



Commission d'accès aux et de
réutilisation des documents
administratifs

Section publicité de l'administration

12 juillet 2018

AVIS n° 2018-88

CONCERNANT L'ACCÈS À TOUS LES DOSSIERS
ADMINISTRATIFS CONCERNANT LES TITRES
« MCS »

(CADA/2018/85)

1. Un aperçu

1.1. Par lettre du 4 mai 2018, Maîtres Fabrice Mourlon Beernaert et Pia Sobrana Gennari Curlo demandent à la Banque Nationale de Belgique, au nom de leurs clients QVT Fund, Quintessence Fund LP et MCS Holdings Limited, « de consulter, et le cas échéant recevoir copie de tous dossiers administratifs concernant les titres « MCS » [ayant fait l'objet d'un prospectus du 27 décembre 2007 établi par Fortis N.V., inscrite sous le numéro 30072145 au Registre du Commerce d'Utrecht, Fortis SA/NV, inscrite sous le numéro 0451.406.524 à la Banque-Carrefour des Entreprises, Fortis Bank Nederland N.V., inscrite sous le numéro 30080248 au Registre du Commerce d'Utrecht, et Fortis Bank SA/NV, inscrite sous le numéro 0403.199.702 à la Banque-Carrefour des Entreprises], ou impliquant ceux-ci et en particulier :

a. leur émission (d'abord sous forme de « Conditional Capital Exchangeable Notes » (« CCEN »))

b. leur qualification au titre de TIER 1

c. leur conversion en actions ageas

et notamment :

d. l'accord quadripartite du mois de juillet 2007 signé entre Fortis N.V., Fortis SA/NV, Fortis Bank SA/NV et Fortis Bank Nederland (Holding) N.V., qui définit les droits et obligations respectifs des émetteurs dans le cadre de l'émission des emprunts obligatoires « MCS », ainsi que l'ensemble du dossier y relatif ;

e. la transaction conclue le 28 juin 2012 entre ageas SA/NV et ageas N.V., et ABN Amro Group N.V. et ABN Amro Bank N.V., et NL Financial Investments (pour le compte de l'Etat néerlandais) concernant le règlement des procédures judiciaires relatives à ABN Amro Capital Finance Limited (anciennement Fortis Capital Company Ltd) et aux « MCS » ainsi que l'ensemble du dossier y relatif ».

Elle demande d'accès au sens de l'article 5 de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration', ou de toute autre disposition applicable.

1.2. Par lettre du 12 juin 2018, le Comité de direction de la Banque Nationale de Belgique refuse l'accès aux documents administratifs demandés pour les raisons suivantes : « Les documents datent d'une période déjà ancienne lors de laquelle la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après, la CBFA) agissait en qualité, à la fois,

d' « autorité de contrôle prudentiel » et d' « autorité de surveillance des marchés financiers ».

Suite à la réforme dite « Twin peaks » [voyez l'arrêté royal du 3 mars 2011 'mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier'], les compétences de « contrôle prudentiel » ont été transférées la Banque nationale de Belgique (ci-après, la BNB) et les compétences de « surveillance des marchés » sont demeurées auprès de la CBFA, aujourd'hui dénommée l'Autorité des services et des marchés financiers (ci-après, la FSMA).

S'agissant des documents analysés par la CBFA, sous l'angle de ses compétences d' « autorité de contrôle prudentiel », il revient aujourd'hui à la BNB d'évaluer dans quelle mesure elle peut donner suite à la demande, conformément aux dispositions applicables de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Nos recherches diligentement effectuées ont permis d'identifier certains documents en lien avec la décision de la CBFA du 10 juillet 2007 de qualifier les MCS au titre de TIER 1.

Il a été analysé dans quelle mesure les dispositions de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration permettaient à la BNB de vous donner accès à ces documents.

À cet égard et dans la mesure où la BNB est assujettie au secret professionnel en application de l'article 35 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique', le Comité de direction de la BNB a, lors de sa réunion de ce 12 juin, décidé de refuser l'accès aux documents demandés en application de l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 précitée. En effet, les documents demandés contiennent des informations confidentielles dont la BNB dispose en raison de l'exercice de ses missions et sont dès lors couverts par le secret professionnel auquel la BNB est assujettie.

En ce qui concerne les documents repris sous les points a, c et e de votre demande, veuillez noter qu'ils ne sont pas en la possession de la BNB. On note que dans la mesure où le contenu de certains de ces documents est susceptible de ressortir des compétences de « marchés » de la CBFA, certains d'entre eux pourraient être en possession de la FSMA ».

1.3. Par lettre du 8 juin 2018 donnant suite à une lettre des demandeurs du 4 mai 2018, la FSMA les informe qu'elle ne dispose pas de l'information sur l'opération concernée parce que « cette opération n'a [...] pas fait l'objet d'un prospectus soumis à l'approbation de la CBFA ».

1.4. Par lettre et fax du 4 juillet 2018, les demandeurs introduisent une demande en reconsidération auprès de la Banque Nationale de Belgique. Dans cette demande, ils sollicitent « une copie du procès-verbal de la réunion du Comité de direction de la BNB du 12 juin 2018 qui aurait décidé de refuser l'accès aux documents demandés, ainsi que tout document annexe ou autre document soumis aux membres concernant ce point de l'ordre du jour ». Au même moment, ils sollicitent la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration, ci-après dénommée la Commission, afin d'obtenir un avis.

2. La recevabilité de la demande d'avis

La Commission estime que la demande d'avis est recevable dans la seule mesure où l'avis touche aux documents qui ont été demandés le 4 mai 2018. L'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration' (ci-après : la loi du 11 avril 1994) requiert que la demande de reconsidération auprès de la Banque Nationale de Belgique et la demande d'avis auprès de la Commission soient introduites simultanément. Le demandeur a satisfait à cette obligation de simultanéité. Pour le surplus, la demande d'avis n'est pas recevable en ce qui concerne l'accès aux documents qui ont été demandés pour la première fois dans la demande de reconsidération du 4 juillet 2018.

3. Le fondement de la demande d'avis

L'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 consacrent le principe du droit d'accès à tous les documents administratifs. L'accès aux documents administratifs ne peut être refusé que lorsque l'intérêt requis pour l'accès à des documents à caractère personnel fait défaut et lorsqu'un ou plusieurs motifs d'exception figurant à l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 peuvent ou doivent être invoqués et qu'ils peuvent être motivés de manière concrète et pertinente. Seuls les motifs d'exception imposés par la loi peuvent être invoqués et doivent par ailleurs être

interprétés de manière restrictive (Cour d'Arbitrage, arrêt n° 17/97 du 25 mars 1997, considérants B.2.1 et 2.2 et Cour d'Arbitrage, arrêt n° 150/2004 du 15 septembre 2004, considérant B.3.2).

La Commission souhaite souligner que le droit d'accès aux documents administratifs peut seulement être invoqué pour autant que l'accès touche à des documents administratifs existants. Il ressort de la réponse de la Banque Nationale de Belgique qu'elle ne dispose pas de l'information mentionnée sous les points a, c et e, et qu'elle a mentionné la référence nécessaire à une autre autorité administrative qui, selon ses informations, pourrait disposer des documents concernés, ce qui ne semble pas être le cas. En ce qui concerne cet aspect, la demande d'avis n'est pas fondée.

En ce qui concerne les documents dont, en principe, la Banque Nationale de Belgique dispose, à savoir les documents mentionnés sous les points b et d, la Commission doit constater que la Banque Nationale de Belgique ne garantit pas qu'elle a retrouvé tous les documents qui correspondent aux documents demandés sous b et d. Elle indique en effet ce qui suit : « Nos recherches diligentement effectuées ont permis d'identifier certains documents en lien avec la décision de la CBFA du 10 juillet 2007 de qualifier les MCS au titre de TIER 1 ». Toutefois, afin d'être suffisamment claire, la Banque Nationale de Belgique doit indiquer clairement quels sont les documents qu'elle a identifiés comme correspondant aux documents demandés sous b et d.

Ensuite, la Commission constate que la Banque Nationale de Belgique invoque l'article 35 de la loi du 22 février 1998 'fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique', lu en combinaison avec l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994, afin de refuser la publicité. L'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 dispose qu'une autorité administrative rejette la demande d'accès à un document administratif si la publication du document administratif porte atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi. Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la pratique d'avis de la Commission qu'il ne suffit pas d'invoquer ce motif d'exception, sans plus. L'exception visée constitue en effet une exception à un droit fondamental qui doit être interprétée de manière restrictive. En tout cas, il y a lieu de motiver *in concreto* la raison pour laquelle les informations concernées tombent

sous l'obligation de secret. Il faut en outre tenir compte de l'objectif que visait le législateur en instaurant une disposition relative à l'obligation de secret. Contrairement à ce que la Banque Nationale de Belgique semble affirmer, des dispositions relatives à l'obligation de secret ne peuvent pas toutes être interprétées de la même manière, car il y a lieu de tenir compte de la spécificité de leur formulation et de leur objectif.

La Commission doit également attirer l'attention sur le fait qu'une disposition légale relative à l'obligation de secret applicable dans le chef de personnes individuelles ne signifie pas nécessairement que celle-ci peut également être invoquée par une institution en tant que telle.

L'actuel article 35 de la loi du 22 février 1998 susmentionnée s'énonce comme suit :

« Hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice en matière pénale, la Banque et les membres et anciens membres de ses organes et de son personnel sont tenus au secret professionnel et ne peuvent divulguer à quelque personne ou autorité que ce soit les informations confidentielles dont ils ont eu connaissance en raison de leurs fonctions.

La Banque, les membres de ses organes et de son personnel sont exonérés de l'obligation prévue à l'article 29 du Code d'instruction criminelle.

Les infractions au présent article sont punies des peines prévues par l'article 458 du Code pénal. Les dispositions du livre 1^{er} du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, sont applicables aux infractions au présent article.

Le présent article ne fait pas obstacle au respect par la Banque, les membres de ses organes et de son personnel de dispositions légales spécifiques en matière de secret professionnel, plus restrictives ou non, notamment lorsque la Banque est chargée de la collecte d'informations statistiques ou du contrôle prudentiel.

§ 2. Nonobstant le paragraphe 1^{er}, la Banque peut communiquer des informations confidentielles :

1° dans les cas où la communication de telles informations est prévue ou autorisée par ou en vertu de la loi ;

2° pour dénoncer des infractions pénales aux autorités judiciaires ;

3° dans le cadre de recours administratifs ou juridictionnels contre les actes ou décisions de la Banque ou dans le cadre de toute autre instance à laquelle la Banque est partie ;

4° sous une forme sommaire ou agrégée de façon à ce que des personnes physiques ou morales individuelles ne puissent pas être identifiées.

La Banque peut rendre publique la décision de dénoncer des infractions pénales aux autorités judiciaires.

§ 3. Dans les limites du droit de l'Union européenne et des éventuelles restrictions expressément prévues par ou en vertu d'une loi, la Banque peut faire usage des informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre de ses missions légales, pour l'accomplissement de ses missions visées aux articles 12, § 1^{er}, 12^{ter}, 36/2, 36/3 et de ses missions au sein du SEBC ».

Il s'agit de la disposition actuellement en vigueur, telle que modifiée par l'article 194 de l'arrêté royal du 3 mars 2011 'mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier' (*M.B.* du 9 mars 2011), confirmé par l'article 298 de la loi du 3 août 2012 'relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances' (*M.B.* du 19 octobre 2012), d'une part, et par l'article 696 de la loi du 13 mars 2016 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance' (*M.B.* du 23 mars 2016), d'autre part. Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 3 mars 2011 indique, en ce qui concerne l'article 194, qu'il adapte les dispositions relatives au secret professionnel applicables à la Banque à la nouvelle situation créée par le transfert des compétences de tutelle. Aucune explication n'y est donnée quant à l'ampleur et à la portée du secret professionnel dans l'exposé des motifs du projet de loi qui est venu la loi du 13 mars 2016. Ce n'était pas non plus le cas de l'article 35 dans sa formulation initiale.

La Commission constate que le secret professionnel dont question dans cette disposition porte tant sur les personnes mentionnées à l'article 35 que sur l'institution en tant que telle. Le secret professionnel ne s'applique toutefois pas à toutes les informations. Il se limite aux « informations confidentielles dont [la Banque et les membres et anciens membres de ses organes et de son personnel] ont eu connaissance en raison de leurs fonctions ». Il peut en être déduit que le législateur a voulu protéger, entre autres, les intérêts économiques confidentiels

d'acteurs tant publics que privés, et ce d'une manière plus forte qu'il ne l'a fait avec l'article 6, §1^{er}, 6° et 7° de la loi du 11 avril 1994. La modification qui a été apportée à l'article 35 de la loi du 22 février 1998 par la loi du 13 mars 2016 apporte elle aussi peu de clarifications. Dans les travaux parlementaires, il est relevé que l'objectif était

« de clarifier l'usage que [la Banque Nationale de Belgique] peut faire des informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre de ses missions légales. Cet usage est limité par les dispositions applicables du droit de l'Union et par des restrictions expressément prévues par ou en vertu de la loi.

A cet égard, on rappelle que les directives relatives au contrôle des établissements financiers prévoient un principe de finalité concernant l'usage des informations collectées en qualité d'autorité de contrôle prudentielle.

La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, de même que l'article 25 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers sont des exemples de limitations à prendre en compte.

Il convient également de tenir compte de limitations découlant du respect des principes généraux du droit tel que le principe de bonne administration qui impose de prévenir les conflits d'intérêts et d'éventuelles limitations contractuelles ». (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 54-1584/001, pp. 362-363).

La décision du Comité de direction de la Banque Nationale de Belgique n'est dès lors pas suffisamment motivée parce qu'il n'est pas concrètement indiqué que les informations figurant dans les documents administratifs demandés satisfont à la condition assujettissement au secret professionnel. Par ailleurs, le législateur a prévu des exceptions autorisant (art. 35, § 2, 1°) ou imposant (art. 35/1) à la Banque de communiquer des informations confidentielles à des tiers. Par ailleurs, le destinataire de ces informations est, à son tour, soumis à une obligation de secret en vertu de l'article 35. Le Comité de direction de la Banque Nationale de Belgique doit dès lors vérifier si la demande peut

éventuellement tomber sous l'une de ces exceptions et cet examen doit ressortir de la motivation.

Le fait que le motif d'exception figure à l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 a pour conséquence qu'aucune justification d'intérêt n'est requise et qu'il suffit qu'il soit concrètement démontré pour quelles raisons il est porté préjudice au secret professionnel. Cependant, le Comité de direction de la Banque Nationale de Belgique ne doit pas faire de mise en balance de l'intérêt général avec l'objet du secret professionnel pour l'invocation de ce motif d'exception.

La Commission souhaite ensuite attirer l'attention sur le principe de la divulgation partielle tel qu'inscrit à l'article 6, § 4, de la loi du 11 avril 1994 et qui résulte l'article 32 de la Constitution. Selon ce principe, seule peut être soustraite à la publicité l'information qui est couverte par un motif d'exception dont l'invocation est suffisamment motivée. Toute autre information contenue dans un document administratif doit être rendue publique. La Commission constate que le Comité de direction a manqué de procéder à cet examen de manière approfondie. Il ne revient pas à une autorité administrative de juger si le demandeur peut utilement utiliser les informations qui ne tombent pas sous des exceptions.

Bruxelles, le 12 juillet 2018.

F. SCHRAM
secrétaire

K. LEUS
présidente