à l'expiration de laquelle naît une présomption réfragable selon laquelle une information perd sa valeur économique et n'est de ce fait plus digne de protection.

[...]

DROIT ESTONIEN

I. INTRODUCTION

1. Les règles juridiques principales applicables aux demandes d'accès à des informations détenues par les autorités nationales compétentes, en rapport avec l'activité de surveillance financière, résultent de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers¹, qui transpose les principes de la directive 2004/39/CE² et, de ce fait, les dispositions de la loi sur l'information publique³ ne s'appliquent pas⁴.
2. À titre de préliminaire, il convient de souligner le principe général selon lequel l'activité de surveillance des marchés financiers n'est pas publique.⁵ En premier lieu, la portée de l'obligation de secret professionnel sera précisément définie (II.), puis sera analysée la notion d'information confidentielle (III.). Enfin, sera présentée la jurisprudence pertinente (IV.).

II. L'OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL

3. S'agissant du principe général, l'article 34, paragraphe 1, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers prévoit que tous les employés des autorités compétentes, ainsi que les contrôleurs des comptes ou les experts mandatés par les autorités compétentes sont tenus, dans l'exercice de leurs fonctions, de préserver la confidentialité des informations présentant un caractère confidentiel.⁶
4. Il n'existe pas de limite temporelle, l'obligation de confidentialité se poursuivant indéfiniment.⁷

¹ Loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers (*Finantsinspektsiooni seadus*). – RT I 2001, 48, 267; RT I, 07.04.2017, 7. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/517042017001/consolide>.

² 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, JO n° L 145 du 30/04/2004 p. 1 à 44.

³ Loi sur l'information publique (*Avaliku teabe seadus*). – RT I 2000, 92, 597; RT I, 06.01.2016, 7. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/518012016001/consolide>.

⁴ Article 2, paragraphe 2, alinéa 4, de la loi sur l'information publique: (2) *This Act does not apply: [...] 4) to restrictions on access to information and to special conditions of, the procedure for and methods of access if these are otherwise provided for in specific Acts or international agreements.*

⁵ Article 54, paragraphe 1, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

⁶ Article 34, paragraphe 1, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

⁷ Ibid.

5. Les exceptions à cette obligation sont énumérées à l'article 54, paragraphes 4 à 6, de la loi sur la surveillance des marchés financiers et peuvent être ainsi classées:
- a) Les informations confidentielles peuvent être divulguées, dans l'exercice de leurs fonctions, aux juridictions ou organes de poursuite et d'investigation dans le cadre de poursuites pénales liées à procédure de surveillance⁸; aux services de sécurité en vue de prévenir et de combattre les infractions terroristes et la criminalité⁹; aux tribunaux en matière de contentieux administratif dans des affaires liées à la procédure de surveillance financière¹⁰; aux Fonds de garantie, aux auditeurs d'établissements financiers soumis à un régime de surveillance, au registre central des valeurs mobilières, aux gestionnaires d'un système de règlement-livraison de titres et à la banque dépositaire tel que prévu par la réglementation sur fonds d'investissement et de fonds de pension¹¹.
 - b) Les informations confidentielles destinées à l'exécution de leurs missions peuvent être transmises aux banques centrales, au système européen de banques centrales et à la Banque centrale européenne agissant en qualité d'autorités monétaires, à la Banque d'Estonie, aux fonctionnaires du ministère des Finances concernés, ainsi qu'aux autorités compétentes des États membres conformément aux conditions de coopération établies par la directive 2004/39/CE et par la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.¹²
 - c) Les informations confidentielles peuvent également être divulguées à la Cour, à un liquidateur, à l'administrateur de la faillite, qu'elle soit provisoire ou non, dans le cadre d'une procédure de faillite ou d'une liquidation d'établissement financier soumis à un régime de surveillance, sous condition d'être nécessaires au déroulement de la procédure.¹³
 - d) Par ailleurs, l'autorité de surveillance des marchés financiers a également le droit de divulguer les informations confidentielles sous une forme résumée ou agrégée empêchant l'identification des établissements financiers soumis à un régime de surveillance.¹⁴

⁸ Article 54, paragraphe 4, alinéa 1, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

⁹ Article 54, paragraphe 4, alinéa 1¹, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

¹⁰ Article 54, paragraphe 4, alinéa 2, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

¹¹ Article 54, paragraphe 4, alinéas 5, 6, 8, 9 et 10, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

¹² Article 54, paragraphe 4, alinéas 3 et 7, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

¹³ Article 54, paragraphe 4, alinéa 4, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers. Voir également l'article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/39/CE.

¹⁴ Article 54, paragraphe 6, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers. Voir également l'article 54, paragraphe 1, 2^{ème} phrase, de la directive 2004/39/CE.

- e) Enfin, l'autorité de surveillance des marchés financiers peut divulguer la condamnation, pour un délit, rendue au cours de la procédure de surveillance, un acte administratif ou un autre document de droit public, sous condition que cela soit nécessaire afin de garantir la protection des investisseurs, des clients, du public ou de veiller au bon fonctionnement des marchés financiers.¹⁵

III. LA NOTION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE

- 6. Notons tout d'abord que, conformément à l'article 54, paragraphe 2, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers, sont confidentielles toutes les informations que l'autorité de surveillance a recueilli au cours de la procédure de surveillance auprès d'entreprises, d'autres personnes ou organismes, y compris des données, documents et autres informations, attestations, actes, injonctions, rédigés au cours de la procédure de surveillance financière et autres documents reflétant les résultats de la surveillance financière, sur tous types de support.
- 7. Deux exceptions à cette règle sont expressément prévues par l'article 54, paragraphe 3, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers. Précisément, l'information n'est pas considérée comme confidentielle si, premièrement, la divulgation de celle-ci était prévue par les actes associés à la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers énumérés à l'article 2, paragraphe 1, de ladite loi¹⁶ ou si, deuxièmement, en cas de divulgation, celle-ci ne permet pas de déterminer la personne concernée.

IV. LA PRATIQUE DÉCISIONNELLE

- 8. À l'égard du sujet de cette note, deux affaires peuvent être relevées en ce qui concerne la pratique décisionnelle.
- 9. En premier lieu, un actionnaire d'une banque a introduit, au titre de la loi sur l'information publique, une demande d'accès à certains documents relatifs à la procédure menant à la décision sur l'acquisition d'une participation qualifiée dans la banque concernée. L'autorité de surveillance n'a pas fait droit à cette demande.

¹⁵ Article 54, paragraphe 5, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers.

¹⁶ Article 2, paragraphe 1, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers: *(1) For the purposes of this Act, state financial supervision [...] means supervision over the subjects of state financial supervision [...] and the activities provided for in this Act, the Credit Institutions Act, the Creditors and Credit Intermediaries Act, the Insurance Activities Act, the Investment Funds Act, the Funded Pensions Act, the Securities Market Act, the Motor Third Party Liability Insurance Act, the Payment Institutions and E-money Institutions Act, the Estonian Central Register of Securities Act, and legislation established on the basis thereof.*

10. Par son ordonnance du 29 mars 2016¹⁷, la Cour suprême a confirmé les décisions des instances antérieures en ce qui concerne l'irrecevabilité de la demande de constater l'illégalité de l'acte de l'autorité de surveillance rejetant la demande d'accès au motif que le plaignant n'avait pas d'intérêt à agir. Cependant, la Cour s'est prononcée également sur la notion d'information confidentielle et sur les exceptions conférant à l'autorité de surveillance la discrétion de divulguer ladite information.
11. Tout d'abord, en se référant à l'article 2, paragraphe 2, alinéa 4, de la loi sur l'information publique, la Cour a exclu l'application de ladite loi dans le cas d'espèce (voir paragraphe 1. ci-dessus). Ensuite, ayant établi que la procédure de la décision sur l'acquisition d'une participation qualifiée dans une banque constituait une des fonctions attribuées à l'autorité de surveillance des marchés financiers, elle a constaté que les actes rédigés au cours de cette procédure étaient couverts par le secret professionnel, et que l'autorité de surveillance avait la faculté de divulguer des informations uniquement à la condition que la nécessité de divulguer lesdits actes à la partie intéressée était établie, au sens de l'article 54, paragraphe 5, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers [voir paragraphe 5, point e) ci-dessus]. Enfin, la Cour a approuvé l'argumentation de l'autorité compétente selon laquelle, dans le cas d'espèce, les conditions d'application de l'exception n'ont pas été établies.
12. En deuxième lieu, dans une procédure d'arbitrage, il avait été établi que l'article 54, paragraphe 4, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers exclut la possibilité d'obtention d'éléments de preuve dans le cadre d'une affaire civile autre qu'une procédure de faillite [voir paragraphe 5, point c) ci-dessus]. Sur cette base, la requérante, actionnaire d'une banque, s'était vue refuser sa demande de d'obtention auprès de l'autorité de surveillance des preuves nécessaires afin de prouver la mauvaise foi de défendeur.
13. La requérante s'est ensuite adressée à la Chambre de contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême lui demandant de déclarer inconstitutionnel l'article 54, paragraphe 4, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers, dans la mesure où cette disposition permet de recueillir des informations uniquement dans le cas d'une procédure de faillite. La Chambre de contrôle de constitutionnalité s'est prononcée sur l'irrecevabilité de ce recours individuel sans toutefois statuer sur le fond.¹⁸
14. La requérante a également faire recours contre la décision d'arbitrage devant la Cour de district. Celle-ci a jugé que l'article 54, paragraphe 4, de la loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers n'était pas pertinente, dès lors que la requérante n'avait pas précisé les actes concrets auxquels il souhaitait obtenir accès dans le

¹⁷ Ordonnance de la Cour suprême du 29 mars 2016, n° 3-3-1-39-15.

¹⁸ Ordonnance de la Chambre de contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême du 2 juin 2013, n° 3-4-1-25-13.

contexte de l'affaire pendante. En outre, la Cour a estimé que le refus mentionné au paragraphe 12 ci-dessus n'enfreignait pas l'ordre public ou les bonnes mœurs, étant donné que le fait de donner accès aux documents en question n'avait eu aucune influence sur le résultat de l'affaire. On notera qu'il n'y a pas de droit de recours à la Cour suprême en cas de décision dans une procédure d'arbitrage.¹⁹

V. CONCLUSION

15. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que, en droit estonien, la portée de l'obligation de garder le secret professionnel incombant à l'autorité de surveillance est large. Ce n'est que dans des cas exceptionnels définis que des informations confidentielles peuvent être divulguées.
16. De même, les catégories d'informations considérées comme confidentielles et qui, partant, relèvent de la protection du secret professionnel, s'étendent non seulement aux secrets industriels et commerciaux, mais également aux documents relevant du secret prudentiel. L'obligation de secret professionnel de l'autorité de surveillance des marchés vise à protéger ses informations indéfiniment.

[...]

¹⁹ Ordonnance de la Cour suprême du 24 mai 2014, n° 3-2-1-27-14.

DROIT FINLANDAIS

I. INTRODUCTION

1. Il existe une obligation de secret relative aux informations détenues par l'autorité de supervision financière (ci-après le "Fiva"). Cette obligation ne couvre toutefois pas toutes les informations transmises à cette autorité ou détenues par celle-ci. À cet égard, la législation en matière de transparence et la jurisprudence ont précisé la portée de l'obligation de secret.
2. Il n'existe pas de règles spécifiques portant sur la protection de ces informations dans le temps. Les règles générales relatives à la durée de la protection s'appliquent auxdites informations.¹

II. L'OBLIGATION DE SECRET RELATIVE AUX INFORMATIONS DÉTENUES PAR LE FIVA

A. GÉNÉRALITÉS

3. Conformément à l'article 12, paragraphe 2, de la Constitution, les documents et autres enregistrements en possession des autorités sont publics, excepté si leur accès est spécifiquement limité par une loi pour des motifs impérieux.
4. L'accès du public aux documents découle du principe de publicité en vertu duquel toute personne peut obtenir des informations sur les actes détenus par les autorités même sur les sujets qui ne la concernent pas directement. Les dérogations admises au principe de publicité ne sont possibles que pour des motifs impérieux et sur la base d'une loi. En règle générale, les dérogations sont énoncées par la loi sur la publicité des activités des autorités (ci-après la "JulkL"), bien qu'il existe des règles spéciales dans certains domaines, comme par exemple, le droit bancaire (la loi sur les établissements de crédit et la loi sur les services de l'investissement prévoient le secret bancaire).
5. En vertu de l'article 17 de la JulkL, l'autorité à laquelle la demande d'accès est adressée doit tenir compte du principe d'ouverture ainsi que des objectifs de la JulkL. L'accès aux informations ne peut être restreint que pour un motif bien fondé et prévu par la loi. L'accès ne peut pas non plus être limité plus que nécessaire en tenant compte de l'intérêt protégé. L'autorité doit respecter le principe d'égalité de traitement: les demandes d'accès doivent être traitées de la même manière.
6. L'article 22, paragraphe 1, de la JulkL prévoit que les documents en possession des autorités sont secrets si l'obligation de secret est prévue par la loi ou lesdits documents contiennent des informations soumises à l'obligation de confidentialité

¹ La durée de protection est en principe de 25 ans.

prévue par la loi.² En vertu de l'article 17 de la loi sur les fonctionnaires de l'État, les employés du Fiva sont soumis à l'obligation de confidentialité.

7. L'article 24 de la JULKL énumère 32 types de documents considérés comme secrets. Parmi ceux-ci se trouvent les documents relatifs aux intérêts financiers privés, à l'efficacité des enquêtes et des opérations de surveillance effectuées par des autorités publiques, à la crédibilité et au fonctionnement du marché financier et du marché des assurances ainsi qu'au respect du droit à la vie privée.
8. Le secret des documents peut être absolu ou non absolu. Dans le premier cas, les autorités n'ont pas de pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'accès aux documents. Les documents sont automatiquement secrets sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer au cas par cas si l'accès peut porter atteinte à l'intérêt protégé. Il est considéré que la publicité en soi porte atteinte à l'intérêt protégé. Dans le second cas, les dispositions prévoient soit que l'accès est refusé s'il risque de porter atteinte à l'intérêt protégé (la présomption est la publicité du document), soit que l'accès n'est pas refusé s'il est manifeste qu'il ne portera pas atteinte à l'intérêt en question (la présomption est le secret du document). L'autorité concernée est ainsi obligée d'estimer au cas par cas si l'accès peut porter atteinte ou non à l'intérêt protégé. En effet, dans la plupart des cas, l'évaluation des effets de la divulgation du document vis-à-vis de l'intérêt protégé est prévue.
9. Il arrive souvent que l'obligation de secret ne s'applique qu'à certaines parties du document. Dans ce cas, conformément à l'article 10 de la JULKL, l'accès doit, dans la mesure du possible, être accordé en ce qui concerne les parties publiques du document sans divulguer le contenu des parties secrètes. La partie secrète doit être susceptible d'être distinguée de la partie publique et le contenu du document doit être compréhensible après la dissimulation des parties secrètes.
10. Sous certaines conditions, l'autorité peut accorder l'accès à une information à caractère secret. D'après l'article 26 de la JULKL, tel est le cas si la possibilité de divulgation est prévue par la loi ou si la personne protégée par le secret donne son accord pour la divulgation.
11. Les autorités ont, dans certains cas, accès aux informations à caractère secret détenues par d'autres autorités. Les conditions d'accès sont prévues par les articles 28 et 29 de la JULKL. Ce droit d'accès des autorités concerne également les autorités étrangères et internationales.

B. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE SECRET

12. En ce qui concerne l'obligation de confidentialité établie à l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39/CE, il est nécessaire de vérifier s'il s'agit d'informations

² Voir, pour davantage de précisions sur l'obligation de confidentialité, Mäenpää, O., *Julkisuusperiaate*, Helsinki 2016, p. 365 à 376.

couvertes par des dérogations au principe de publicité et ainsi d'informations considérées comme secrètes.

13. Les catégories d'informations considérées comme secrètes dans le contexte de la présente note de recherche seraient les suivantes:

- les informations couvertes par le secret bancaire concernant les relations entre l'établissement de crédit, l'entreprise d'investissement ou une autre entreprise financière, ses clients et ses contractants (la loi sur les établissements de crédit, la loi sur les services de l'investissement);
- les secrets commerciaux et les secrets d'affaires propres à l'établissement de crédit, l'entreprise d'investissement ou une autre entreprise financière en question (JulkL);
- les informations relevant du secret prudentiel, relatif notamment aux méthodes de surveillance appliquées par le Fiva, les communications et les transmissions d'informations entre les différentes autorités compétentes ainsi qu'entre le Fiva et les entités surveillées à condition que la divulgation de l'information porte atteinte à l'activité de surveillance (JulkL);
- les informations contenues dans les rapports établis par le Fiva relatifs à l'état des marchés surveillés et aux entités surveillées à condition que la divulgation de l'information porte atteinte au fonctionnement du système financier (JulkL);
- les données relatives à la vie privée (JulkL).

14. Tout d'abord, la législation dans le domaine financier prévoit une obligation de confidentialité pour les employés des entreprises de crédit, d'investissement ou d'autre entreprise financière en ce qui concerne les informations dont ils ont eu connaissance au cours de leur activité. En vertu de l'article 14, du chapitre 15 de la loi sur les établissements de crédit, les employés desdits établissements sont soumis à l'obligation de confidentialité s'agissant des informations sur la position économique, les circonstances personnelles ou les secrets commerciaux ou professionnels des clients et des contractants desdits établissements. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 12, de la loi sur les services de l'investissement, une telle obligation de confidentialité est prévue également pour les employés des entreprises d'investissement. Dans ces deux cas, la personne protégée par le secret peut toutefois donner son accord pour la divulgation. En outre, dans les cas prévus par la loi, certaines autorités, comme le Fiva, ont accès aux informations à caractère secret détenues par lesdits établissements ou entreprises. Les employés du Fiva sont soumis à l'obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations secrètes transmises au Fiva et les règles de la JulkL s'y appliquent.

15. Ensuite, en ce qui concerne les secrets commerciaux et secrets d'affaires, ils relèvent, selon l'article 24, point 20, de la JulkL, par nature du champ d'application de la dérogation au principe de publicité. Le secret des documents est ainsi absolu:

les autorités n'ont pas de pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'accès aux documents. Les documents sont automatiquement secrets sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer au cas par cas si l'accès peut porter atteinte à l'intérêt protégé.

16. Il est compris par secrets commerciaux et secrets d'affaires, notamment les informations commerciales et techniques ainsi que les données relatives à l'administration, à la gestion et à la stratégie d'action de l'entreprise en question.³ En règle générale, la dérogation couvrirait des données importantes pour les affaires auxquelles un cercle restreint de personnes a accès et dont l'entreprise en question a un intérêt légitime à préserver la confidentialité. Ces données ne devraient pas nécessairement avoir une valeur économique. Les secrets commerciaux et d'affaires sont à identifier individuellement dans chaque cas concret et la volonté de l'entreprise de garder l'information secrète ne lie pas le Fiva: le caractère secret de l'information doit ainsi être apprécié objectivement en vertu de la loi. La volonté de l'entreprise, qui doit être entendue sur la demande d'accès, constitue toutefois la base pour la décision du Fiva sur la nature de l'information.⁴
17. De plus, s'agissant du secret prudentiel, l'article 24, point 15, de la JulkL prévoit une dérogation du principe de publicité en ce qui concerne les documents qui ont trait à l'efficacité des enquêtes et des opérations de surveillance effectuées par des autorités publiques. Les informations relevant du secret prudentiel concernent notamment les méthodes de surveillance appliquées par le Fiva, les communications et les transmissions d'informations entre les différentes autorités compétentes ainsi qu'entre le Fiva et les entités surveillées.
18. Ces informations relèvent du secret prudentiel à condition que la divulgation de l'information porte atteinte à l'activité de surveillance ou soit susceptible de causer un dommage, sans raison valable, à l'entreprise concernée. Le secret des documents est ainsi non absolu: l'accès n'est refusé que s'il risque de porter atteinte à l'intérêt protégé (la présomption est la publicité du document). Le Fiva a considéré, dans sa pratique administrative, que le bon fonctionnement et l'efficacité de la surveillance ainsi que le maintien des relations confidentielles avec les entreprises surveillées impliquent d'étendre le secret à toutes les communications figurant au dossier, notamment à sa correspondance avec d'autres autorités compétentes et personnes physiques et morales y compris les entreprises surveillées. Les juridictions administratives n'ont pas accepté cette position.⁵ Elles considèrent qu'étant donné que les limitations au principe de publicité doivent être interprétées strictement, le Fiva doit exposer de façon argumentée que, dans le cas concret, la divulgation d'un document porterait effectivement atteinte à l'intérêt protégé par la JulkL. À cet égard, le Fiva doit prendre en compte les dispositions de l'article 10 de la JulkL

³ Voir Mäenpää, O., *Liikesalaisuudet viranomaisten toiminnassa*, Edilex 2006, p. 72.

⁴ Mäenpää, O., *op.cit.*, p. 73.

⁵ Voir les décisions de la Cour administrative suprême KHO 2016/2629 et KHO 2016/2630.

selon lesquelles, l'accès doit, si possible, être accordé aux parties publiques du document sans divulguer le contenu des parties secrètes. En conclusion, il appartient au Fiva de justifier en détail le refus d'accorder l'accès à un document relatif à son activité de surveillance. Selon la jurisprudence, les entreprises surveillées ont une obligation légale de fournir au Fiva les informations nécessaires pour son activité de surveillance et cela ne nécessite pas l'existence d'une relation spéciale de confidentialité entre le Fiva et l'entreprise surveillée.

19. En outre, l'article 24, point 12, de la JULK prévoit que les informations contenues dans les rapports établis par le Fiva, dans ses fonctions de surveillance prévues par la loi et relatifs à l'état des marchés financiers et aux entités surveillées, relèvent de l'obligation de secret sous condition que la divulgation de l'information porte atteinte au fonctionnement du système financier. Le secret des documents est ainsi non absolu: l'accès n'est refusé que s'il risque de porter atteinte à l'intérêt protégé (la présomption est la publicité du document). Il n'a pas été relevé de jurisprudence relative à cette dérogation du principe de publicité.
20. Enfin, plusieurs points de l'article 24 de la JULK, prévoient que les données relatives à la vie privée sont, en règle générale, couvertes par l'obligation de secret. Cela ne concerne pas seulement les données à caractère personnel mais aussi les données relatives à la position économique de la personne concernée.

[...]

DROIT FRANÇAIS

I. INTRODUCTION

1. En France, les "autorités compétentes" au titre de la directive 2004/39/CE, concernant les marchés d'instruments financiers, sont l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'"AMF") et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après l'"ACPR").
2. L'AMF est une autorité publique indépendante qui a pour mission de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et dans certains actifs donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous les autres placements offerts au public. Elle a également pour mission de veiller à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et de certains actifs¹. L'ACPR, quant à elle, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle². Elle est notamment chargée de l'agrément et de la surveillance des établissements bancaires et d'assurances.
3. Pour déterminer quel est le sort à réserver aux demandes d'accès à certaines informations détenues par ces autorités, deux corps de règles sont pertinents. D'une part, il s'agit des règles précisant l'étendue du droit à communication des documents administratifs, contenues dans le code des relations entre le public et l'administration (II.). D'autre part, il s'agit des règles précisant l'étendue du secret professionnel imposé aux membres de l'AMF et de l'ACPR, ce secret étant prévu par le code monétaire et financier et spécifié dans les textes internes respectifs de ces autorités (III.).

II. ÉTENDUE DU DROIT À COMMUNICATION DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

4. Le code des relations entre le public et l'administration prévoit un droit à communication des documents administratifs³. Ce droit est toutefois limité par plusieurs exceptions, sous-tendues par l'idée qu'il est légitime de protéger certains secrets.

¹ Article L. 621-1, paragraphe 1, du code monétaire et financier.

² Article L. 612-1, I, paragraphe 1, du code monétaire et financier.

³ Articles L. 300-2, L. 311-1 et suiv. du code des relations entre le public et l'administration. Ce code, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, reprend notamment la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

5. Parmi les documents administratifs concernés par ces exceptions, trois catégories peuvent être distinguées: premièrement, les documents qui sont non communicables par nature; deuxièmement, ceux qui sont couverts par un secret absolu s'opposant à leur communication; et, troisièmement, ceux qui sont couverts par un secret relatif ne s'opposant qu'à leur communication aux tiers⁴. Toutefois, en tout état de cause, lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables, mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointre, le document est alors communiqué au demandeur après occultation ou disjonction desdites mentions⁵.
6. S'agissant de la première catégorie de documents, celle-ci ne s'avère pas pertinente pour les documents des autorités françaises compétentes au titre de la directive 2004/39/CE. En revanche, à titre comparatif, il peut être relevé que sont considérés comme non communicables, en raison de leur nature, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence⁶ dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction ou de décision.
7. S'agissant de la deuxième catégorie de documents, celle-ci comprend les documents protégés par des secrets très particuliers (comme le secret de la défense nationale) mais également ceux dont la consultation ou la communication porterait atteinte "aux autres secrets protégés par la loi"⁷. Cette dernière mention fait principalement référence aux secrets professionnels⁸. À cet égard, il convient d'indiquer, dès à présent, que les membres de l'AMF, comme ceux de l'ACPR, sont tenus à un tel secret, prévu par le code monétaire et financier.
8. S'agissant de la troisième catégorie de documents, elle est composée des documents qui ne sont communicables qu'aux seuls intéressés, car leur communication porterait notamment atteinte à la protection de la vie privée ou au secret en matière commerciale et industrielle. Ce dernier comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou

⁴ Article 6, I et II, de la loi n° 78-753, codifié aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration. À cet égard, voir le commentaire sous l'article L. 311-5 du code Dalloz des relations entre le public et l'administration.

⁵ Article L. 311-7 du code des relations entre le public et l'administration.

⁶ L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante qui veille au libre jeu de la concurrence (articles L. 461-1 et suiv. du code de commerce).

⁷ Article L. 311-5, 2°, h), du code des relations entre le public et l'administration.

⁸ Voir le commentaire sous l'article L. 311-5 du code Dalloz des relations entre le public et l'administration, ainsi que l'avis de la commission d'accès aux documents administratifs, n° 20142954, du 18 septembre 2014.

industrielles⁹. Cependant, les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle deviennent communicables à l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans, à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier. De plus, avant l'expiration de ces délais, une consultation peut être accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger¹⁰. Cette troisième catégorie comprend également les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable, ainsi que les documents faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

9. Au vu de cette classification, le refus de communiquer une information détenue par l'AMF ou l'ACPR pourrait donc éventuellement se justifier, selon l'information concernée, à la fois par l'obligation de respecter un secret professionnel, prévu spécifiquement par la loi, et par l'obligation de respecter un autre secret, tel que le secret en matière commerciale et industrielle. À titre illustratif, citons une affaire dans laquelle une personne demandait la communication du dossier constitué à l'occasion d'une enquête ouverte par l'AMF sur certaines pratiques tarifaires d'une société. En l'espèce, le président de l'AMF avait notamment invoqué que cette communication se heurtait tant au secret professionnel, garanti par le code monétaire et financier, qu'au secret en matière industrielle et commerciale, garanti par le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, codifié ensuite dans le code des relations entre le public et l'administration. La commission d'accès aux documents administratifs (ci-après la "CADA")¹¹, qui avait été sollicitée, a simplement rappelé que "le secret professionnel auquel sont astreints les personnels de l'[AMF] [...], et en l'absence de dérogation législative expresse, fait obstacle à ce que soient communiquées [au

⁹ Selon une pratique constante de la CADA, "le secret des procédés est entendu comme recouvrant les informations qui permettent de connaître les techniques de fabrication ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises, telles que la description des matériels utilisés; le secret des informations économiques et financières [vise] les informations ayant trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit comme par exemple le chiffre d'affaires, les documents comptables, les effectifs et généralement toutes les informations de nature à révéler le niveau d'activité; et enfin le secret des stratégies financières, [...] concerne des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que l'état détaillé des lieux d'un magasin, la liste de ses fournisseurs, le montant des remises consenties à certains clients". Voir l'encadré "Jurisprudence", point 12, sous l'article L. 311-6, dans le code Dalloz des relations entre le public et l'administration.

¹⁰ Article L. 311-8, paragraphe 1, du code des relations entre le public et l'administration, combiné avec les articles L. 213-2, I, 1°, a), et L. 213-3 du code du patrimoine.

¹¹ Toute personne qui se voit refuser l'accès à un document administratif ou n'obtient pas de réponse dans un délai d'un mois, peut saisir la CADA pour qu'elle se prononce sur le caractère communicable ou non de ce document. La CADA rend des avis qui constituent une voie de recours précontentieuse et sont largement suivis par les administrations en cause. Disponibles sous le lien suivant: <http://www.cada.fr/>.

demandeur], qui a la qualité de tiers, les informations sollicitées"¹². Le secret en matière industrielle et commerciale n'a pas été mentionné ici par la CADA.

10. Dans d'autres cas, seul le secret en matière commerciale et industrielle est soulevé. Ainsi, dans une affaire concernant le refus de l'AMF de communiquer un rapport de synthèse relatif à l'une de ses enquêtes thématiques (ouverte au titre de la commercialisation de véhicules d'investissement permettant de bénéficier d'une réduction d'impôt sur la fortune), la CADA a relevé que les quatre rapports sur lesquels était fondé le rapport de synthèse comportaient nombre d'informations couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle et n'étaient donc pas communicables. En revanche, elle a estimé que le rapport de synthèse pouvait être communiqué à l'intéressé, sous réserve de l'occultation des mentions concernant les autres sociétés¹³. De même, dans une affaire concernant un refus de l'AMF de communiquer le rapport d'une enquête sur l'information financière et le marché du titre d'une société, ouverte à la suite d'une plainte contre le demandeur, la CADA a constaté que le rapport comportait, d'une part, des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle et, d'autre part, des mentions faisant apparaître le comportement de tiers et dont la divulgation pourrait leur porter préjudice. Elle a affirmé que les parties du rapport ne mettant pas en cause le demandeur ne lui étaient pas communicables, à l'inverse de celles le concernant directement, sous réserve de l'occultation préalable des mentions relatives aux tiers¹⁴.

III. ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL DES MEMBRES DES AUTORITÉS COMPÉTENTES AU TITRE DE LA DIRECTIVE 2004/39/CE

11. Comme souligné précédemment, en vertu du code monétaire et financier, les membres de l'AMF et de l'ACPR sont tenus au secret professionnel¹⁵. De plus, pour les membres de l'ACPR, il est explicitement indiqué que le respect de ce secret s'impose sans limitation de durée aux collaborateurs ayant quitté le service,

¹² Avis de la CADA, n° 20142954, du 18 septembre 2014.

¹³ Avis de la CADA, n° 20132292, du 6 juin 2013.

¹⁴ Avis de la CADA, n° 20141194, du 22 mai 2014.

¹⁵ S'agissant de l'AMF, voir l'article L. 621-4, II, paragraphe 1, du code monétaire et financier: "Les personnels et préposés de l'Autorité des marchés financiers ainsi que les experts nommés dans les commissions consultatives mentionnées au III de l'article L. 621-2 sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 642-1." S'agissant de l'ACPR, voir l'article L. 612-17, I, du code monétaire et financier: "Toute personne qui participe ou a participé à l'accomplissement des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 641-1".

s'agissant des faits et informations dont ils ont pu avoir connaissance à l'occasion de leurs fonctions¹⁶.

12. La violation de cette obligation est punie pénalement. En effet, le code monétaire et financier¹⁷ renvoie aux peines prévues pour l'infraction intitulée "de l'atteinte au secret professionnel", édictée à l'article 226-13 du code pénal¹⁸, à savoir un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.
13. Toutefois, en vertu de l'article 226-14 du code pénal, ledit article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. À cet égard, le code monétaire et financier prévoit, pour l'AMF comme pour l'ACPR, que le secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre, soit d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'une personne soumise au contrôle de l'AMF ou de l'ACPR, soit d'une procédure pénale¹⁹. De plus, en vertu de dispositions légales, l'AMF et l'ACPR peuvent échanger des informations avec d'autres autorités nationales pour l'accomplissement des missions de celles-ci²⁰, ou encore au profit d'autorités homologues étrangères.
14. Par ailleurs, s'agissant de l'ACPR, le secret professionnel n'est pas non plus opposable aux juridictions administratives saisies d'un contentieux relatif à son activité ou à la Cour des comptes, dans le cadre des contrôles que la loi lui confie²¹. En outre, l'ACPR peut porter à la connaissance du public toute information qu'elle estime nécessaire à l'accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel.
15. En ce qui concerne la question de savoir quelles sont précisément les informations couvertes par le secret professionnel auquel sont astreints les membres de l'AMF et de l'ARCP et dont la révélation est interdite, il convient avant tout de relever que la notion d'"information à caractère secret" n'est pas définie par un texte de loi, que ce

¹⁶ Voir l'article L. 612-17, I, du code monétaire et financier précité, ainsi que les règles de déontologie applicables au personnel des services de l'ACPR (décision du collège de supervision, n° 2016-C-50, du 3 octobre 2016, p. 3).

¹⁷ Articles L. 641-1 (pour l'AMF) et L. 642-1 (pour l'ARCP) du code monétaire et financier.

¹⁸ "La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende."

¹⁹ Articles L. 621-4, I, paragraphe 2 (pour l'AMF) et L. 612-17, II, 1° (pour l'ARCP) du code monétaire et financier.

²⁰ Voir, par exemple, l'article L. 631-1 du code monétaire et financier.

²¹ Article L. 612-17, II, 2° et 4°, du code monétaire et financier.

soit de façon générale, par le code pénal²², ou de façon spécifique, par le code monétaire et financier. La portée du secret professionnel, dans ce domaine précis, ne semble pas non plus avoir été traitée par la jurisprudence.

16. Toutefois, d'une part, les termes employés par les règles internes à l'AMF et l'ARCP et, d'autre part, la conception du secret professionnel retenue par la jurisprudence, notamment en matière de secret bancaire²³, sont des indications pertinentes et des éléments d'explication.
17. En premier lieu, s'agissant des textes internes aux autorités compétentes, ces dernières ont élaboré des chartes relatives aux missions de contrôles (AMF et ARCP) et d'enquêtes (AMF). Ces chartes exposent les modalités d'exercice de ces missions qui visent à recueillir des informations et précisent les principes de bonne conduite. Elles indiquent que le secret professionnel "concerne les faits, actes et renseignements dont les personnes en charge du contrôle ou les enquêteurs ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions. Il porte également sur les documents et informations obtenus dans le cadre de leur contrôle ou de leur enquête et en interdit toute divulgation, sauf dans les cas prévus par la loi"²⁴. La charte de l'ARCP précise que les faits, actes, renseignements, documents et informations en cause doivent être "non publics".
18. En outre, en ce qui concerne l'AMF, son règlement général évoque l'obligation des membres et des experts d'"assurer la stricte confidentialité des informations orales ou écrites qui leur sont transmises dans le cadre des fonctions qu'ils exercent au sein de l'AMF"²⁵. Par ailleurs, la charte du contrôle précise que "les personnes en charge du contrôle ne peuvent donner aucune information nominative relative à d'autres établissements qu'elles auraient contrôlés. [...] Les personnes en charge du contrôle ne peuvent communiquer ni à la personne contrôlée, ni à toute autre personne, dans la phase qui suit l'envoi du rapport de contrôle à la personne contrôlée, aucune information sur l'évolution de la procédure, laquelle relève du Secrétariat général de l'AMF et, le cas échéant, des Commissions spécialisées du Collège de l'AMF".
19. En ce qui concerne l'ARCP, les règles de déontologie applicables au personnel indiquent que les informations couvertes par le secret professionnel "concernent en

²² En l'absence de définition claire et précise de cette notion, la Cour de cassation a d'ailleurs été saisie d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, pour méconnaissance du principe de la légalité des peines. Cependant, elle a refusé cette transmission, en raison du défaut de caractère sérieux de la question (Cour de cassation, chambre criminelle, 5 septembre 2012, n° 12-90.045).

²³ Le secret bancaire est prévu à l'article L. 511-33, paragraphe 1, du code monétaire et financier.

²⁴ Voir AMF, *La charte du contrôle*, 2014, p. 6, AMF, *La charte de l'enquête*, 2014, p. 10, et ARCP, *Charte de conduite d'une mission de contrôle sur place*, 2014, p. 13.

²⁵ Articles 111-9 et 112-1, paragraphe 4, du règlement de l'AMF.

particulier les renseignements confidentiels relatifs aux personnes morales et aux personnes physiques dont les agents ont eu connaissance dans le cadre de leur mission"²⁶.

20. Par ailleurs, toujours en ce qui concerne l'ACPR, le code monétaire et financier apporte une précision supplémentaire sur l'exercice des contrôles sur pièces et sur place (qui est organisé par le secrétaire général de l'ARCP). En effet, son article L. 612-24, paragraphe 8, dispose que, "sous réserve de l'exercice des droits prévus pour les procédures contradictoires ou des exigences de procédures juridictionnelles, le secrétaire général n'est pas tenu de communiquer aux personnes soumises à son contrôle ni aux tiers les documents les concernant qu'il a produits ou reçus, en particulier lorsque cette communication porterait atteinte à des secrets d'affaires ou au secret professionnel auquel l'Autorité est tenue". En application de cette disposition, la CADA a considéré à deux reprises qu'une demande de communication de documents produits ou reçus par le secrétaire général de l'ACPR dans l'exercice de ses pouvoirs propres devait être automatiquement rejetée. À cet égard, elle a indiqué qu'il est sans incidence que la communication des documents sollicités ne porterait atteinte à aucun des intérêts protégés par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration (tel que le secret en matière commerciale et industrielle). En l'espèce, les documents en cause étaient, d'une part, des courriers échangés entre l'ARCP et une banque, relatifs au litige opposant le demandeur à cette dernière²⁷ et, d'autre part, le texte intégral de tous les contrôles entrepris par certaines banques, ainsi que les comptes rendus des contrôles effectués par l'ARCP sur ces mêmes banques²⁸.
21. En second lieu, s'agissant de la jurisprudence relative au secret professionnel, celle-ci peut être considérée comme pertinente, par analogie, notamment en matière de secret bancaire. En effet, cette notion de "secret professionnel" n'est pas unitaire tant se sont multipliées les professions soumises à une telle obligation. Ainsi, certains secrets professionnels (comme le secret bancaire) peuvent être levés plus facilement que d'autres (comme le secret médical). Toutefois, de façon générale, la notion de secret professionnel semble pouvoir être entendue largement, "puisque'il n'existe pas de secret professionnel par nature". "Le secret [...] est professionnel, non en raison de la spécificité de son contenu, mais parce qu'il est communiqué à un professionnel tenu au secret par un texte. C'est donc le dépositaire des données qui confère à celles-ci leur caractère confidentiel"²⁹. Par conséquent, en matière de secret

²⁶ Règles de déontologie applicables au personnel des services de l'ACPR (décision du collège de supervision, n° 2016-C-50, du 3 octobre 2016, p. 3).

²⁷ Avis de la CADA, n° 20161919, du 9 juin 2016.

²⁸ Avis de la CADA, n° 20121674, du 10 mai 2012.

²⁹ Peltier, V., "Fasc. 20: Révélation d'une information à caractère secret - Conditions d'existence de l'infraction - Pénalités", *JurisClasseur Pénal Code*, art. 226-13 et 226-14, LexisNexis, septembre 2016 (dernière mise à jour), points 30 et 36.

bancaire, les informations couvertes par celui-ci sont celles qui sont parvenues à la connaissance du banquier au titre de sa profession et qui ont un caractère confidentiel. Revêtent notamment ce caractère des renseignements chiffrés ou précis³⁰.

IV. CONCLUSION

22. Les membres de l'AMF, comme ceux de l'ACPR, sont tenus au secret professionnel, prévu par le code monétaire et financier. Toutefois, la question de savoir quelles sont précisément les informations couvertes par ce secret et dont la révélation est interdite n'est pas évidente. En effet, la notion d'"information à caractère secret" n'est pas définie par un texte de loi, que ce soit de façon générale par le code pénal ou de façon spécifique par le code monétaire et financier. De plus, la portée du secret professionnel, dans ce domaine précis, ne semble pas avoir été traitée par la jurisprudence.
23. Il convient néanmoins de souligner que la conception française du secret professionnel apparaît comme large dans la mesure où, à l'inverse, par exemple, du secret en matière commerciale et industrielle, ce n'est pas la spécificité du contenu du document qui justifie sa non-communication mais le simple fait qu'il a été confié à une personne qui en est le dépositaire en raison de sa profession. Ainsi, dans les chartes de l'AMF et de l'ACPR, il est précisé que le secret professionnel concerne les faits, actes et renseignements dont les personnes concernées ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.
24. C'est également pourquoi le code des relations entre le public et l'administration distingue plusieurs catégories de secrets. En effet, en vertu de celui-ci, à moins que les mentions litigieuses ne puissent être occultées, d'une part, ne doivent pas être transmis au public les documents administratifs dont la communication risquerait de porter atteinte à un secret professionnel prévu par la loi. D'autre part, ne doivent être transmis qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication risquerait de porter atteinte, notamment, à la protection de la vie privée ou au secret en matière commerciale et industrielle, comprenant le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles. Ainsi, une information dont la divulgation ne porterait pas atteinte au secret en matière commerciale et industrielle peut néanmoins être couverte par le secret professionnel.

[...]

³⁰

Collomp, E., conseiller à la Cour de cassation, "Études sur le thème de la vérité", *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, p. 41 à 44. Le rapport annuel de 2010 (sur le thème du droit de savoir) renvoie également à cette étude en précisant qu'elle a conservé toute sa pertinence (p. 260).

DROIT NÉERLANDAIS

I. INTRODUCTION

1. À titre liminaire, il convient de remarquer qu'aux Pays-Bas, la surveillance des marchés financiers est assurée par l'Autorité de contrôle des marchés financiers ("stichting Autoriteit Financiële Markten", ci-après l'"AFM") et par la Banque néerlandaise ("De Nederlandsche Bank N.V.", ci-après la "DNB"), ci-après, les autorités de surveillance.
2. En schématisant quelque peu, l'AFM assure la surveillance des règles de conduite et est, partant, chargée de veiller au respect des règles énoncées aux quatrième et cinquième parties de la loi sur le contrôle financier ("Wet op het financieel toezicht"). Ce type de surveillance vise à assurer des opérations de marché financières, transparentes et bien organisées, des relations correctes entre les opérateurs du marché, ainsi qu'un traitement respectueux des clients. Elle peut prendre des mesures coercitives pour sanctionner d'éventuelles violations des règles précitées. Par ailleurs, l'AFM est compétente pour prendre des décisions relatives à l'accès aux marchés financiers aux Pays-Bas de certaines sociétés financières, telles que des gestionnaires de fonds d'investissement.¹
3. La DNB est en charge de la surveillance prudentielle visant la protection des intérêts des destinataires des produits et des services des sociétés financières, telles que des créanciers de la banque, des preneurs d'assurance, ainsi que des investisseurs. La surveillance prudentielle comprend, notamment, la surveillance de la solvabilité et de la liquidité desdites sociétés, aux fins d'assurer qu'elles peuvent à tout moment satisfaire à leurs obligations de paiement. Ce type de surveillance vise, partant, la diminution du risque d'insolvabilité. La DNB assure le respect des règles énoncées dans la troisième partie de la loi sur le contrôle financier par les sociétés financières en prenant des mesures coercitives si cela s'avère nécessaire. La DNB est compétente pour prendre des décisions relatives à l'accès aux marchés financiers aux Pays-Bas d'autres sociétés financières, telles que des établissements de crédit et des compagnies d'assurance.²
4. Ces deux autorités sont, en vertu de la loi sur le contrôle financier, soumises à une obligation de secret professionnel. L'étendue de cette obligation est analysée, ci-après, dans la deuxième partie de cette contribution. À cet égard, une attention accrue est accordée à l'interprétation de la notion d'information confidentielle en droit néerlandais. La troisième partie fournit, ensuite, quelques informations relatives à la pratique décisionnelle desdites autorités de

¹ Van Eersel, M., *Handhaving in de financiële sector*, Kluwer, Deventer, 2013, p. 25.

² Van Eersel, M., *Handhaving in de financiële sector*, Kluwer, Deventer, 2013, p. 25.

surveillance. Enfin, la quatrième partie contient de la jurisprudence néerlandaise pertinente en la matière.

II. LE CADRE JURIDIQUE

A. L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL DES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE

1. OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL

5. L'obligation de secret professionnel des autorités de surveillance est régie, en droit néerlandais, par l'article 1:89, paragraphe 1, de la loi sur le contrôle financier.
6. En effet, cette disposition prévoit que "nulle personne qui assume ou a assumé quelque fonction que ce soit pour l'application de la présente loi ou des décrets pris en vertu de cette loi ne peut utiliser des données ou des informations confidentielles obtenues en vertu de la présente loi ou en vertu du titre 5.2 de la loi générale sur le droit administratif³ ou par le biais d'une autre autorité de surveillance néerlandaise ou étrangère (tel que visé par l'article 1:90, paragraphe 1, de la loi sur le contrôle financier) ou d'un juge-commissaire (tel que visé par l'article 1:91, paragraphe 1, de la loi sur le contrôle financier) en cas de faillite d'une société, ni publier de telles données et informations autrement que dans le cadre de ce qui est exigé pour l'accomplissement de sa tâche ou par la présente loi".
7. Il ressort, partant, de cette dernière partie de phrase de l'article 1:89 de la loi sur le contrôle financier que cette disposition ne s'oppose pas à l'utilisation et à la divulgation des données et des informations confidentielles pour autant que cela soit nécessaire pour l'accomplissement des tâches des autorités de surveillance.
8. Par ailleurs, des données et des informations qui ne sont pas confidentielles et qui concernent, à titre indicatif, des infractions, peuvent être rendues publiques. Néanmoins, de telles données et informations ne peuvent être rendues publiques que lorsque cela est fait avec soin et que ce n'est pas contraire au bon accomplissement par l'autorité de surveillance de ses tâches.⁴

³ Le titre 5.2 de la loi générale sur le droit administratif (Algemene Wet Bestuursrecht) est intitulé "Surveillance du respect des règles". Ce titre confère aux autorités de surveillance en vertu de la loi sur le contrôle financier, la compétence d'exiger des informations de toute personne (article 5:16 de la loi générale sur le droit administratif), ainsi que la production des données et des documents relatifs aux activités commerciales (article 5:17, paragraphes 1 et 2, de la loi générale sur le droit administratif).

⁴ Wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van richtlijn markten voor financiële instrumenten (Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten), Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 47.

9. La provenance des informations confidentielles n'est pas déterminante en vertu de l'article 1:89 de la loi sur le contrôle financier.⁵

2. EXCEPTIONS

10. La loi sur le contrôle financier prévoit explicitement des exceptions sur l'obligation de secret professionnel.
11. Ainsi, en vertu du deuxième paragraphe de l'article 1:89 de la loi sur le contrôle financier, les autorités financières peuvent effectuer des actes de communication au public en utilisant des données et des informations confidentielles, lorsque les communications sont rendues anonymes, empêchant ainsi l'identification des personnes.
12. Par ailleurs, il est prévu dans la loi sur le contrôle financier que l'autorité de surveillance peut publier des avertissements⁶, ainsi que des décisions infligeant une sanction administrative ou visant à imposer, par voie de contrainte administrative, l'obligation de se conformer à certaines dispositions législatives⁷.
13. Enfin, dans certains cas limitativement énumérés et selon des conditions strictes, l'autorité de surveillance est habilitée à transmettre des données ou des informations confidentielles à certaines personnes ou autorités. Il s'agit, à titre indicatif, des autorités de surveillance des autres États membres,⁸ du juge-commissaire et du curateur en cas de faillite d'une société,⁹ ainsi que du ministère public, la Banque centrale européenne et des boursiers.¹⁰

B. NOTION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE

14. La notion d'information confidentielle n'est pas définie dans la loi sur le contrôle financier. Toutefois, il ressort de l'exposé des motifs de cette loi que ladite notion comprend des données à caractère personnel, ainsi que des données commerciales communiquées à l'autorité de surveillance.¹¹

⁵ Van Dijk & Haentjens, T&C Grondwet, commentaar op artikel 1:89 Wft, Geheimhoudingsplicht, p. 2. Voir également, Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 48.

⁶ Voir l'article 1:94 de la loi sur le contrôle financier.

⁷ Voir les articles 1:97 et 1:99 de la loi sur le contrôle financier.

⁸ Voir l'article 1:90 de la loi sur le contrôle financier.

⁹ Voir l'article 1:91 de la loi sur le contrôle financier. Voir également, van Eersel, M., Handhaving in de financiële sector, Kluwer, Deventer, 2013, p. 45.

¹⁰ Voir l'article 1:93 de la loi sur le contrôle financier. Voir également, van Eersel, M., Handhaving in de financiële sector, Kluwer, Deventer, 2013, p. 46.

¹¹ Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47.

15. En vertu de l'exposé des motifs de la loi précitée, les données relatives à l'activité commerciale des entreprises financières, leur situation de liquidités, les déclarations mensuelles, les données relatives à des directeurs (potentiels), les marges de solvabilité, les données des débiteurs, des créiteurs ou des clients, les données de la division chargée de la recherche et du développement de l'entreprise, les projets de fusion ou d'acquisition, ainsi que les stratégies de vente et les stratégies commerciales relèvent dans tous les cas de cette notion d'information confidentielle.¹²
16. Or, en l'absence d'une définition de ladite notion dans les directives de l'Union européenne relatives à la surveillance financière,¹³ lors de la spécification de la notion d'information confidentielle au sens de la loi sur le contrôle financier, il a été tenu compte non seulement de la jurisprudence concernant l'article 10, paragraphe 1, sous c), de la loi portant réglementation de l'accès aux informations de l'Administration ("Wet openbaarheid van bestuur"), en vertu duquel l'information concernée par ladite loi n'est pas transmise s'il s'agit de données d'exploitation ou de fabrication qui ont été communiquées confidentiellement à l'Administration par des personnes physiques ou morales, mais également de la terminologie de la loi générale sur le droit administratif.¹⁴ En effet, l'article 1:89, paragraphe 1, de la loi sur le contrôle financier constitue une précision de l'article 2:5 de la loi générale sur le droit administratif en vertu duquel toute personne qui participe à l'accomplissement de la mission d'une autorité publique est liée par le secret professionnel.¹⁵
17. Il s'agit, partant, des données et des informations qui peuvent avoir une incidence réelle sur la position concurrentielle de l'entreprise concernée ou qui peuvent porter une atteinte disproportionnée à la vie privée de l'intéressé.¹⁶
18. Il ne s'agit pas d'informations publiques. La loi sur le contrôle financier ne s'oppose pas à la diffusion des données non confidentielles. En effet, l'autorité de surveillance serait habilitée à garantir un certain niveau de transparence concernant la manière dont elle utilise ses pouvoirs de contrôle et d'exécution. Par ailleurs, ladite autorité peut publier certaines informations relatives à

¹² Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47.

¹³ Dont la directive 2004/39/CE 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 145/1.

¹⁴ Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, p. 23.

¹⁵ Voir, également, van Eersel, M., *Handhaving in de financiële sector*, Kluwer, Deventer, 2013, p. 43.

¹⁶ Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47.

certaines produits auxquels des risques sont associés, aux fins d'informer et d'avertir le public de ces risques.¹⁷

19. À titre indicatif, il est entendu par informations publiques, des données et des informations fournies par la société même à des tiers qui ne sont pas liés à une obligation de secret ou qui ont été fournies à des tiers avec le consentement implicite ou explicite des personnes concernées ou de la société concernée. Il s'agit, notamment, des données figurant dans des rapports annuels, telles que les profits, le chiffre d'affaires, ainsi que les données générales indiquant les noms des sociétés financières et de leurs dirigeants.¹⁸
20. Il convient d'ajouter que la loi sur le contrôle financier ne prévoit aucune limite temporelle quant à l'application du régime de confidentialité.
21. Toutefois, il est intéressant de remarquer que, dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'enquête parlementaire 2008,¹⁹ il a été considéré éventuellement possible d'introduire la règle des cinq ans qui a été développée par la Cour dans sa jurisprudence relative au droit de concurrence également comme limite temporelle dans le cadre de la confidentialité des données et des informations concernant les établissements financiers. Cependant, il devrait toujours rester possible pour les autorités de surveillance de conclure à la nécessité de conserver la confidentialité de certaines informations au-delà de ces cinq ans, lorsqu'elles s'avèrent toujours sensibles du point de vue de la concurrence.²⁰

III. PRATIQUE DÉCISIONNELLE DES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE

22. L'AFM indique sur son site Internet²¹ que, tandis qu'elle considère très important de garantir un certain niveau de transparence concernant la manière dont elle utilise ses pouvoirs de contrôle et d'exécution, elle est très réticente à fournir à des tiers, à titre informatif, des informations relatives à des enquêtes

¹⁷ Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Vierde nota van wijziging, Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 301.

¹⁸ Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47.

¹⁹ En vertu de l'article 1:93e de la loi sur le contrôle financier, l'autorité financière est censée communiquer des données et des informations confidentielles, par dérogation à l'article 1:89 de ladite loi, à une commission, tel que mentionné dans l'article 2, paragraphe 2, de la loi sur l'enquête parlementaire 2008, pour autant que ces données et informations sont nécessaires pour l'accomplissement de la tâche de cette commission.

²⁰ Uitwerking van de aanbevelingen van de Parlementaire enquêtecommissie Financieel Stelsel, Verslag van de tijdelijke commissie evaluatie wet op de parlementaire enquête, vastgesteld 22 februari 2017, Kamerstukken II 2016/17, 33 812, nr. 4, p. 73.

²¹ Disponible sous le lien suivant: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/contact/persvoorlichting/geheimhoudingsplicht>.

qui seront ouvertes. En effet, elle devra toujours assurer une appréciation de tous les intérêts en jeu.

23. Lors de cette appréciation, elle doit, notamment, examiner si ses propres intérêts relatifs à l'enquête, les intérêts du ministère public, ou bien des intérêts prudentiels ne s'opposent pas à la divulgation de certaines données ou informations relatives à des enquêtes en cours.
24. Par ailleurs, selon l'AFM, toute personne privée ou morale a des intérêts légitimes de protection de sa vie privée. Toutefois, cet intérêt ne serait pas toujours déterminant. De grands troubles sociaux ou de fortes spéculations par rapport à certaines enquêtes peuvent nécessiter, selon l'AFM, une communication externe de certaines informations.
25. En outre, lorsqu'une société a divulgué des informations incorrectes par rapport aux activités de l'AFM, cette dernière peut être amenée à fournir les informations correctes.
26. Dès lors qu'une enquête est achevée, en vertu de la loi sur le contrôle financier, elle peut être censée, dans certains cas, divulguer des informations relatives à l'infraction constatée, et cela, notamment, lorsqu'elle a infligé une sanction administrative.²² La décision d'infliger une telle sanction est publiée sur le site Internet de l'AFM, mais seulement après avoir été rendue anonyme.²³
27. Enfin, l'AFM indique sur son site Internet que lorsqu'elle a de solides soupçons concernant des activités illégales, elle publie sur son site Internet un avertissement public aux fins de protéger le consommateur.²⁴

IV. JURISPRUDENCE

28. Dans la jurisprudence, il est considéré que le régime de confidentialité fermé prévu par la loi néerlandaise sur le contrôle financier correspond au régime de confidentialité prévu par les directives de l'Union européenne relatives à la surveillance financière²⁵ qui prévoient un régime de confidentialité strict,

²² Voir les articles 1:94 et 1:97 de la loi sur le contrôle financier.

²³ Voir l'article 1:98 de la loi sur le contrôle financier.

²⁴ Disponible sous le lien suivant: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/contact/persvoorlichting/geheimhoudingsplicht>.

²⁵ Dont la directive 2004/39/CE 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 145/1.

accompagné d'une liste, exhaustive, des exceptions sur l'obligation de secret professionnel.²⁶

29. Sur cette base, il a été jugé que le régime général d'information, tel que prévu par l'article 2 de la loi portant réglementation de l'accès aux informations de l'Administration,²⁷ et qui part de l'intérêt général de l'accès du public à l'information, doit céder le pas à l'article 1:89 de la loi sur le contrôle financier qui prévoit un régime d'information revêtant un caractère exhaustif pour autant qu'il s'agisse de la divulgation des informations relevant de cette dernière loi.²⁸
30. Pour ce qui relève de la notion d'information confidentielle, les juridictions néerlandaises se réfèrent, en général, à l'exposé des motifs de la loi sur le contrôle financier, tel que discuté ci-dessus.²⁹
31. La cour d'appel d'Amsterdam a jugé que, dans une affaire portant sur la question de savoir si la DNB avait enfreint l'article 1:89 de la loi sur le contrôle financier en communiquant à des tiers qu'une demande d'appliquer le règlement d'urgence avait été introduite pour la banque néerlandaise DSB, une telle information relève de la notion d'information confidentielle au sens de la disposition précitée. Toutefois, ladite cour a considéré que la disposition précitée n'exige pas que l'autorité de surveillance soit tenue d'une obligation absolue de confidentialité. En effet, elle ne s'oppose pas à la divulgation des informations confidentielles par une telle autorité dans l'accomplissement de ses tâches.³⁰

V. CONCLUSION

32. Au vu de ce qui précède, il peut être conclu que dans l'ordre juridique néerlandais, les autorités de surveillance sont soumises à un régime de confidentialité strict, accompagné d'une liste, exhaustive, des exceptions sur l'obligation de secret professionnel.

²⁶ Voir la décision du Raad van State du 30 juin 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9675, point 2.4, ainsi que la décision du College van Beroep voor het bedrijfsleven du 31 janvier 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV3704, point 5.3.

²⁷ Cette disposition prévoit qu'une autorité administrative fournit, lors de l'accomplissement de ses tâches, sans préjudice de ce qui est prévu ailleurs par la loi, les informations prévues par la loi portant réglementation de l'accès aux informations de l'Administration.

²⁸ Voir la décision du Raad van State du 30 juin 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9675, point 2.4, ainsi que la décision du College van Beroep voor het bedrijfsleven du 31 janvier 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV3704, point 5.3, portant sur une demande de divulgation des informations sur la solvabilité telles que contenues dans une attestation négative à l'ancienne banque Fortis.

²⁹ Voir la décision du Raad van State du 30 juin 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9675, point 2.4.

³⁰ Décision du Gerechtshof Amsterdam du 2 juillet 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2884.

33. Cette obligation de secret professionnel ne concerne que des données et des informations confidentielles et non des données et des informations publiques.
34. Sont considérées comme des données et des informations confidentielles, toute donnée ou information qui peut avoir une incidence réelle sur la position concurrentielle de l'entreprise concernée ou qui peut porter une atteinte disproportionnée à la vie privée d'une personne.
35. Les données relatives à l'activité commerciale des entreprises financières, leur situation de liquidités, les déclarations mensuelles, les données relatives à des directeurs (potentiels), les marges de solvabilité, les données des débiteurs, des créiteurs ou des clients, les données de la division chargée de la recherche et du développement de l'entreprise, les projets de fusion ou d'acquisition, ainsi que les stratégies de vente et les stratégies commerciales relèvent dans tous les cas de la notion d'informations confidentielles.
36. À cet égard, la provenance des informations n'est pas déterminante. Par ailleurs, en droit néerlandais, il n'y a pas de limite temporelle prévue à l'expiration de laquelle naîtrait une présomption réfragable en vertu de laquelle une information perd sa valeur économique et n'est de ce fait plus digne de protection.

[...]

DROIT POLONAIS

I. INTRODUCTION

1. En droit polonais, les éventuelles demandes d'accès à des informations détenues par les autorités nationales compétentes, au titre de la directive 2004/39/CE, en rapport avec l'activité de surveillance, relèvent du régime général d'accès à l'information publique (II.). Les règles matérielles relatives à la portée de l'obligation de secret professionnel sont exposées dans plusieurs lois (III.). Leur application pratique par l'autorité compétente (IV.) semble être acceptée par les juridictions administratives (V.).

II. RÉGIME D'ACCÈS À L'INFORMATION DÉTENUE PAR L'AUTORITÉ NATIONALE DE SURVEILLANCE

A. RÈGLES GÉNÉRALES

2. L'article 61 de la Constitution consacre le droit d'accès du citoyen à l'information publique. En effet, l'article 61, paragraphe 1, de la Constitution dispose que le citoyen a le droit d'obtenir des informations sur l'activité des autorités de puissance publique et sur les personnes exerçant des fonctions publiques. Ce droit implique également l'obtention d'informations sur les activités des autorités d'autogestion économiques et professionnelles ainsi que des personnes et des entités organisationnelles dans la mesure où celles-ci accomplissent des missions de puissance publique et gèrent les biens communaux ou les biens du Trésor public. Conformément au paragraphe 2 du même article, le droit d'obtenir des informations implique également le droit d'accès aux documents et aux réunions des autorités collégiales de la puissance publique élues au suffrage universel, y compris les enregistrements sonores ou d'images.
3. Ce droit constitutionnel est concrétisé par la loi du 6 septembre 2001 sur l'accès à l'information publique¹. Celle-ci prévoit notamment, à l'article 2, le droit général, pour chaque citoyen, d'accès à l'information publique.
4. Toutefois, le droit d'accès à l'information publique n'est pas absolu et connaît des exceptions. À cet égard, notamment l'article 5, paragraphe 1, de la loi précitée prévoit que le droit d'accès à l'information publique est soumis aux restrictions dont la portée et les modalités ressortent des dispositions législatives relatives à la protection des informations confidentielles et à la protection d'autres secrets protégés par la loi.

¹ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j., Dz. U. z 2016 r., poz. 1764).

**B. APPLICATION DES RÈGLES GÉNÉRALES D'ACCÈS À L'INFORMATION
PUBLIQUE À L'AUTORITÉ NATIONALE DE SURVEILLANCE DU MARCHÉ
FINANCIER**

5. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la loi du 6 septembre 2001, les obligations en ressortant incombent aux autorités publiques et à d'autres entités exerçant les tâches publiques.
6. Dès lors, la loi du 6 septembre 2001 sur l'accès à l'information publique s'applique également à l'autorité nationale de surveillance du marché financier, à savoir à la Commission de Surveillance Financière (Komisja Nadzoru Finansowego, ci-après la "KNF"). En effet, la KNF est une autorité publique. Elle est, entre autres, l'autorité compétente au sens de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil 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. Le champ de son activité dépasse néanmoins le champ d'application de cette directive. En effet, la KNF exerce ses compétences de surveillance à l'encontre de différents secteurs, dont les secteurs bancaire, d'assurance et des marchés de capitaux².
7. Vu l'objet de l'activité de la KNF ainsi que la nature des informations traitées par cette autorité, l'article 5, paragraphe 1, de la loi sur l'accès à l'information publique est susceptible d'être appliqué dans le cadre de procédures portant sur les demandes d'accès à l'information détenue par cette autorité.

**III. PORTÉE DU SECRET PROFESSIONNEL CONCERNANT UNE MATIÈRE
RELEVANT DU CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE
2004/39/CE**

8. Les compétences et l'organisation de la KNF sont, en premier lieu, régies par la loi du 21 juillet 2006 sur la surveillance du marché financier³. L'article 16 de ladite loi dispose que le président de la KNF et, en réalité, tous les fonctionnaires et employés de la KNF, sont tenus au secret professionnel et sont obligés de ne pas divulguer aux personnes non autorisées des informations protégées conformément à d'autres lois. Concernant la détermination de l'information protégée, l'article 16 de la loi précitée renvoie dès lors à d'autres lois particulières sans que ces dernières soient énumérées.
9. S'agissant du champ d'application de la directive 2004/39/CE, la plus pertinente est la surveillance du marché de capitaux. Celle-ci est régie en premier lieu par la loi du

² Voir l'article 1^{er}, paragraphe 2, point 2, de la loi du 21 juillet 2006 sur la surveillance du marché financier, lequel contient la liste de tous les secteurs soumis à la surveillance.

³ Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 196, z późn. zm.).

29 juillet 2005 sur la surveillance du marché de capitaux⁴. L'article 19 de ladite loi prévoit, en substance, une même obligation générale du président, des fonctionnaires et des employés de la KNF que celle prévue par l'article 16 de la loi sur la surveillance du marché financier, précité. Or, même si l'article 19 renvoie également à d'autres lois pour la définition de la portée de l'obligation, ce renvoi est plus précis. En effet, l'article 19 de la loi sur la surveillance du marché de capitaux dispose que le contenu, la portée, les limitations ainsi que les conséquences de la violation de l'obligation de secret professionnel sont déterminées par trois lois spécifiques, à savoir la loi sur la négociation d'instruments financiers, la loi sur les fonds d'investissement et la loi sur les marchés de produits de base. Compte tenu de la portée de la note de recherche, les deux premières lois citées sont les plus pertinentes.

10. À cet égard, l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers⁵ dispose que le secret professionnel couvre l'information relative aux intérêts légalement protégés des opérateurs exerçant des activités liées à la négociation d'instruments financiers et d'autres activités effectuées dans le cadre de l'activité régie par ladite loi, laquelle est soumise à la surveillance de la KNF ou de l'autorité étrangère de surveillance des marchés d'instruments financiers, ainsi que l'information relative aux activités effectuées dans le cadre de cette surveillance.
11. L'article 147 contient une liste d'exemples des informations concernées sur laquelle figurent:
 1. les données personnelles d'une partie d'un contrat ou d'un autre acte juridique;
 2. le contenu d'un contrat ou l'objet d'un acte juridique;
 3. les données relatives à la situation patrimoniale d'une partie d'un contrat, y compris la désignation d'un compte de valeurs mobilières, d'un compte utilisé pour enregistrer d'autres instruments financiers, ou d'un compte pécuniaire servant les comptes précédents, le nombre et la désignation des instruments financiers, ainsi que la valeur des ressources accumulées sur ces comptes;
 4. la désignation d'un compte collectif, le nombre et la désignation des instruments financiers y inscrits, ainsi que les données des personnes ayants droit de ces instruments.
12. Or, cette liste n'est pas exhaustive. Dès lors, la portée du secret professionnel est plutôt déterminée par le terme "intérêts légalement protégés" utilisé dans la première partie de l'article 147. Celui-ci, selon la doctrine, couvre tous les intérêts soumis à la protection conformément aux dispositions appartenant aux différentes branches du

⁴ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1289, z późn. zm.).

⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1636, z późn. zm.).

droit, dont notamment le droit constitutionnel (droit et libertés des particuliers) et le droit civil (intérêt patrimoniaux et non patrimoniaux, y compris les droits personnels)⁶.

13. Quant à la loi du 27 mai 2004 sur les fonds d'investissement et sur la gestion des fonds d'investissement alternatifs⁷, conformément à son article 280, paragraphe 2, le secret professionnel couvre l'information relative aux intérêts légalement protégés des opérateurs exerçant des opérations liées à l'activité d'un fonds d'investissement ou d'une autre entité à laquelle la loi en cause s'applique (comme, par exemple, un fonds étranger), dont, en particulier, l'information sur les placements et les registres d'épargnants, ainsi que sur des activités s'inscrivant dans le cadre de la surveillance exercée par la KNF ou par des autorités de surveillance d'un État membre ou d'un État tiers, y compris sur les actes entrepris dans le cadre de cette surveillance.
14. Aucune des deux lois susmentionnées ne contient de référence directe aux secrets d'affaires ou secret prudentiel. Toutefois, il est considéré en substance que le secret professionnel dans ces lois a une portée très large⁸.
15. Il a été soulevé dans la doctrine que relève de la notion "d'autres secrets protégés par la loi" de l'article 5, paragraphe 1, de la loi du 6 septembre 2001 *in fine*, le secret professionnel prévu à l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers. La définition de ce dernier revêt un caractère matériel, c'est-à-dire la qualification d'une information du secret professionnel ne dépend pas de la classification formelle à cette catégorie⁹.
16. Tant la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers que la loi du 27 mai 2004 sur les fonds d'investissement et sur la gestion des fonds d'investissement alternatifs contiennent les dispositions particulières prévoyant des dérogations à l'obligation de secret professionnel justifiées par le statut particulier de l'entité demandant l'accès à l'information concernée. Il s'agit avant tout de compétences spéciales d'accès à l'information prévues pour le parquet, les juridictions, l'administration fiscale et d'autres services et autorités de l'État¹⁰.

⁶ Sójka, T., *Komentarz do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Art. 147*, [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, LEX, 2015, n° 6.

⁷ Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1896, z późn. zm.).

⁸ Sójka, T., *Komentarz...*, *op. cit.*, n° 7; Michór, A., *Art. 280*. [w:] Mroczkowski, R. (red.), *Ustawa o funduszach inwestycyjnych. Komentarz*, LEX, 2014, n° I.1.

⁹ Błachnio-Parzych, A., [w:] Wierzbowski, M., Sobolewski, L., Wajda, P. (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2014 r., s. 1333, cité dans le jugement du tribunal administratif de voïvodie de Varsovie du 6 juin 2016, II SA/Wa 802/16, LEX nr 2177741.

¹⁰ Voir l'article 150 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers et l'article 281 de la loi du 27 mai 2004 sur les fonds d'investissement et sur la gestion des fonds.

Toutefois, un droit d'accès à l'information a été également prévu pour les personnes concernées directement par l'information¹¹.

17. L'obligation de secret professionnel prévue aux articles 16 de la loi du 21 juillet 2006 sur la surveillance du marché financier et 19 de la loi du 29 juillet 2005 sur la surveillance du marché de capitaux n'est pas limitée dans le temps¹². Les lois particulières ne prévoient notamment pas que certaines informations ou catégories d'informations cessent d'être couvertes par l'obligation de secret professionnel après une certaine période.

IV. PRATIQUE DÉCISIONNELLE DE LA KNF

18. Au niveau pratique, le président de la KNF a arrêté la circulaire du 10 août 2007¹³ portant sur l'introduction de la clause "Secret professionnel du marché financier". La clause est appliquée à toutes les informations distribuées au sein du bureau de la KNF relevant du secret professionnel conformément aux dispositions, entre autres, de la loi du 21 juillet 2006 sur la surveillance du marché financier et de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers, précitées.
19. Ladite circulaire prévoit que la classification des documents en possession des fonctionnaires de la KNF est effectuée en fonction du contenu de chaque document.
20. Tel qu'il ressort de la jurisprudence présentée ci-dessous (voir la partie V. de la présente contribution), en pratique, la KNF présente une interprétation large de la définition du secret professionnel de l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers. En effet, la notion y utilisée d'"activités effectuées dans le cadre de cette surveillance" semble permettre d'englober par le secret professionnel toutes les activités de surveillance exercées par la KNF, y compris les décisions rendues dans ce cadre.

¹¹ Voir l'article 150, paragraphe 1, point 1, de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers et l'article 281, paragraphe 1, points 11 et 13, de la loi du 27 mai 2004 sur les fonds d'investissement et sur la gestion des fonds.

¹² S'agissant de l'article 16 de la loi du 21 juillet 2006 sur la surveillance du marché financier voir Góral, L., *Art. 16. [w:] Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2013. En ce qui concerne l'article 19 de la loi du 29 juillet 2005 sur la surveillance du marché de capitaux voir Sójka, T., *Komentarz do art. 19 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, [w:] Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, LEX 2015.

¹³ Zarządzenie nr 112/2007 Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 10 sierpnia 2007 r., w sprawie wprowadzenia klauzuli „tajemnica zawodowa rynku finansowego” dla niektórych informacji przetwarzanych w Urzędzie Komisji Nadzoru Finansowego.

V. PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE

21. Récemment, les juridictions administratives polonaises ont eu l'occasion de se prononcer sur la régularité de la pratique décisionnelle de la KNF en matière d'accès aux documents. Dans deux décisions du tribunal administratif de voïvodie de Varsovie¹⁴, cette juridiction a présenté l'approche et la motivation en substance identique à cet égard.
22. Les deux affaires concernaient des demandes d'accès aux décisions de la KNF portant sur l'infliction d'une sanction pécuniaire pour la méconnaissance, par certaines entités, des obligations prévues par la loi sur la négociation d'instruments financiers. Une d'entre elles a été introduite par la société dont les actions étaient concernées par l'obligation d'information méconnue par la société sanctionnée par la décision de la KNF. Dans chacune d'entre elles, la KNF a refusé l'accès à ses propres décisions au motif qu'elles relevaient des activités de surveillance.
23. Selon le tribunal saisi des recours contre ces dernières décisions, l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers englobe deux catégories d'informations confidentielles. La première catégorie comporte des informations concernant des intérêts légalement protégés des opérateurs effectuant des activités liées à la négociation des instruments financiers. La deuxième catégorie comprend des informations relatives aux activités effectuées par la KNF dans le cadre de l'activité de surveillance financière. La notion de surveillance prévue par l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers englobe dès lors l'ensemble des activités, dont les activités à caractère réglementaire, visant à contrôler et sanctionner, qui ressortent de la réalisation des compétences attribuées à la KNF. Le point commun de toutes ces activités est leur liaison avec l'exécution de la surveillance, quelle que soit leur nature.
24. Par conséquent, selon le tribunal administratif de voïvodie de Varsovie, les décisions de la KNF portant sur l'infliction de sanctions pécuniaires relèvent de la catégorie d'informations relatives aux activités effectuées par la KNF dans le cadre de la surveillance financière. Elles sont, dès lors, couvertes par le secret professionnel. Par ailleurs, les décisions de la KNF en cause comprennent des informations détaillées sur l'activité des opérateurs économiques et devraient dès lors être protégées pour des raisons liées à la nécessité de protéger les intérêts économiques desdits opérateurs.
25. Par conséquent, le tribunal administratif, ayant constaté que les informations demandées relevaient du secret professionnel défini à l'article 147 de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers, a rejeté les recours contre les décisions de la KNF sur le refus d'accès aux décisions faisant l'objet des demandes d'accès.

¹⁴ Jugements du tribunal administratif de voïvodie de Varsovie du 29 janvier 2015, II SA/Wa 1723/14, LEX n° 1747172 et du 6 septembre 2016, II SA/Wa 802/16, LEX nr 2177741.

26. De plus, dans l'affaire portant sur la demande d'accès introduite par la société dont les actions étaient concernées par l'obligation d'information méconnue par la société sanctionnée par la décision de la KNF, le tribunal administratif a confirmé l'appréciation de l'autorité de surveillance selon laquelle cette première société n'était pas concernée directement par l'information à laquelle l'accès avait été demandé et que, par conséquent, l'exception prévue à l'article 150, paragraphe 1, point 1, de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers ne s'appliquait pas à elle.

VI. CONCLUSION

27. En droit polonais, l'accès, pour un tiers, aux informations détenues par l'autorité nationale de surveillance du marché financier au sens de la directive 2004/39/CE semble être en pratique difficile. Bien que l'autorité nationale, la KNF, soit soumise aux obligations d'assurer l'accès à l'information publique, les informations relevant du secret professionnel relèvent d'une dérogation à cette obligation. À cet égard, conformément aux dispositions des lois particulières, sont couvertes par le secret professionnel, sans aucune limitation dans le temps, d'une part, les informations relatives aux intérêts légalement protégés des opérateurs exerçant des activités relevant du champ d'application desdites lois, et, d'autre part, les informations sur les activités de surveillance effectuées par l'autorité de surveillance.

[...]

DROIT PORTUGAIS

I. INTRODUCTION

1. La complexité accrue des marchés financiers au niveau international ayant montré les limites de l'autoréglementation et de l'autosurveillance pour garantir la protection des investisseurs et la stabilité macroéconomique, l'Union a décidé, au début des années 2000, d'entamer une réforme globale des marchés financiers européens¹ afin d'atteindre le degré d'harmonisation nécessaire pour offrir aux investisseurs un niveau élevé de protection et pour permettre aux entreprises d'investissement de fournir leurs services dans toute l'Union, sur la base de la surveillance exercée à l'intérieur des États membres².
2. À cette fin, la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers³, qui constitue l'une des pierres angulaires de cette réforme, a instauré un cadre réglementaire global régissant l'exécution des transactions sur instruments financiers, dont il résulte, notamment, que les États membres veillent à ce que les autorités nationales compétentes chargées de remplir les fonctions de surveillance continue de l'activité des entreprises d'investissement soient tenues à une obligation de secret professionnel de toute information confidentielle reçue, échangée ou transmise à cet égard.
3. Si, lors de la transposition de cette directive, le législateur portugais a bien veillé à ce que cette obligation de garder le secret professionnel incombant aux autorités portugaises de surveillance des marchés d'instruments financiers soit conforme aux dispositions pertinentes de la directive, le paysage législatif portugais a révélé, jusqu'à très récemment, une certaine ambivalence entre, d'une part, la défense de l'intérêt de garantir l'obligation de secret des informations détenues par ces autorités et, d'autre part, la défense du principe général du droit d'accès du public aux informations détenues par les autorités administratives.
4. C'est cette ambivalence qui a contribué à façonner, jusqu'à récemment, le régime juridique portugais applicable en matière d'accès aux informations détenues par les autorités nationales compétentes, au titre de la directive 2004/39/CE, en rapport avec l'activité de surveillance. En effet, bien que la législation nationale actuellement en vigueur (partie II.) et la pratique administrative des autorités de surveillance (partie III.) témoignent aujourd'hui de la consolidation du principe général de confidentialité des informations détenues par les autorités nationales de

¹ Voir Communication de la Commission, du 11 mai 1999, sur la "Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers: Plan d'action", COM(1999) 232 final.

² Voir Santos, A., *Os Sistemas de Negociação Multilateral: Uma Perspectiva Jurídica Actual*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Numéro 42, août 2012, p. 8 et suiv.

³ 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 (ci-après la "directive 2004/39/CE").

surveillance, la position des juridictions nationales à l'égard des demandes d'accès auxdites informations, fondée sur l'ancienne loi relative à l'accès aux documents administratifs, est plus stricte (partie IV.). À cet égard, les catégories d'informations qui sont considérées aujourd'hui comme confidentielles dans ce contexte et relevant de la protection du secret professionnel sont également témoins de la reconnaissance d'un principe d'obligation de confidentialité de ces informations (partie V.).

II. CADRE JURIDIQUE

A. LES PRINCIPALES RÈGLES JURIDIQUES PRÉVOYANT L'OBLIGATION DE SECRET PROFESSIONNEL INCOMBANT AUX AUTORITÉS DE SURVEILLANCE

5. La *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários*⁴, le *Banco de Portugal*⁵ et le *Ministério das Finanças*⁶, sont les autorités nationales de surveillance des marchés d'instruments financiers désignées par le Portugal chargées de remplir chacune des fonctions prévues dans la directive 2004/39/CE⁷.
6. Ces autorités sont, conformément à la législation nationale, tenues au secret professionnel.
7. En effet, tant la CMVM que le BdP, leurs membres et leur personnel travaillant ou ayant travaillé, directement ou indirectement, à titre permanent ou occasionnel, pour la CMVM ou pour le BdP, sont, conformément à l'article 354, paragraphes 1 et 2, du *Código dos Valores Mobiliários*⁸ et à l'article 80 du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*⁹, respectivement, tenus au secret

⁴ La *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* (Commission du marché des valeurs mobilières, ci-après la "CMVM") est l'autorité compétente principale chargée de remplir les fonctions prévues dans la directive 2004/39/CE.

⁵ Le *Banco de Portugal* (Banque centrale portugaise, ci-après le "BdP") est responsable pour la surveillance prudentielle des institutions de crédit et des entreprises d'investissement.

⁶ Le *Ministério das Finanças* (ministère des Finances) délivre l'agrément relatif à l'exploitation des marchés réglementés.

⁷ Voir la liste des autorités compétentes portugaises, désignées au titre de l'article 48 de la directive 2004/39/CE, chargées de remplir les fonctions prévues dans cette directive, disponible sous le lien suivant: <http://www.cmvm.pt/pt/CMVM/Apresentacao/C%C3%B3digo-de-Boas-Pr%C3%A1ticas-Administrativas/Pages/Codigo-boas-praticas-administrativas.aspx>.

⁸ *Código dos Valores Mobiliários* (code sur les valeurs mobilières), approuvé par le décret-loi n° 486/99 du 13 novembre 1999, tel que modifié, en dernier lieu, par le décret-loi n° 63-A/2016, du 23 septembre 2016.

⁹ *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (régime général des institutions de crédit et des sociétés financières), approuvé par le décret-loi n° 298/92 du 31 décembre 1992, tel que modifié, en dernier lieu par le décret-loi n° 20/2016, du 20 avril 2016. Voir, également, l'article 60 de la *Lei Orgânica do Banco de Portugal* (loi organique de la Banque du Portugal) approuvée par la loi n° 5/98 du 31 janvier 1998, telle que modifiée, en dernier lieu, par la loi n° 39/2015, du 25 mai 2015.

professionnel pour ce qui est des faits et des éléments dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ou d'une prestation de services¹⁰.

8. Aucune information sur ces faits et ces éléments ne peut être divulguée ni utilisée à leur profit ou au profit d'un tiers, directement ou par interposition de tiers, sauf sous une forme résumée ou agrégée empêchant l'identification individuelle de personnes ou institutions¹¹.
9. Ces faits ou ces éléments confidentiels peuvent être divulgués uniquement moyennant l'autorisation de l'intéressé, transmise à la CMVM ou au BdP, ou dans les autres cas prévus par la loi¹² pénale et de procédure pénale¹³, à l'exception des faits ou des éléments dont la divulgation, dans le cas de la CMVM, est imposée ou prévue par la loi¹⁴.
10. Dans le cas spécifique du BdP, des exceptions au devoir de secret professionnel sont prévues pour ce qui est des communications à d'autres entités par le BdP de données centralisées¹⁵ ainsi que des informations confidentielles relatives à des institutions de crédit dans le cadre de l'application de mesures d'intervention corrective, de la nomination d'une administration provisoire ou de procédures de liquidation, sauf lorsqu'il s'agit d'informations concernant les personnes ayant participé à une procédure de récupération ou de restructuration financière d'une institution de crédit¹⁶.
11. Les informations échangées entre la CMVM et le BdP, d'une part, et d'autres autorités de régulation ou de surveillance, y compris des autorités européennes, d'autre part, sont également protégées par le secret professionnel¹⁷. Les informations reçues par ces autorités de régulation ou de surveillance qui sont

¹⁰ Voir, également, s'agissant de l'obligation de secret professionnel du personnel de la CMVM, l'article 6 du *Código de boas práticas administrativas* (code de bonnes pratiques administratives), disponible sous le lien suivant: <http://www.cmvm.pt/pt/CMVM/Apresentacao/C%C3%B3digo-de-Boas-Pr%C3%A1ticas-Administrativas/Pages/Codigo-boas-praticas-administrativas.aspx>. Dans le cas du BdP, voir l'article 9 du *Regulamento da Comissão de Ética e dos Deveres Gerais de Conduta dos Trabalhadores do Banco de Portugal* (règlement de la Commission d'éthique et des devoirs généraux de conduite des employés de la Banque du Portugal) ainsi que le point 6.1. du *Código de Conduta dos Membros do Conselho de Administração do Banco de Portugal* (code de conduite des membres du conseil d'administration de la Banque du Portugal).

¹¹ Article 356, paragraphe 4, du *Código dos Valores Mobiliários* et article 80, paragraphe 4, du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

¹² Article 354, paragraphe 3, du *Código dos Valores Mobiliários*.

¹³ Article 80, paragraphe 2, du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

¹⁴ Voir article 354, paragraphe 4, du *Código dos Valores Mobiliários*.

¹⁵ Article 80, paragraphe 5, du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

¹⁶ Article 80, paragraphe 3, du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

¹⁷ Article 355, paragraphes 1 et 2, du *Código dos Valores Mobiliários* et article 81, paragraphe 5, du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

communiquées par la CMVM à d'autres entités sont également soumises au devoir de secret¹⁸.

12. Pour leur part, les dirigeants, fonctionnaires et agents du *Ministério das Finanças* sont tenus au secret professionnel pour ce qui est non seulement des données recueillies concernant la situation fiscale des assujettis et les éléments de caractère personnel auxquels ils ont eu accès dans l'exercice de leurs fonctions ou des devoirs de secret fixés par la loi¹⁹ mais également dans le cadre des procédures de dérogation du devoir de secret bancaire²⁰.

B. LE RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX DEMANDES D'ACCÈS À DES INFORMATIONS DÉTENUES PAR LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE

13. La nouvelle loi d'accès aux documents administratifs²¹, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, prévoit expressément, contrairement à la loi antérieure²², une restriction au droit d'accès aux documents détenus par les autorités de surveillance.
14. En effet, selon cette nouvelle loi, les documents administratifs contenant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, y compris les plans, les méthodologies et les stratégies de surveillance ou de contrôle, ne seront pas accessibles au public ou seront soumis, pendant le temps strictement nécessaire à la sauvegarde d'autres intérêts juridiquement légitimes, à une autorisation d'accès de la part de l'organe ou de l'entité compétente²³.

¹⁸ Article 356, paragraphe 3, du *Código dos Valores Mobiliários*.

¹⁹ Article 64 de la *Lei Geral Tributária* (loi générale fiscale), approuvée par le décret-loi n° 398/98 du 12 décembre 1998, telle que modifiée, en dernier lieu, par la loi n° 13/2016 du 23 mai 2016.

²⁰ Article 64-A de la *Lei Geral Tributária*. Voir également, à cet égard, le *Código de Conduta dos Trabalhadores da Autoridade Tributária e Aduaneira – Ministério das Finanças* (code de conduite des fonctionnaires de l'autorité fiscale et douanière – ministère des Finances).

²¹ *Lei n° 26/2016, de 22 de Agosto, que aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro* (loi n° 26/2016 du 22 août 2016, approuvant le régime d'accès à l'information administrative et de nature environnementale ainsi que de réutilisation des documents administratifs, transposant la directive 2003/4/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier, et la directive 2003/98/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 17 novembre, ci-après la "loi n° 26/2016").

²² *Lei n° 46/2007, de 24 de Agosto, que Regula o Acesso aos Documentos Administrativos* (loi n° 46/2007, du 24 août 2007, régissant l'accès aux documents administratifs, ci-après la "loi n° 46/2007").

²³ Article 6, paragraphe 7, sous a), de la loi n° 26/2016.

III. PRATIQUE ADMINISTRATIVE DES AUTORITÉS NATIONALES DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS D'INSTRUMENTS FINANCIERS À L'ÉGARD DES INFORMATIONS DÉTENUES PAR CES AUTORITÉS

15. Le BdP a eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'exprimer sa position à l'égard des demandes d'accès aux informations qu'il détient en tant qu'autorité de surveillance de l'activité des institutions de crédit. Bien qu'aucune pratique administrative de cette autorité ne soit connue dans le cadre précis de l'activité de surveillance exercée au titre de la directive 2004/39/CE, la base juridique nationale sur laquelle le BdP fonde son obligation de secret professionnel est identique.
16. Ainsi, dans le cadre des procédures de demande d'accès à des informations détenues par cette autorité de surveillance, appréciées par la *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos*²⁴, ainsi que devant les juridictions nationales, le BdP défend, depuis longue date, une interprétation *lato sensu* du secret de surveillance. À cet égard, il fait notamment valoir que toutes les informations qu'il détient en qualité d'autorité de surveillance sont des informations confidentielles protégées par le secret professionnel, ne pouvant pas être soumises au régime général d'accès aux documents administratifs comme le soutenait la CADA²⁵. Elles peuvent être divulguées uniquement, à titre exceptionnel, avec l'accord de l'intéressé ou dans les conditions prévues par les lois pénale et de procédure pénale. Si tel n'était pas le cas, le droit d'accès aux documents administratifs mettrait en cause l'obligation stricte de secret imposée à l'autorité de surveillance par le droit de l'Union et le droit national et, de ce fait, la cohérence même du système juridique²⁶.
17. En outre, le BdP relève que l'obligation de secret à laquelle sont tenues les autorités de surveillance constitue une condition essentielle à l'exercice de l'activité de surveillance prudentielle, qui suppose l'accès sans restrictions et de façon continue à des informations non publiques sur la vie interne des institutions surveillées et leurs clients²⁷. La raison d'être du secret de surveillance se fondant, ainsi, sur le besoin de préserver la confiance des entités surveillées, soumises à des obligations

²⁴ La *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos* (Commission d'accès aux documents administratifs, ci-après la "CADA"), qui est une entité administrative indépendante assurant le respect des dispositions légales relatives à l'accès à l'information administrative, a déjà émis plusieurs avis à propos des demandes d'accès de la part du public aux documents détenus par cette autorité de surveillance.

²⁵ Selon les avis émis par la CADA avant l'entrée en vigueur de la loi n° 26/2016, l'obligation de secret professionnel du BdP dans le cadre de son activité de surveillance n'étant pas une obligation absolue, les seules exceptions au principe du droit d'accès aux informations détenues par le BdP dans ce cadre étaient celles prévues par l'article 6 de la loi n° 46/2007 (qui prévoyait une liste plus limitative de restrictions au droit d'accès que la nouvelle loi relative à l'accès aux documents administratifs). Ces exceptions devraient être interprétées strictement. Voir, par exemple, avis de la CADA du 22 septembre 2015, n° 336/2015, affaires n° 85/2015 et n° 460/2015, p. 46 et suiv.

²⁶ Voir les observations présentées par le BdP dans les avis de la CADA du 14 avril 2012, n° 097/2012, affaire n° 16/2012 et du 22 septembre 2015, n° 302/2015, affaire n° 457/2015.

²⁷ *Ibidem*.

d'information particulièrement étendues, la divulgation des informations couvertes par le secret professionnel est possible uniquement avec l'accord des intéressés ou par le moyen de la levée judiciaire du secret, au titre de l'article 135, paragraphe 3, du *Código de Processo Penal*²⁸.

18. La CMVM, pour sa part, défend une approche identique à celle soutenue par le BdP, considérant que toute information non publiée est protégée par le secret professionnel²⁹.

IV. JURISPRUDENCE NATIONALE À L'ÉGARD DES DEMANDES D'ACCÈS AUX INFORMATIONS DÉTENUES PAR CES AUTORITÉS

19. Les juridictions nationales se sont déjà prononcées, à quelques reprises, sur la notion d'information confidentielle dans ce contexte ainsi que sur la position soutenue par le BdP, bien que dans le cadre de l'ancienne loi relative à l'accès aux documents administratifs.
20. Ainsi, par un arrêt du 1^{er} octobre 2009³⁰, le *Tribunal Central Administrativo Sul*³¹ a jugé comme étant trop restrictive la position du BdP selon laquelle toutes les informations qu'il détient en qualité d'autorité de surveillance sont des informations confidentielles ne pouvant pas être soumises au régime général d'accès aux documents administratifs³². Selon cette juridiction, dans le cadre de son activité de supervision, l'obligation de confidentialité du BdP ne viserait que les restrictions d'accès à l'information fixées par l'article 6 de la loi n° 46/2007, à savoir les informations identifiant une personne ou entité, contenant des secrets commerciaux ou industriels ou concernant la vie interne d'une entreprise³³.
21. Dans un arrêt plus récent, rendu le 7 février 2013³⁴, cette même juridiction a estimé que, bien que les informations détenues par le BdP en qualité d'autorité de surveillance soient soumises à l'obligation de secret professionnel, cette obligation

²⁸ *Código de Processo Penal* (code de procédure pénale), approuvé par le décret-loi n° 78/87, du 17 février 1987, tel que modifié, en dernier lieu, par la loi n° 40-A/2016, du 22 décembre 2016. Voir la position du BdP dans le cadre de l'avis de la CADA du 29 mars 2006, n° 70/2006, affaire n° 3711, p. 3, ainsi que dans l'avis du 14 avril 2012, précité.

²⁹ COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *Esclarecimento sobre as atribuições da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários*, Note adressée à l'Ordre des avocats, 12 décembre 2005, p. 1, disponible sous le lien suivant: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=31626&ida=39049.

³⁰ Affaire 05379/09, 2^{ème} chambre.

³¹ Tribunal central administratif du Sud.

³² *Ibidem*, point 3., p. 3.

³³ *Ibidem*, p. 4.

³⁴ Affaire 09488/12, 2^{ème} chambre.

de secret n'est pas absolue. Par conséquent, selon cette juridiction, il faut apprécier au cas par cas si les informations détenues dans ce contexte peuvent être divulguées, afin de respecter le droit fondamental d'accès à l'information, consacré à l'article 268, paragraphe 2, de la Constitution, ainsi que le principe de transparence de l'activité de l'administration publique³⁵.

22. En outre, la jurisprudence récente du *Tribunal da Relação de Lisboa*³⁶ semble confirmer une certaine réticence à lever le secret professionnel des autorités de surveillance à l'égard des documents reçus ou échangés avec d'autres autorités de contrôle ou de surveillance, y compris les autorités européennes et internationales. En effet, par ses arrêts du 17 janvier 2017³⁷ et du 2 février 2017³⁸ portant sur deux procédures de levée du secret professionnel à l'égard du BdP et de la CMVM, d'une part, et du *Ministério das Finanças*, d'autre part, respectivement, ce tribunal a décidé que, compte tenu "*de la nature, de la qualité et de la fonction*" de ce type d'informations, la levée du secret professionnel n'était pas absolument nécessaire pour la découverte de la vérité dans le cadre d'une enquête menée par une commission parlementaire concernant la recapitalisation d'une banque publique portugaise³⁹.

V. CATÉGORIES D'INFORMATIONS CONSIDÉRÉES COMME CONFIDENTIELLES RELEVANT DE LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL

23. Tel qu'observé ci-dessus, la loi n° 26/2016 relative à l'accès aux documents administratifs accorde une protection plus étendue aux informations détenues par les autorités de surveillance qui relèvent de l'obligation de secret professionnel par rapport à la loi antérieure.

A. LE TRAITEMENT DES SECRETS D'AFFAIRES ET DU SECRET PRUDENTIEL

24. En effet, la loi n° 26/2016 prévoit expressément que les documents administratifs contenant des *informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, y compris les plans, les méthodologies et les stratégies de surveillance*

³⁵ *Ibidem*, p. 10 et 11.

³⁶ Cour d'appel de Lisboa.

³⁷ Affaire 1925/16.7YRLSB, 7^{ème} chambre.

³⁸ Affaire 150/17.4YRLSB-8.

³⁹ La *Comissão Parlamentar de Inquérito à Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos e à Gestão do Banco* (Commission parlementaire d'enquête à la recapitalisation de la *Caixa Geral de Depósitos* et à la gestion de la banque).

ou de contrôle, ne seront pas accessibles au public ou seront soumis à une autorisation d'accès de la part de l'organe ou de l'entité compétente⁴⁰.

25. L'inclusion dans la nouvelle loi de cette restriction d'accès aux documents administratifs met fin à une divergence de longue date entre les positions de la CADA et du BdP à l'égard de l'accès aux documents détenus par ce dernier dans le cadre de ses activités de surveillance.
26. Face à ces développements législatifs, il est dorénavant clair qu'il n'est plus nécessaire de vérifier au cas par cas si les informations détenues dans ce contexte constituent des *secrets commerciaux ou industriels*, s'ils concernent *la vie interne d'une entreprise* ou, encore, s'ils *identifient une personne ou une entité*⁴¹.
27. De plus, il importe de signaler que, selon le droit national, les *informations échangées entre autorités de surveillance* et entre celles-ci, d'une part, et *d'autres autorités de régulation ou de surveillance européennes et internationales*, d'autre part, sont protégées par le secret professionnel⁴².

B. LA PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS DANS LE TEMPS

28. Ladite loi n° 26/2016 dispose, en outre, que les documents administratifs contenant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, ne seront pas accessibles au public ou seront soumis, *pendant le temps strictement nécessaire à la sauvegarde d'autres intérêts juridiquement légitimes*, à une autorisation d'accès de la part de l'organe ou de l'entité compétente⁴³.

C. LE TRAITEMENT DE L'ENSEMBLE DES INFORMATIONS TRANSMISES AUX AUTORITÉS DE SURVEILLANCE PAR LES ENTREPRISES SURVEILLÉES

29. Tel que mentionné ci-dessus, les documents administratifs contenant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, y compris les plans, les méthodologies et les stratégies de surveillance ou de contrôle, ne sont pas accessibles au public.
30. Outre ces documents, les informations détenues dans ce contexte constituant des secrets commerciaux ou industriels, concernant la vie interne d'une entreprise ou identifiant une personne ou une entité étaient déjà sous l'empire de l'ancienne loi

⁴⁰ Article 6, paragraphe 7, sous a), de la loi n° 26/2016.

⁴¹ Seules restrictions admises par l'article 6 de la loi n° 46/2007, ancienne loi relative à l'accès aux documents administratifs.

⁴² Article 354 du *Código dos Valores Mobiliários* et article 80 du *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

⁴³ Article 6, paragraphe 7, sous a), de la loi n° 26/2016.

relative à l'accès aux documents administratifs et sont toujours considérées comme des informations confidentielles protégées par le secret professionnel.

VI. CONCLUSIONS

31. Si le droit national prévoit, conformément à la directive 2004/39/CE, une obligation de secret professionnel incombant aux autorités de surveillance des marchés d'instruments financiers, la réglementation en matière d'accès aux informations administratives n'accorde que depuis très récemment une protection spécifique assez étendue aux informations détenues par ces autorités de surveillance.
32. En revanche, la pratique administrative des autorités de surveillance à l'égard des demandes d'accès à ces informations révèle que ces autorités défendent, depuis longue date, la position selon laquelle toutes les informations qu'elles détiennent en qualité d'autorités de surveillance sont des informations confidentielles protégées par le secret professionnel.
33. À la différence de la pratique administrative de ces autorités, il ressort, toutefois, de la jurisprudence nationale pertinente en la matière, fondée sur l'ancienne loi relative à l'accès aux informations administratives, que le juge national préconisait une interprétation stricte des restrictions d'accès à l'information fixées par cette loi et que, par conséquent, l'obligation de confidentialité des autorités de surveillance ne viserait que les informations identifiant une personne ou entité, celles contenant des secrets commerciaux ou industriels et celles concernant la vie interne d'une entreprise.
34. Conformément à la nouvelle loi relative à l'accès aux informations administratives, les catégories d'informations considérées comme confidentielles relevant de la protection du secret professionnel sont dorénavant non seulement les informations contenant des secrets commerciaux ou industriels, les informations concernant la vie interne d'une entreprise ou, encore, les informations identifiant une personne ou une entité, mais également les documents contenant des informations susceptibles d'affecter l'efficacité du contrôle et de la surveillance, y compris les plans, les méthodologies et les stratégies de surveillance ou de contrôle. Ces informations ne seront pas accessibles au public, sous réserve d'une autorisation d'accès de la part de l'organe ou de l'entité compétente, pendant le temps strictement nécessaire à la sauvegarde d'autres intérêts juridiquement légitimes outre l'intérêt fondamental de garantir l'accès aux documents administratifs. De plus, les informations échangées entre autorités de surveillance et entre celles-ci, d'une part, et d'autres autorités de régulation ou de surveillance européennes et internationales, d'autre part, sont également couvertes par le secret professionnel.

[...]

DROIT DU ROYAUME-UNI

1. La présente contribution vise à exposer, dans les grandes lignes, les principales règles applicables aux demandes d'accès à des informations détenues par l'autorité nationale compétente de surveillance des marchés d'instruments financiers, au titre de la directive 2004/39/CE¹, ainsi que la pratique décisionnelle, notamment jurisprudentielle y afférente. Une attention particulière sera accordée au traitement du secret des affaires et de la protection de la confidentialité des informations dans le temps².

I. TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2004/39/CE

2. La directive 2004/39/CE a été transposée au Royaume-Uni par l'adoption de plusieurs actes de droit dérivé (*statutory instruments*) portant modification de la réglementation en matière de services financiers³ ainsi que par des amendements au manuel (*handbook*) de l'ancienne autorité de régulation du secteur financier (*Financial Services Authority*).
3. Ces modifications, bien que volumineuses, n'ont cependant eu qu'un impact restreint sur le droit national, en ce qu'elles visaient, pour l'essentiel, à développer des prescriptions et exigences déjà établies dans le cadre du régime mis en place par la loi de 2000 sur les services et marchés financiers (*Financial Services and Markets Act 2000*, ci-après le "FSMA").
4. Ainsi, s'agissant de la mise en œuvre de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, qui consacre l'obligation de le secret professionnel qui incombe aux autorités nationales de surveillance des marchés d'instruments financiers, aucune modification n'a été apportée à l'article 348 du FSMA. Cette dernière disposition prévoit des restrictions à la divulgation d'informations confidentielles par l'autorité compétente nationale, à savoir l'autorité de bonne conduite financière (*Financial Conduct Authority*, ci-après la "FCA").

¹ Directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE et la directive 2000/12/CE et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (JO L 145, p. 1).

² Il importe de souligner, à cet égard, que l'expression "secret prudentiel" (*prudential secrecy*) n'a aucune signification juridique particulière.

³ Voir, notamment, The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) (Amendment No. 3) Order 2006 (S.I. 2006/3384); The Financial Services and Markets Act 2000 (Exemption) (Amendment) Order 2007 (S.I. 2007/125); The Financial Services and Markets Act 2000 (Markets in Financial Instruments) Regulations 2007 (S.I. 2007/126).

II. ACCÈS À DES INFORMATIONS DÉTENUES PAR LA FCA

A. CADRE JURIDIQUE

5. L'article 348 du FSMA constitue la base du régime juridique applicable à l'accès à des informations détenues par la FCA. Cette disposition instaure une interdiction de communication d'informations confidentielles par la FCA ou par toute personne qui est ou a été employée ou nommée par celle-ci, lorsque le consentement de la personne à l'origine des informations et, si différente, de la personne concernée par celles-ci fait défaut. Une disposition formulée dans des termes très similaires existait déjà dans la réglementation précédente⁴.
6. Cette interdiction sert à encourager le libre échange d'informations pertinentes dans l'exercice des fonctions dont la personne est investie⁵. En effet, s'il subsistait des doutes quant au maintien de la confidentialité des informations communiquées à la FCA, ceci pourrait décourager les tiers à l'origine de telles informations de coopérer avec l'autorité⁶. Or, une telle coopération revêt un caractère primordial pour la FCA, dès lors que les renseignements reçus par cette dernière sont au cœur de son activité réglementaire⁷.
7. L'interdiction de communication sert également à faire respecter les autres obligations en matière de confidentialité à la charge de la FCA en vertu du droit national. En effet, en tant qu'organisme public, la FCA est tenue au respect non seulement des exigences de la Common law en matière de confidentialité et de diffamation, mais également des dispositions de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel⁸.
8. L'interdiction connaît cependant certaines dérogations prévues par la loi. En effet, l'article 349 du FSMA prévoit qu'il peut y être dérogé dans deux cas de figure: d'une part, lorsque la divulgation est nécessaire pour l'exercice par la FCA d'une fonction publique et, d'autre part, dans le cas où la divulgation est autorisée en vertu de règlements adoptés par le Trésor (*Treasury*). À ce jour, il n'existe qu'un seul règlement adopté sur cette base qui énumère plusieurs motifs possibles pour divulguer des informations confidentielles⁹.

⁴ Financial Services Act 1986, s179.

⁵ *Real Estates Opportunities Ltd v Aberdeen Asset Management Jersey Ltd* [2007] 2 All ER 791, point 35.

⁶ *Barings plc v Coopers & Lybrand* [2001] 1 WLR 2353, point 16.

⁷ *Re Galileo Group Ltd* [1999] Ch 100, 110.

⁸ Blair, M., Minghella, L., Taylor, M., Threipland, M. et Walker, G., *Blackstone's Guide to the Financial Services and Markets Act 2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 249.

⁹ The Financial Services and Markets Act 2000 (Disclosure of Confidential Information) Regulations 2001 (S.I. 2001/2188), regs. 3 à 6.

9. Ces motifs permettent la divulgation d'informations confidentielles dans les hypothèses suivantes: l'échange d'informations entre différents organismes prévues par la réglementation, la communication d'informations aux fins d'une enquête ou procédure pénale ou, dans certains cas, d'une procédure civile, y compris une procédure d'insolvabilité, et la divulgation d'informations en vertu d'une obligation découlant du droit de l'Union.
10. Le non-respect de l'article 348 du FSMA constitue une infraction pénale punissable par une procédure sommaire (*summary conviction*) ou par voie de mise en accusation (*trial on indictment*)^{10 11}. Si l'infraction est jugée en procédure sommaire, elle peut être sanctionnée d'une peine de prison d'une durée maximale de trois mois ou d'une amende. En revanche, s'il est décidé de recourir à la voie de la mise en accusation, une peine de prison de deux ans au maximum et/ou une amende peuvent être infligées. Le fait pour le destinataire d'informations divulguées illégalement par la FCA d'en faire usage constitue également une infraction¹².

B. MODALITÉS D'ACCÈS

11. S'agissant des modalités d'accès à des informations détenues par la FCA, celles-ci sont régies par la loi de 2000 sur la liberté d'information (*Freedom of Information Act 2000*, ci-après le "FOIA")¹³. En vertu de cette loi, une personne désirant obtenir des informations doit adresser une demande écrite à la FCA, comportant son nom et son adresse. Celle-ci est alors tenue d'informer la personne concernée si elle détient l'information et, le cas échéant, de la lui communiquer. Une réponse doit être donnée dans un délai de 20 jours ouvrables qui peut être prolongé jusqu'à un mois.
12. Pour refuser l'accès à des informations dont la divulgation a été demandée au titre du FOIA, la FCA doit faire valoir l'une ou plusieurs des exceptions à l'obligation de communication énumérées dans le FOIA.

¹⁰ FSMA, s.352(2).

¹¹ Il convient de rappeler que le droit pénal distingue trois types d'infractions en fonction de leur gravité et de la procédure applicable. Pour les infractions les plus graves, la procédure de jugement après la mise en accusation s'applique et l'accusé est traduit devant une juridiction pénale. Pour les infractions considérées mineures, la procédure est simplifiée et l'accusé est jugé par des magistrats. La troisième catégorie est celle des infractions pouvant être jugées de l'une ou l'autre manière. Dans ce dernier cas, qui est celui de l'infraction prévue à l'article 352 du FSMA, il revient au juge de décider laquelle des procédures est la plus adaptée au jugement de l'infraction. Pour ce faire, il tiendra compte de la nature de l'affaire, de la gravité de l'infraction et de la sanction pouvant être infligée.

¹² FSMA, s. 352(3).

¹³ [...]. À noter qu'il existe une réglementation distincte applicable en Écosse, celle-ci étant formulée dans des termes presque identiques. Voir, *Freedom of Information (Scotland) Act 2002*.

13. Certaines de ces exceptions revêtent un caractère absolu, en ce sens que les informations concernées sont exclues du droit d'accès, alors que d'autres sont assujetties à un critère d'intérêt public. Pour les informations revêtant un caractère confidentiel au sens de l'article 348 du FSMA, l'exception absolue prévue à l'article 44(1)(a) du FOIA s'applique. Cette disposition vise les informations interdites de divulgation par une loi.

C. NOTION D'INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

14. Pour ce qui est la notion d'informations confidentielles, l'article 348 du FSMA exige la réunion de trois éléments:¹⁴
- (a) un lien de rattachement entre les informations et l'activité commerciale ou les affaires d'une personne. Ce lien ne doit pas être indirect ou accessoire¹⁵;
 - (b) la nécessité pour les informations d'avoir été reçues par la FCA ou par toute personne qui est ou a été employée ou nommée par celle-ci en raison de l'exercice des fonctions qui lui sont confiées en vertu du FSMA ou de la réglementation en matière de concurrence ou de protection des consommateurs. Il est sans incidence, à cet égard, que la communication poursuive également d'autres fins ne relevant pas des fonctions desdites entités;
 - (c) l'absence de communication des informations au public ou de présentation sous une forme sommaire ou agrégée de façon à ce qu'aucune personne ne puisse être identifiée individuellement.
15. Il s'agit là d'une notion autonome de la confidentialité propre à son contexte et distincte des autres conceptions de confidentialité prévues en droit national. À cet égard, la protection conférée par l'article 348 du FSMA va au-delà de celle offerte par la Common law, laquelle exige, d'une part, que l'information en cause revête une certaine valeur pour la personne faisant valoir son caractère confidentiel et, d'autre part, qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de celle concernée l'aurait considérée comme confidentielle¹⁶.
16. En outre, cette définition particulière de la notion d'informations confidentielles a deux autres conséquences importantes. Tout d'abord, la question de l'étendue de l'interdiction de communication prévue à l'article 348 du FSMA est analysée uniquement au regard de la réunion des conditions prévues à cette disposition à l'égard de l'information dont la divulgation est demandée. Ainsi, dans sa décision, le juge ne prend pas en considération les exigences applicables à la protection du

¹⁴ FSMA, s. 348(2) à (7).

¹⁵ *Melton Medes Ltd v Securities and Investments Board* [1993] Ch. 137, 149G.

¹⁶ *Coco v AN Clark (Engineers) Ltd* [1969] RPC 41, 47. Voir, Toulson, R.G. et Phipps, C.M., *Confidentiality*, Sweet & Maxwell, London, 2012, para. 3-081.

secret professionnel en droit national. Ceci ne veut toutefois pas dire que des considérations tenant au respect du secret professionnel n'entrent jamais en ligne de compte. En effet, il se peut qu'une information échappant au champ d'application de l'article 348 du FSMA soit protégée par les exceptions relatives au secret professionnel et/ou commercial consacrées par le FOIA.

17. [...]

18. Afin de mieux illustrer comment est appliquée l'interdiction prévue à l'article 348 du FSMA, il convient de se référer à quelques exemples tirés de la jurisprudence.

D. PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE

19. La jurisprudence en la matière étant relativement abondante¹⁸, seules les affaires les plus représentatives ou pertinentes seront présentées.

20. Un investisseur ayant subi des pertes, en raison de la vente à une valeur très inférieure à sa valeur réelle d'une entreprise dans laquelle il était actionnaire, a demandé l'accès à des informations détenues par l'autorité compétente concernant l'enquête que cette dernière avait menée dans les activités de l'entreprise responsable de la vente¹⁹. Sa demande ayant été rejetée sur la base de l'article 348 du FSMA et de l'article 44 du FOIA, ledit investisseur a saisi le tribunal de l'information (*Information Tribunal*). Les informations demandées consistaient en des communications entre l'autorité compétente et l'entreprise responsable de la vente ainsi que des documents de ladite autorité faisant état des informations reçues de cette entreprise. Selon la décision du tribunal, ces informations relevaient bel et bien de l'interdiction prévue à l'article 348 du FSMA et étaient, de ce fait, exemptées de communication en vertu de l'article 44 du FOIA. Il importait peu, à cet égard, que l'autorité compétente n'avait pas, comme le prétendait le requérant, dûment enquêté sur les activités de l'entreprise responsable de la vente.

21. Dans une autre affaire, la High Court était appelée à se prononcer sur un litige entre le Commissaire à l'information (*Information Commissioner*), l'autorité responsable de la mise en œuvre du FOIA, et l'ancienne autorité de régulation du secteur financier concernant deux demandes d'accès rejetées sur le fondement de

¹⁷ [...]

¹⁸ Coppel, P., *Information Rights*, Hart, Oxford, 2014, para. 26-018.

¹⁹ *Rowland v Financial Services Authority and Information Commissioner*, décision du 3 avril 2009.

l'article 348 du FSMA²⁰. La première demande visait la divulgation des noms des fournisseurs de services financiers ayant facturé des frais excessifs pour la négociation de prêts hypothécaires, alors que la deuxième demande portait sur les noms des fournisseurs ayant fait l'objet d'un contrôle anonyme afin de débusquer des cas de conseils inadéquats dans le domaine financier. Le Commissaire avait demandé la divulgation des informations à la suite de plaintes des membres du public qui avaient lu des documents publiés par ladite autorité dans lesquels il était fait référence, de manière anonyme, aux conclusions d'enquêtes qu'elle avait menées.

22. Selon la High Court, toutes les informations visées par la première demande d'accès et une partie de celles concernées par la deuxième demande relevaient de l'interdiction prévue à l'article 348 du FSMA. Dans sa conclusion, le juge a souligné que le point de départ pour apprécier le caractère confidentiel d'informations demandées n'est pas la décision de refus d'accès, mais la demande d'accès elle-même. Ainsi, la confidentialité des informations en cause doit être appréciée dans son contexte. Dans ces conditions, le Commissaire ne pouvait pas valablement soutenir que les noms des fournisseurs en cause considérés isolément n'étaient pas confidentiels, dès lors que la communication de ces noms reviendrait à identifier lesdits fournisseurs comme des auteurs de mauvaises pratiques.
23. S'agissant d'une décision de refus d'accès à des informations détenues par l'ancienne autorité de régulation du secteur financier concernant des doutes qu'elle éprouvait quant à la gestion d'une coopérative financière, le Commissaire de l'information a jugé que l'interdiction prévue à l'article 348 du FSMA ne s'applique, en principe, qu'aux informations effectivement reçues par ladite autorité, et non aux avis, déductions ou extrapolations réalisés par celle-ci²¹. En d'autres termes, le refus d'accès ne peut concerner que des informations dont la divulgation aurait pour effet de révéler au demandeur ce qui a été communiqué à l'autorité compétente. Il ne suffit pas, à cet égard, que les informations en cause fassent allusion à ce qui a été communiqué. Par conséquent, le Commissaire a constaté que l'article 348 du FSMA ne couvrait ni les conclusions de l'autorité compétente relatives aux problèmes de gestion à la coopérative financière, ni son plan d'action pour régler ces problèmes, ni encore les documents faisant état des discussions internes quant au progrès réalisé par ladite coopérative.
24. La dernière affaire méritant une référence concernait un projet de rapport établi par l'autorité compétente et relatif à la vente d'un produit financier par une société de crédit foncier (*building society*), dont des extraits avaient été clandestinement communiqués à la presse. Le tribunal de l'information devait déterminer si l'interdiction de communication couvrait les parties du rapport n'ayant pas été rendues publiques²². Dans sa décision, le tribunal a jugé que lesdites parties, qui

²⁰ *Financial Services Authority v Information Commissioner* [2009] EWHC 1548 (Admin).

²¹ Decision Notice FS50286155 du 1^{er} septembre 2010.

²² *Craven v Information Commissioner*, EA/2008/0002, décision du 13 mai 2008.

comportaient des données factuelles et des avis exprimés par son auteur, relevaient du champ d'application de l'article 348 du FSMA, dans la mesure où ces parties constituaient bel et bien des informations confidentielles et où elles n'avaient pas été licitement rendues accessibles au public.

E. AUTRES INFORMATIONS REVÊTANT UN CARACTÈRE NON COMMUNICABLE

25. Ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus, il se peut qu'une information détenue par la FCA, qui ne relève pas du champ d'application de l'interdiction de communication prévue à l'article 348 du FSMA, relève néanmoins d'une exception au droit d'accès du public prévue par le FOIA. Ces exceptions recouvrent un nombre de domaines semblables à ceux visés par les exceptions prévues à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001²³. Aux fins de la présente étude, il suffit d'évoquer les exceptions du FOIA relatives à la protection des informations confidentielles, des enquêtes et des procédures administratives et des intérêts commerciaux d'une personne.
26. S'agissant d'abord de l'exception absolue relative aux informations confidentielles prévue à l'article 41 du FOIA, il importe de signaler que, dans la pratique, le Commissaire à l'information aborde la question de la confidentialité des informations en cause sous l'angle de l'article 348 du FSMA et non du FOIA²⁴.
27. En ce qui concerne ensuite l'exception relative concernant la protection des enquêtes et des procédures administratives énoncée à l'article 30 du FOIA, celle-ci couvre toute information dont la divulgation pourrait porter préjudice à des enquêtes ouvertes sur une question qui relève de la compétence d'une autorité publique²⁵. L'exception ne s'applique qu'aux informations détenues aux fins d'une enquête ou d'une procédure précise et peut continuer à s'appliquer même après la clôture de celle-ci²⁶. Il n'y a pas encore de jurisprudence sur l'application de cette exception pour refuser une demande d'accès à des informations détenues par la FCA ou ses prédécesseurs.
28. Enfin, quant à l'exception relative portant sur la protection des intérêts commerciaux prévue à l'article 43 du FOIA, son applicabilité est subordonnée à la satisfaction de trois conditions²⁷. Tout d'abord, l'existence d'un préjudice consistant en une atteinte aux intérêts commerciaux de la personne souhaitant empêcher la divulgation. Ensuite, un lien de causalité entre la communication des informations sollicitées et le préjudice allégué. Enfin, le caractère raisonnablement

²³ Règlement (CE) n° 1049/2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, (JO L 145, p. 43).

²⁴ Voir, par exemple, Decision Notice FS50118129, 24 juillet 2007, point 30.

²⁵ Coppel, P., *op. cit.* para. 20-028.

²⁶ *Toms v Information Commissioner*, EA/2005/0027, 19 juin 2006.

²⁷ Decision Notice FS50636198, 4 avril 2017, point 25.

prévisible et non purement hypothétique du préjudice²⁸. En ce qui concerne la dernière condition, le préjudice susceptible de découler de la divulgation des informations en cause doit être né et actuel²⁹.

29. Dans une affaire concernant l'accès à des informations de l'ancienne autorité de régulation du secteur financier relatives au recel par une banque de fonds provenant du trafic de stupéfiants, le Commissaire à l'information a rejeté l'argument selon lequel cette exception trouvait à s'appliquer car la divulgation de telles informations pourrait nuire à la réputation de la banque et influencer négativement sur sa capacité à obtenir du financement³⁰. En effet, selon le Commissaire, il était loisible à ladite autorité d'accompagner la communication des informations en cause d'explications destinées au public.
30. Dans une autre affaire, l'article 43 du FOIA a été invoqué par la FCA à l'appui du rejet d'une demande visant les communications qu'elle avait reçues au cours d'une période de deux ans dans lesquelles il lui avait été fait part de préoccupations au sujet des activités d'une certaine entreprise³¹. Selon le Commissaire, les informations sollicitées relevaient du champ d'application de l'exception, étant donné que l'entreprise concernée était un prestataire de service à but lucratif et que la divulgation desdites informations aurait un impact probable sur sa capacité concurrentielle. Dans le cadre de la mise en balance des intérêts en jeu, le Commissaire a estimé que l'intérêt public tenant à l'exercice par la FCA de ses fonctions d'une manière ouverte, transparente et démocratiquement responsable ne l'emportait pas sur l'intérêt public de la non-divulgation d'informations de nature à désavantager une entreprise sur le plan commercial.

III. CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS DANS LE TEMPS

31. En ce qui concerne la question de savoir s'il existe, de façon générale, une limite dans le temps à l'expiration de laquelle naît une présomption réfragable selon laquelle l'information a perdu toute valeur économique, il convient de signaler une affaire dans laquelle cette question a été abordée.
32. Un demandeur d'accès souhaitait obtenir de l'ancienne autorité de régulation du secteur financier des statistiques que cette dernière avait reçues de la part des sociétés de crédit foncier³². Les statistiques portaient sur les soldes mensuels des

²⁸ *John Connor Press Associates v Information Commissioner*, EA/2005/005, 25 janvier 2006, point 15.

²⁹ *Hogan v Information Commissioner*, EA/2005/0026 et 0030, 17 octobre 2006, points 34 et 35; *England and London Borough of Bexley v Information Commissioner*, EA/2006/0060 et 0066, 10 mai 2007, point 29.

³⁰ Decision Notice FS50147637, 26 juin 2008, points 26 à 30.

³¹ Decision Notice FS50488528, 9 juillet 2013.

³² *Slann v Information Commissioner and Financial Services Authority*, EA/2005/0019, 11 juillet 2006.

comptes ouverts auprès de ces sociétés ainsi que sur les taux d'intérêt mensuels de celles-ci, informations que ladite autorité devait communiquer au gouvernement et à divers organismes gouvernementaux. La demande d'accès a été rejetée au motif que, d'une part, les soldes mensuels relevaient de l'interdiction de communication prévue à l'article 348 du FSMA et étaient dès lors exemptés de divulgation en vertu de l'article 44 du FOIA et, d'autre part, que les taux d'intérêt mensuels étaient accessibles au public par d'autres voies et, de ce fait, étaient exclus du droit d'accès par l'exception absolue prévue à l'article 21 du FOIA.

33. Selon le tribunal de l'information, le fait que les statistiques demandées pouvaient être considérées comme "périmées", en ce sens qu'elles n'étaient plus d'actualité, était sans incidence en l'espèce. En effet, de manière générale, la date des informations demandées ne joue, selon le tribunal, aucun rôle dans le cadre de l'examen des conditions énoncées à l'article 44(1)(a) du FOIA concernant l'exception au droit d'accès des informations dont la divulgation est interdite en vertu d'une loi³³.
34. La position prise dans cette décision est en net contraste avec la jurisprudence en matière de protection de la confidentialité de la Common law³⁴. En effet, selon la jurisprudence, il doit y avoir une limite dans le temps après laquelle le caractère confidentiel d'informations et, partant, l'obligation du juge d'en empêcher la divulgation, prennent fin³⁵. À cet égard, en ce qui concerne le secret d'affaires, il ressort de la jurisprudence que la personne demandant que soit préservée la confidentialité des informations doit avoir des motifs raisonnables de croire que la divulgation de ces informations serait préjudiciable à ses intérêts ou apporterait à ses concurrents un avantage compétitif. Ainsi, la protection de la confidentialité de la Common law ne peut pas être valablement invoquée lorsque les informations en cause deviennent obsolètes en raison de changements dans l'activité commerciale de la personne concernée ou du fait des avancées technologiques³⁶.

IV. CONCLUSION

35. L'article 348 du FSMA a mis en place un régime spécial pour les informations détenues par l'autorité nationale de surveillance des marchés d'instruments financiers, lequel établit une définition plus large des informations considérées comme confidentielles que celle consacrée par la Common law. Selon cette approche, toute information n'ayant pas perdu son caractère confidentiel, reçue par ladite autorité dans l'exercice de ses fonctions relève de ladite notion, dès lors

³³ *Ibid*, point 18.

³⁴ Toulson, R.G. et Phipps, C.M., *op. cit.* paras. 4-028 à 4-034.

³⁵ *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd* [1976] 1 QB 752, 771 *per* Lord Widgery.

³⁶ *Thomas Marshall Ltd v Guinle* [1979] 1 Ch. 227, 248.

qu'il existe un lien entre celle-ci et l'activité commerciale ou les affaires d'une personne.

36. De par sa rédaction, l'article 348 du FSMA prévoit un système qui repose sur une appréciation au cas par cas du caractère confidentiel des renseignements auxquels l'accès est demandé. Une telle appréciation est d'autant plus nécessaire que les refus d'accès doivent répondre aux exigences du FOIA - telle que celle relative à la protection des intérêts commerciaux d'une personne - lequel appelle, dans certains cas, à une mise en balance des différents intérêts en présence.
37. Quant à la question de la confidentialité dans le temps, ni l'article 348 du FSMA ni le FOIA ne prévoient de limite à la durée du caractère confidentiel d'une information et la jurisprudence a confirmé l'absence de pertinence de la date de la demande d'accès à l'information.

[...]

DROIT TCHÈQUE

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La Banque nationale tchèque ("*Česká národní banka*", ci-après la "BNT") assure la surveillance des marchés d'instruments financiers. Ses pouvoirs et compétences dans ce domaine sont régis par la loi n° 6/1993 sur la Banque nationale tchèque¹ (ci-après la "Loi sur la BNT"), et, notamment, par **la loi n° 15/1998 sur la surveillance des marchés de capitaux**² (ci-après la "LSMC") qui constitue une *lex specialis* par rapport à la loi sur la BNT.
2. Les règles juridiques applicables à l'égard des demandes d'accès aux informations détenues par la BNT dans le cadre de son activité de surveillance sont prévues dans la loi n° 106/1999 Rec. relative à la liberté de l'information³ (ci-après la "LLI"). En ce qui concerne les demandes d'accès aux dossiers administratifs en la matière, la BNT est tenue de respecter le code de procédure administrative⁴.

II. ACCÈS AUX INFORMATIONS DÉTENUES PAR LA BNT DANS LE CADRE DE L'ACTIVITÉ DE SURVEILLANCE

A. ACCÈS AUX INFORMATIONS SELON LA LOI SUR LA LIBERTÉ DE L'INFORMATION

1. CONDITIONS

3. En vertu de l'article 4 de la LLI, la BNT est, en principe, obligée de fournir des informations suite à une demande ou par le fait de leur publication. Néanmoins, dans le cadre de l'activité de surveillance des marchés de capitaux, le droit d'accès aux informations est limité par la disposition de l'article 11, paragraphe 3, de la LLI.
4. En effet, conformément à cette disposition, *l'autorité exerçant la surveillance ou le contrôle ne peut pas divulguer les informations obtenues de tiers lors de son activité, si ces informations sont soumises à l'obligation de confidentialité prévue par la réglementation régissant l'activité de surveillance ou de contrôle. Elle ne fournit que des informations produites par elle-même lors de son activité de surveillance.*
5. En matière de surveillance des marchés de capitaux, la disposition prévoyant l'obligation de confidentialité de la BNT est l'article 26, paragraphe 1, de la

¹ Zákon č. 6/1993 Sb. o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů.

² Zákon č. 15/1998 Sb. o dohledu v oblasti kapitálového trhu a o změně a doplnění dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

³ Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

⁴ Zákon č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

LSMC, en vertu duquel *le personnel de la BNT chargé de la surveillance, les personnes, dont les services sont utilisés par la BNT et les membres des organes consultatifs pour les marchés de capitaux, sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne divulguer aucune des informations qui viendraient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ou dans le cadre de leurs activités.*

6. À cet égard, il ressort de l'article 11, paragraphe 3, de la LLI, lu en combinaison avec l'article 26, paragraphe 1, de la LSMC, que, lors de son activité de surveillance, la BNT ne peut fournir que les informations produites par elle-même. Le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême) a précisé que constituent des **informations produites par l'autorité elle-même**, par exemple, les résultats de contrôles effectués (le rapport de contrôle) ou les informations concernant le processus de contrôle⁵. Néanmoins, cette haute juridiction a souligné qu'il ne saurait être considéré que toutes les informations contenues dans un rapport de contrôle doivent nécessairement être divulguées sur la base d'une demande. En effet, il incombe à l'autorité de surveillance d'examiner, dans chaque cas concret, si lesdites informations ne sont pas soumises à l'un des motifs justifiant un refus d'accès⁶, dont, par exemple, la protection du secret d'affaires, de la stabilité du système financier, de la vie privée ou des données à caractère personnel⁷.
7. S'agissant de la condition selon laquelle les informations ne doivent pas être divulguées lorsqu'elles sont obtenues de la part de tiers, le Nejvyšší správní soud a précisé que l'accès aux informations ne peut pas être refusé si le tiers concerné est lui-même tenu de fournir les informations au sens de l'article 2 de la LLI (organes de l'État, collectivités territoriales, établissement public, etc.)⁸.

2. INTERPRÉTATION ET APPLICATION DES RÈGLES EN LA MATIÈRE

8. En ce qui concerne l'interprétation des dispositions concernées, il convient de relever que la jurisprudence susvisée a établi le principe selon lequel la limitation du droit d'accès aux informations doit être **interprétée de façon restrictive**. À cet égard, l'application des dispositions de la LLI prévoyant des motifs de refus d'accès aux informations ne saurait contrevenir à l'article 17, paragraphe 4, de la Charte des droits et des libertés fondamentaux de la République tchèque (Listina základních práv a svobod, ci-après la "Charte")⁹, conformément auquel le droit d'accès aux informations peut être limité uniquement lorsque cela est

⁵ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud du 26 novembre 2013, n° 2 As 66/2013-25.

⁶ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud du 13 novembre 2014, n° 4 As 203/2014-28.

⁷ Voir les motifs du refus d'accès aux informations prévus aux articles 7 à 11 de la LLI.

⁸ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud du 26 novembre 2013, n° 2 As 66/2013-25.

⁹ Listina základních práv a svobod a été adoptée par la loi constitutionnelle n° 23/1991 (ústavní zákon č. 23/1991 Sb.) et intégrée par la résolution n° 2/1993 de la Présidence du Conseil national tchèque dans l'ordre constitutionnel de la République tchèque.

indispensable aux fins de la protection des droits et libertés d'autrui, de la sécurité de l'État, de la sécurité publique, de la santé publique ou de la moralité. Par conséquent, même dans l'hypothèse où, dans un cas concret, l'un des motifs de refus d'accès de la LLI serait applicable, il est toujours nécessaire de prendre en considération l'article 17, paragraphe 4, de la Charte¹⁰.

9. Par ailleurs, il est indispensable de respecter le **principe de proportionnalité** lors de l'examen de chaque demande d'accès aux informations. En effet, selon la jurisprudence constante, avant l'application de l'un des motifs de refus, il y a toujours lieu d'examiner si un intérêt public à la divulgation des informations ne l'emporte pas sur l'intérêt protégé par l'exception légale au principe de divulgation¹¹.

3. ACCÈS AUX INFORMATIONS DANS LE TEMPS

10. En vertu de la disposition de l'article 12 de la LLI, le droit de refuser des informations n'existe que pendant la durée d'existence d'un motif de refus prévu par la loi. À cet égard, dans le cas d'une nouvelle demande d'accès aux informations, l'autorité est obligée d'examiner s'il n'y a pas eu de modifications des conditions et, partant, si le motif permettant de refuser la communication des informations existe toujours. En d'autres termes, une décision négative ne constitue pas un obstacle à ce que de nouvelles demandes soient éventuellement examinées¹².

4. PRATIQUE DÉCISIONNELLE DE LA BNT

11. Ainsi qu'il découle de la LLI¹³, **les informations communiquées aux demandeurs doivent être publiées** sur le site officiel de la BNT¹⁴. Dans le cadre de son activité de surveillance, la BNT fournit, notamment, des informations relatives aux procédures devant elle et aux décisions rendues. Les décisions refusant l'accès aux informations ne sont pas publiées.

B. ACCÈS AU DOSSIER ADMINISTRATIF

12. Il convient de mentionner le régime particulier concernant l'accès au dossier lors d'une procédure administrative, prévu par l'article 38 du code de procédure administrative (ci-après le "CPA") applicable en la matière. En principe, les parties à une procédure administrative (et leurs représentants) disposent d'un droit d'accès au dossier. **Les tiers** peuvent consulter ce dossier à condition qu'ils

¹⁰ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud, du 2 juillet, 2008, n°1 As 44/2008-116.

¹¹ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud, du 13 août 2014, n° 1 As 78/2014-41.

¹² Voir Furek, A., Rothanzl, L., Jirovec, T.: *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář.*, Praha, 2016, p. 629.

¹³ Article 5, paragraphe 3, de la LLI.

¹⁴ Disponible sous le lien suivant: https://www.cnb.cz/cs/o_cnb/106/106_poskytnute/.

démontrent un intérêt juridique ou l'existence d'une autre raison sérieuse, et que cela ne porte pas atteinte aux droits des parties à la procédure (ou d'autres personnes concernées) ou à l'intérêt public.

13. Le droit d'accès au dossier est limité par l'article 38, paragraphe 6, du CPA. Plus précisément, il ressort de cet article que ***sont exclues de l'accès au dossier les pièces contenant des informations classifiées ou soumises à une obligation de confidentialité prévue par la loi. Les pièces destinées à servir en tant que preuve ne sont pas concernées par cette exception. Cette limite relative aux pièces n'est applicable que vis-à-vis des parties à la procédure et que sous certaines conditions***¹⁵.
14. L'application de l'article 26, paragraphe 1, de la LSMC (portant sur l'obligation de confidentialité en matière de surveillance des marchés de capitaux) dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès au dossier au sens du CPA, a été traitée par le Nejvyšší správní soud dans l'arrêt du 27/01/2012, n° 2 Afs 5/2011-110.
15. En l'espèce, un actionnaire d'une société anonyme avait demandé, sans avoir la qualité de partie, l'accès aux dossiers gérés par la BNT dans les procédures de surveillance relatives à ladite société (émetteur). Dans le cadre des procédures en cause, la BNT avait accordé des dérogations à l'obligation de publier les changements importants relatifs à sa situation économique ou financière.
16. Le Nejvyšší správní soud a précisé que, sous réserve des seules exceptions limitativement énumérées dans la LSMC, la disposition de l'article 26, paragraphe 1, établit une obligation de confidentialité absolue pour toutes les informations obtenues par les personnes compétentes dans le cadre de l'activité de surveillance. Néanmoins, lorsque cette définition de l'obligation de confidentialité doit être appliquée dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès au dossier administratif, il est nécessaire de l'interpréter de façon restrictive dans l'esprit de la disposition générale de l'article 15, paragraphe 3, du CPA, selon laquelle *les personnes compétentes sont tenues d'observer la discrétion sur les faits et informations qui viendraient à leur connaissance dans le cadre de la procédure administrative et qui devraient être tenus confidentiels afin d'assurer une bonne administration, ou la protection de l'intérêt des tiers*. En effet, en cas d'application stricte lors de la procédure administrative de l'obligation de confidentialité prévue à l'article 26, paragraphe 1, de la LSMC, l'exercice du droit d'accès au dossier prévu par le CPA serait *de facto* exclu. Par conséquent, les autorités compétentes doivent apprécier si toutes les informations figurant dans les dossiers en cause doivent rester confidentielles dans l'intérêt de l'administration ou de tiers, tel que prévu par l'article 15, paragraphe 3, du CPA.
17. En ce qui concerne l'articulation entre le droit d'accès au dossier selon le CPA et le droit d'accès aux informations selon la LLI, le Nejvyšší správní soud a constaté

¹⁵ En substance, les parties à la procédure doivent être informées sur les conséquences de la violation de l'obligation de confidentialité.

que les deux réglementations diffèrent quant à leur champ d'application personnel, ainsi qu'à l'égard de la portée de l'accès. En effet, le cercle des personnes visées par l'article 38, paragraphe 6, du CPA, est assez restreint mais ces personnes disposent d'un accès, en principe, illimité (notamment les parties). En revanche, la LLI ne limite aucunement le cercle des personnes concernées mais énumère plusieurs motifs justifiant le refus d'accès aux informations. Bien qu'un demandeur ne soit pas une personne autorisée selon le CPA, il ne saurait être exclu qu'il puisse demander un accès aux informations en vertu de la LLI, y compris aux pièces du dossier¹⁶. Toutefois, lorsque l'on suit la procédure prévue au CPA, la LLI ne s'applique pas¹⁷.

III. PORTÉE DE L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

18. En matière de surveillance des marchés de capitaux, il convient de rappeler que, l'obligation de confidentialité est définie à l'article **26, paragraphe 1, de la LSMC**, en ce sens que *le personnel de la BNT chargé de la surveillance de marchés de capitaux, les personnes dont les services sont utilisés par la BNT et les membres des organes consultatifs pour les marchés de capitaux, sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne divulguer aucune des informations qui viendraient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ou dans le cadre de leurs activités.*
19. La même disposition prévoit que les personnes sur lesquelles pèse l'obligation de confidentialité ne peuvent utiliser lesdites informations que dans la mesure nécessaire pour l'exercice de leurs fonctions dans ce domaine ou dans le cadre de procédures judiciaires concernant la surveillance des marchés de capitaux. L'utilisation à d'autres fins est subordonnée au consentement de la personne qui a fourni les informations concernées.
20. La portée de l'obligation de confidentialité est définie de manière négative. En effet, l'article 26 de la LSMC énumère exhaustivement les cas de divulgation qui ne constituent pas une violation de cette obligation¹⁸. Les personnes concernées peuvent être libérées de l'obligation de confidentialité par la BNT afin de protéger l'intérêt public ou les intérêts de la BNT, ainsi que dans les cas prévus par d'autres lois.
21. Il importe de souligner que la LSMC ne définit pas davantage le terme d'"obligation de confidentialité" et ne précise pas non plus les catégories

¹⁶ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud, du 28 mars 2008, n° NSS 3 As 13/2007.

¹⁷ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud, du 13 août 2008, n°2 As 38/2007.

¹⁸ Il s'agit notamment d'une divulgation des informations: sous une forme résumée ou agrégée empêchant l'identification de la personne concernée; aux autorités compétentes en la matière dans un autre État membre; aux personnes compétentes (praticien de l'insolvabilité ou liquidateur) dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation d'une entité soumise à la surveillance; etc.

d'informations qui en relèvent. La portée de ladite obligation a néanmoins été traitée par le Nejvyšší správní soud dans l'arrêt n° 2Afs 5/2011-110, précité. Selon ce dernier, l'article 26, paragraphe 1, de la LSMC, prévoit **une obligation de confidentialité absolue, à savoir pour l'ensemble des informations transmises aux personnes compétentes** dans le cadre de l'activité de surveillance. Cependant, étant donné que ledit article ne constitue pas une disposition procédurale autonome (*lex specialis*), il est nécessaire de respecter, lors de son application, les principes établis par la réglementation applicable subsidiairement (*lex generalis*), à savoir, dans le cas d'espèce, le CPA. À cet égard, selon le Nejvyšší správní soud, la BNT doit toujours apprécier si toutes les informations figurant au dossier doivent rester confidentielles dans l'intérêt de l'administration ou d'autres personnes, tel que prévu par l'article 15, paragraphe 3, du CPA (voir les paragraphes 16 et 17 ci-dessus).

22. Dans ce contexte, il convient de relever que les informations demandées peuvent être **protégées indépendamment de l'obligation de confidentialité** qui pèse sur l'autorité de surveillance¹⁹. Il s'agit des informations classifiées, des données à caractère personnel, du secret d'affaires, etc., auxquels l'accès peut être refusé eu égard aux dispositions spéciales qui régissent leur protection en tant que motifs de refus d'accès, notamment, dans la LLI²⁰. La jurisprudence a précisé que le secret d'affaires ne relève pas du champ d'application de l'obligation de confidentialité. En effet, l'obligation de confidentialité revêt un caractère de droit public et, dès lors, la protection du secret d'affaires en est, par définition, exclue²¹. S'agissant de la notion de secret d'affaires, celle-ci est définie à l'article 504 de la loi n° 89/2012 Rec., du code civil, comme englobant les faits relatifs à l'entreprise qui, en revêtant une importance concurrentielle, sont identifiables, évaluables, et pas aisément accessibles dans les milieux commerciaux intéressés, et dont la confidentialité est adéquatement assurée par le détenteur du secret d'affaires dans son propre intérêt. Selon la jurisprudence, relèvent du secret d'affaires, notamment, les répertoires des clients et des fournisseurs, les procédés techniques, les informations concernant une organisation de travaux, le calcul des coûts et des bénéfices, les informations relatives à la gestion et au recouvrement des créances.

IV. CONCLUSION

23. L'obligation de confidentialité, telle que prévue par l'article 26, paragraphe 1, de la LSMC (transposant l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39/CE), s'étend à l'ensemble des informations transmises aux personnes compétentes dans le cadre de l'activité de surveillance. Néanmoins, la jurisprudence ne lui a pas

¹⁹ Voir Furek, A., Rothanzl, L., Jirovec, T.: *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář.*, Praha, 2016, p. 530.

²⁰ Idem.

²¹ Voir l'arrêt du Nejvyšší správní soud, du 30/05/2014, n° 5 Afs 48/2013-272.

reconnu un "caractère absolu" dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès au dossier administratif géré par la BNT. Il convient de rappeler que, selon le Nejvyšší správní soud, les personnes compétentes doivent, dans chaque cas, apprécier si toutes les informations figurant au dossier doivent rester confidentielles dans l'intérêt de l'administration ou d'autres personnes, tel que prévu par l'article 15, paragraphe 3, du CPA (voir les points 16 et 17 ci-dessus).

24. En ce qui concerne les demandes d'accès aux informations introduites selon la LLI, l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'autorité de surveillance constitue un motif de refus d'accès aux informations. Cependant, il y a lieu de rappeler que, conformément à la jurisprudence, même dans l'hypothèse où il serait possible d'appliquer, dans un cas concret, l'un des motifs de refus au sens de la LLI, il est toujours nécessaire de l'apprécier au regard du principe établi par l'article 17, paragraphe 4 de la Charte des droits et des libertés fondamentaux de la République tchèque. Selon cette disposition, le droit d'accès aux informations peut être limité uniquement lorsque cela est indispensable aux fins de la protection des droits et libertés d'autrui, de la sécurité de l'État, de la sécurité publique, la de santé publique ou de la moralité. Par ailleurs, il est indispensable de respecter le principe d'interprétation restrictive des motifs justifiant le refus d'accès ainsi que le principe de proportionnalité lors de l'examen de chaque demande.

[...]