Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 4. september 2014[1]

Sag C-140/13

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tyskland))

»Tilnærmelse af lovgivningerne — direktiv 2004/39/EF — artikel 54, stk. 1 og 2 — tavshedspligt, som påhviler myndigheder, der fører tilsyn med udbydere af finansielle tjenesteydelser — investeringsselskab, der har begået bedrageri og er under konkurs eller likvidation — indvirkning på tavshedspligten — videregivelse af oplysninger under en civil retssag, hvis det er nødvendigt for at gennemføre sagen«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af de EU-retlige bestemmelser om tavshedspligt. Anmodningen er forelagt i forbindelse med en tvist mellem skadelidte investorer[2] og Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (forbundsfinanstilsynet, herefter »BaFin«) angående sidstnævntes afgørelse af 9. oktober 2012, hvorefter aktindsigt i visse dokumenter og oplysninger om Phoenix Kapitaldienst GmbH Gesellschaft für die Durchführung und Vermittlung von Vermögensanlagen (herefter »Phoenix«) blev afslået.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — På retsforhandlingernes nuværende trin er sagsøgerne Annett Altmann, Torsten Altmann, Hans Abel, Doris Anschütz, Heinz Anschütz, Simone Arnold, Barbara Assheuer, Ingeborg Aubele og Karl-Heinz Aubele (herefter »sagsøgerne«).

2. For så vidt angår EU-retten henvises der i forelæggelseskendelsen udtrykkeligt til tre direktiver, nemlig direktiv 2004/109/EF[3], 2006/48/EF[4] og 2009/65/EF[5]. Under retsforhandlingerne for Domstolen blev det imidlertid klart, at den eneste bestemmelse, der kræver en fortolkning, er artikel 54 i direktiv 2004/39/EF[6].

3. Myndigheder, der fører tilsyn med finanssektoren, modtager i forbindelse med det hverv, de udfører i henhold til de forskellige direktiver, en række oplysninger om de virksomheder, som de fører tilsyn med. Spørgsmålet i den foreliggende sag er, hvorvidt investorerne kan meddeles aktindsigt i disse oplysninger, efter at et investeringsselskab, der har begået bedrageri, er blevet erklæret konkurs eller er trådt i tvangslikvidation. Det skal endvidere fastlægges, under hvilke betingelser »fortrolige oplysninger, der ikke vedrører tredjemand, [kan] videregives under en civil retssag, hvis det er nødvendigt for at gennemføre sagen«.

II – **Retsforskrifter**

A – *Direktiv 2004/39*

4. Artikel 54, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/39 med overskriften »Tavshedspligt« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente myndigheder, alle, der arbejder eller har arbejdet for de kompetente myndigheder, og organer, til hvilke der er uddelegeret hverv i henhold til artikel 48, stk. 2, såvel som revisorer og eksperter, der har handlet på de kompetente myndigheders vegne, undergives tavshedspligt. Ingen af de fortrolige oplysninger, de modtager i forbindelse med deres hverv, må videregives til andre personer eller myndigheder, undtagen i summarisk eller sammenfattet form, således at enkelte investeringsselskaber, markedsoperatører, regulerede markeder eller enhver anden person ikke kan identificeres, medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen eller de øvrige bestemmelser i dette direktiv.

2. Hvis et investeringsselskab, en markedsoperatør eller et reguleret marked er erklæret konkurs eller trådt i likvidation som følge af en domstolsafgørelse, kan fortrolige oplysninger, der ikke vedrører tredjemand, videregives under en civil retssag, hvis det er nødvendigt for at gennemføre sagen.«

B – *Tysk ret*

5. Relevante bestemmelser i tysk ret:

— §§ 1 og 3 om henholdsvis grundprincippet og beskyttelse af særlige offentlige hensyn i Informationsfreiheitsgesetz (lov om informationsfrihed[7], herefter »IFG«)

— § 9 om tavshedspligt i Kreditwesensgesetz (lov om bankvirksomhed[8], herefter »KWG«), og

— § 8 om tavshedspligt i Wertpapierhandelsgesetz (lov om værdipapirhandel[9], herefter »WpHG«).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.12.2004 om harmonisering af gennemsigtighedskrav i forbindelse med oplysninger om udstedere, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, og om ændring af direktiv 2001/34/EF (EUT L 390, s. 38).

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 14.6.2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EUT L 177, s. 1).

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) (EUT L 302, s. 32).

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 21.4.2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF (EUT L 145, s. 1).

7 — Lov af 5.9.2005 (BGBl. 2005 I, s. 2722).

8 — I den affattelse, der er offentliggjort den 9.9.1998 (BGBl. 1998 I, s. 2776).

9 — I den affattelse, der er offentliggjort den 9.9.1998 (BGBl. 1998 I, s. 2708).

III – **Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen**

6. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at der ved kendelse afsagt den 1. juli 2005 af Amtsgericht Frankfurt am Main (retten i første instans i Frankfurt) blev indledt en insolvensbehandling af Phoenix. Det pågældende selskab blev i den forbindelse opløst og har siden været under likvidation. Selskabets forretningskoncept bestod i investeringsbedrageri. Ca. 30 000 investorer led tab, og det samlede tab beløb sig til ca. 600 mio. EUR.

7. Landgericht Frankfurt am Main har ved dom af 11. juli 2006 i en straffesag idømt to tidligere ledende medarbejdere i dette selskab fængselsstraffe på henholdsvis syv år og fire måneder og to år og to måneder for investeringsbedrageri og mandatsvig.

8. Den 21. maj 2012 indgav sagsøgerne med henvisning til IFG's § 1[10] en anmodning til BaFin om aktindsigt i dokumenter vedrørende Phoenix angående eksempelvis revisionsberetninger, kontrakter, notater, interne udtalelser, relevant korrespondance, årsberetninger og aktivitetsrapporter udarbejdet af investorgarantiinstansen for virksomheder, der driver værdipapirhandel. Anmodningen om aktindsigt omfattede hverken drifts- eller forretningshemmeligheder angående tredjemand eller oplysninger, der var omfattet af tavshedspligten.

9. Ved BaFins afgørelse af 31. juli 2012 blev aktindsigtsanmodningen i vidt omfang imødekommet. BaFin afslog imidlertid anmodningen med hensyn til den særlige revisionsberetning af 31. marts 2002, afgivet af Ernst & Young, samt Phoenix' revisionsberetninger for forretningsårene (såvel for 1998 til 2005 som alle øvrige revisionsberetninger), interne udtalelser, rapporter, korrespondance, dokumenter, aftaler, kontrakter, notitser og skrivelser vedrørende selskabet for perioden 1992 til 2005 samt alle interne udtalelser og al korrespondance vedrørende perioden efter bekendtgørelsen af ovennævnte revisionsberetning afgivet af Ernst & Young.

10. BaFin begrundede afslaget med, at meddelelsen af aktindsigt i overensstemmelse med anmodningen ville have en negativ indvirkning på BaFins kontrol- og tilsynsopgaver som omhandlet i IFG's § 3, nr. 1, litra d). Efter BaFins opfattelse er den tavshedspligt, der følger af henholdsvis KWG's § 9 og WpHG's § 8, til hinder for, at der meddeles aktindsigt i henhold til IFG's § 3, nr. 4[11].

11. Den 21. august 2012 rejste sagsøgerne indsigelse mod denne afgørelse. Ved afgørelse af 9. oktober 2012 afviste BaFin denne indsigelse. Ud over de afvisningsgrunde, der var anført i den første afgørelse, anførte BaFin, at beskyttelsen af intellektuel ejendomsret, beskyttelsen af drifts- og forretningshemmeligheder samt af personlige oplysninger var til hinder for, at der blev meddelt aktindsigt i overensstemmelse med anmodningen.

12. Den 12. november 2012 anlagde sagsøgerne sag ved Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, den forelæggende ret, til prøvelse af BaFins afgørelse. Den forelæggende ret har ved dom af 11. december 2012 pålagt BaFin at meddele i det mindste delvis aktindsigt i de ønskede oplysninger trods den særlige tavshedspligt, der påhviler BaFin i henhold til KWG's § 9.

13. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at den forelæggende ret ved dom af 12. marts 2008 i en sag, der også vedrørte aktindsigt i BaFins oplysninger om Phoenix, fastslog, at der også består et krav på oplysninger i henhold til IFG's § 1, stk. 1, hvis det beskyttelsesformål, der er tilsigtet med KWG's § 9 og WpHG's § 8, ikke længere påbyder en hemmeligholdelse. Den forelæggende ret udtalte således, at der ikke var nogen berettiget interesse i fortsat at hemmeligholde nævnte selskabs drifts- og forretningshemmeligheder, idet den information, der blev anmodet om, vedrørte strafbare handlinger eller andre alvorlige lovovertrædelser.

10 — I henhold til denne bestemmelse har enhver i henhold til IFG over for forbundsmyndighederne ret til at få adgang til officielle oplysninger.

11 — I disse bestemmelser fastsættes tavshedspligten for myndigheder og personer, der fører tilsyn med kreditinstitutter og andre finansielle institutter eller deltager heri, samt undtagelserne til tavshedspligten.

14. Den forelæggende ret har understreget, at der i en sag som den foreliggende ikke er behov for at beskytte Phoenix' interesser, og at det derfor er muligt undtagelsesvist at fravige tavshedspligten i KWG's § 9 og WpHG's § 8.

15. Under disse omstændigheder har Verwaltungsgericht Frankfurt am Main besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1) […] [12]

2) Kan en tilsynsmyndighed som [BaFin] også påberåbe sig de tavshedsforpligtelser, der bl.a. påhviler myndigheden i henhold til EU-retten, og som er fastlagt i [KWG's] § 9 og [WpHG's] § 8, over for en person, der har anmodet myndigheden om adgang til informationer vedrørende en bestemt udbyder af finansielle tjenesteydelser i henhold til [IFG], når forretningskonceptet for det selskab, der havde tilbudt finansielle tjenesteydelser, men i mellemtiden er blevet opløst og er under likvidation, idet det er gået konkurs, var at begå investeringsbedrageri i stort omfang, forbundet med bevidst økonomisk [skade][...] for investorer, og når personer, der var ansvarlige i dette selskab, på retskraftig vis er blevet idømt flere års fængsel?«

16. Den forelæggende rets anmodning om en fremskyndet procedure i henhold til Domstolens procesreglements artikel 105, stk. 1, blev afslået ved kendelse af 28. juni 2013.

17. BaFin, den tyske, den estiske, den græske og den portugisiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

18. Efter Domstolens anmodning om uddybende oplysninger i henhold til procesreglementets artikel 101 har den forelæggende ret ved brev indleveret den 19. maj 2014 oplyst Domstolen om sin beslutning om at trække sit første spørgsmål tilbage, ligesom den afgav supplerende oplysninger om bl.a. karakteren af Phoenix' virksomhed og relevansen af direktiv 2004/39.

19. Sagsøgerne, Frank Schmitt, som kurator for Phoenix, den tyske og den græske regering samt Kommissionen deltog i retsmødet den 4. juni 2014.

IV – **Bedømmelse**

A – *Indledende bemærkninger*

20. For så vidt angår fastlæggelsen af de EU-retlige bestemmelser, der finder anvendelse i den foreliggende sag, bemærkes, at der i forelæggelseskendelsen er henvist til tre direktiver, nemlig direktiv 2004/109, 2006/48 og 2009/65. Den forelæggende ret har imidlertid inden for rammerne af retsforhandlingerne for Domstolen og som følge af de af Domstolen modtagne skriftlige indlæg og af Domstolens spørgsmål bekræftet, at artikel 54 i direktiv 2004/39 i lyset af Phoenix' aktiviteter er relevant.

21. Ifølge den forelæggende ret har Phoenix nemlig siden den 26. marts 1998 udøvet sine erhvervsmæssige aktiviteter på grundlag af en tilladelse udstedt i henhold til KWG's § 64e, stk. 2. Efter denne bestemmelse blev den tilladelse, der er omhandlet i KWG's § 32, og som Phoenix havde brug for med henblik på de administrationsbeføjelser og den porteføljepleje, som selskabet varetog, anset for at

12 — Det første spørgsmål, som den forelæggende ret trak tilbage før retsmødet, var affattet som følger: »Er det foreneligt med EU-retten, at obligatoriske tavshedsforpligtelser, som påhviler de nationale myndigheder, der fører tilsyn med finansieringsvirksomheder, og som har hjemmel i de relevante EU-retlige retsakter (direktiv 2004/109/EF, direktiv 2006/48/EF og direktiv 2009/65/EF) og er gennemført i overensstemmelse hermed i national ret, [...] ved [KWG's] § 9 og [WpHG's] § 8, kan brydes i forbindelse med anvendelse og fortolkning af en national procesretlig bestemmelse som § 99 i Verwaltungsgerichtsordnung (lov om forvaltningsretspleje)?«

være udstedt, såfremt et kreditinstitut, som lovligt udførte sine aktiviteter den 1. januar 1998 uden at have en tilladelse fra BaFin, senest den 1. april 1998 meddelte, at det udførte aktiviteter, der var undergivet kravet om en tilladelse i henhold til KWG, og tilkendegav, at det havde til hensigt at fortsætte disse aktiviteter. I den foreliggende sag var disse betingelser opfyldt. Som følge heraf var BaFins udtrykkelige tilladelse ikke nødvendig.

22. Jeg bemærker i denne forbindelse, at direktiv 2004/39 finder anvendelse på investeringsselskaber og regulerede markeder [13]. Med henblik på direktiv 2004/39 forstås ved »investeringsselskab« en juridisk person, hvis erhvervsmæssige virksomhed består i at yde én eller flere former for investeringsservice til tredjemand og/eller udføre én eller flere former for investeringsaktiviteter på erhvervsmæssigt grundlag [14]. »Investeringsservice og -aktiviteter« omfatter de i nævnte direktivs bilag I, afsnit A, anførte tjenesteydelser og aktiviteter i tilknytning til de i bilag I, afsnit C, omhandlede instrumenter [15], herunder modtagelse og formidling af ordrer vedrørende et eller flere finansielle instrumenter, handel for egen regning, porteføljepleje og investeringsrådgivning for så vidt angår værdipapirer, pengemarkedsinstrumenter og andre derivataftaler vedrørende værdipapirer, valutaer, renter eller afkast, eller andre derivater, finansielle indekser eller finansielle mål, som kan afvikles fysisk eller afregnes kontant.

23. Parterne, der har indgivet skriftlige indlæg, samt den forelæggende ret synes at være enige om, at direktiv 2004/39 finder anvendelse på Phoenix' aktiviteter som investeringsselskab. Under disse omstændigheder bør nærværende analyse koncentreres om dette direktiv, selv om der end ikke er henvist til direktivet i forelæggelsesafgørelsen [16]. Det andet præjudicielle spørgsmål skal således besvares udelukkende på grundlag af artikel 54 i direktiv 2004/39.

24. Den omstændighed, at det direktiv, der skal fortolkes, er blevet erstattet efter modtagelsen af forelæggelsesafgørelsen, giver ikke anledning til større vanskeligheder i det foreliggende tilfælde, idet Domstolen har modtaget supplerende oplysninger i forbindelse med det skriftlige indlæg og den forelæggende rets besvarelse af Domstolens spørgsmål. Eftersom besvarelsen af anmodningen om uddybende oplysninger i henhold til procesreglementets artikel 101, stk. 1, blev forkyndt for de berørte efter bestemmelsens stk. 2, har alle medlemsstaterne desuden haft mulighed for at deltage i retsmødet med henblik på at fremsætte deres bemærkninger til det samlede skriftlige materiale, som er forelagt Domstolen, ligesom de har haft mulighed for at anmode om afholdelse af et retsmøde i sagen. Under sådanne omstændigheder er der ikke grundlag for at rejse tvivl om, at den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling i henhold til kriteriet om den effektive virkning i artikel 23, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol [17].

25. Ifølge den forelæggende rets beskrivelse af Phoenix' forretningskoncept bestod dette i bedrageri af stort omfang. I lighed med Kommissionens tilkendegivelse under retsmødet er det min opfattelse, at denne omstændighed ikke kan påvirke anvendeligheden af direktiv 2004/39 i den foreliggende sag, idet Phoenix var godkendt som investeringsselskab, og BaFin førte tilsyn med selskabet som sådant.

26. Endelig bemærkes for så vidt angår fastlæggelsen af den bestemmelse, der skal fortolkes, at »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, er nævnt som en undtagelse to gange i artikel 54 i direktiv 2004/39, og nærmere bestemt i bestemmelsens stk. 1 og 3 [18].

13 — Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2004/39.

14 — Direktivets artikel 4, stk. 1, nr. 1).

15 — Samme direktivs artikel 4, stk. 2, første afsnit.

16 — Jf. i denne retning dom Fuß (C-243/09, EU:C:2010:609, præmis 39 og 40).

17 — Jf. i denne retning dom Medipac-Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337, præmis 31-36).

18 — Desuden er »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, anført som undtagelser i artikel 44, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2006/48 og i artikel 102, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2009/65.

27. Efter min opfattelse skal de to undtagelser, som i princippet fortsat finder anvendelse i modsætning til undtagelserne i stk. 2, sikre, at det er muligt at foretage en strafferetlig efterforskning og retsforfølgelse på ethvert tidspunkt, selv under investeringsselskabets udøvelse af sædvanlig virksomhed, og gør det således muligt for tilsynsmyndigheden at videregive oplysninger med henblik på sådanne procedurer. Efter min opfattelse er det desuden ikke udelukket, at tilsynsmyndigheden også i tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen, kan videregive oplysninger, der er omfattet af tavshedspligten, til offentligheden, f.eks. for at skabe ro på markedet i en situation, hvor der er rygter om, at en virksomhed, som myndigheden fører tilsyn med, er involveret i kriminelle aktiviteter.

28. Den foreliggende præjudicielle anmodning er indgivet af en forvaltningsdomstol i forbindelse med en administrativ procedure vedrørende aktindsigt i oplysninger og dokumenter, som en myndighed, der er undergivet tavshedspligt, er i besiddelse af. Det fremgår endvidere af forelæggelseskendelsen, at straffesagen var afsluttet, inden hovedsagen blev anlagt. Formålet med anmodningen om oplysninger og dokumenter er således ikke at anvende disse med henblik på straffesagen, og »Phoenix-sagen« syntes ikke længere at bestå i strafferetlig henseende.

29. Undtagelserne for så vidt angår »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen« i artikel 54, stk. 1 og 3, i direktiv 2004/39, synes således ikke at finde anvendelse i dette tilfælde. Eftersom de øvrige dele af bestemmelsen vedrørende de kompetente myndigheders udveksling og fremsendelse af oplysninger, herunder anvendelsen heraf, ikke finder anvendelse[19], bør vægten lægges på fortolkningen af artikel 54, stk. 1 og 2.

B – *Om artikel 54, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/39*

1. Tavshedspligten og muligheden for videregivelse

30. Artikel 54 i direktiv 2004/39 omhandler ifølge overskriften tavshedspligten. Artikel 54, stk. 1, fastsætter grundprincippet, mens yderligere præciseringer er angivet i stk. 2-5.

31. Artikel 54 i direktiv 2004/39 fastsætter forpligtelser i relation til tavshedspligten. Disse forpligtelser er formuleret som *præceptive* forpligtelser. Undtagelserne er derimod formuleret *fakultativt*[20]. Denne artikel fastsætter med andre ord visse tilfælde, hvor en videregivelse er tilladt, men det præciseres ikke, hvorvidt myndighederne er retligt forpligtede til at videregive oplysningerne, eller i hvilket omfang de i givet fald ville være forpligtede hertil.

32. Artikel 54 i direktiv 2004/39 beskriver kun de situationer, hvor en videregivelse er tilladt i henhold til EU-retten. En retlig forpligtelse til videregivelse kan kun følge af andre EU-retlige bestemmelser eller nationale bestemmelser, som eksempelvis IFG's § 3, eller af en processuel bestemmelse, der pålægger tilsynsmyndigheden at vidne under en civil retssag. En forpligtelse til videregivelse for tilsynsmyndigheden kan imidlertid kun fastsættes eller anvendes på grundlag af national ret, for så vidt som artikel 54 i direktiv 2004/39 tillader det.

33. Det følger heraf, at Domstolens besvarelse ikke kan afhænge af en afvejning af de grunde, der taler for og imod en videregivelse af de oplysninger og dokumenter, der er anmodet om i det foreliggende tilfælde. Denne afvejning tilkommer dels den berørte myndighed, dels den kompetente nationale ret, for så vidt som en videregivelse er mulig i henhold til artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39. Domstolen

19 — Jf. artikel 54, stk. 3-5, i direktiv 2004/39.

20 — For så vidt angår undtagelserne se stk. 1, sidste linjer (»medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen eller de øvrige bestemmelser i dette direktiv«), stk. 2, stk. 3, begyndelsen og afslutningen (»medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen« og »[d]en myndighed, der modtager oplysningerne, kan dog anvende dem til andre formål, hvis den kompetente myndighed eller anden myndighed, organ eller person, der har meddelt oplysningerne, giver sit samtykke hertil«), samt stk. 4 og 5 i nævnte artikel 54.

skal kun fastlægge de grænser, som artikel 54 i direktiv 2004/39 fastsætter for tilsynsmyndighedens videregivelse af oplysninger, eller nærmere bestemt skal Domstolen først fastlægge rækkevidden af tavshedspligten i det foreliggende tilfælde og dernæst fastlægge den ramme, inden for hvilken der kan ske undtagelse fra tavshedspligten. Jeg skal tilføje, at artikel 54, stk. 2, naturligvis skal fortolkes strengt, idet det er en undtagelsesbestemmelse.

2. Tre typer af tavshedspligt

34. I henhold til artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39 udgør *fortrolige* oplysninger, som modtages af en i henhold til direktivet kompetent myndighed i forbindelse med udførelsen af dennes hverv, selve genstanden for tavshedspligten. Direktivet indeholder ikke en nærmere definition af disse oplysninger eller af begrebet tavshedspligt i forhold til begreber som drifts- eller forretningshemmeligheden eller andre former for tavshedspligt, som har været genstand for Domstolens retspraksis [21].

35. Efter min opfattelse kan de oplysninger, som en myndighed, der fører tilsyn med markedet for finansielle instrumenter, jf. artikel 54 i direktiv 2004/39, er i besiddelse af, og som således er omfattet af »tavshedspligten«, være omfattet af forskellige former for fortrolighed.

36. For det første er der oplysninger, som henhører under den såkaldte »*bankhemmelighed*«, som omfatter forholdet mellem kreditinstituttet, investeringsselskabet eller andre finansielle virksomheder og deres kunder og kontrahenter [22]. Efter min opfattelse tager henvisningen i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 til »fortrolige oplysninger, der ikke vedrører tredjemand«, sigte på denne kategori af fortrolige oplysninger.

37. For det andet er der oplysninger, der er beskyttet af »*forretningshemmeligheden*« i de virksomheder, der føres tilsyn med. Det drejer sig om drifts- og forretningshemmeligheder, der vedrører selve det omhandlede kreditinstitut, investeringsselskab eller andre finansielle virksomheder. Det er klart, at den tillid, som de kompetente myndigheder nødvendigvis skal nyde i forhold til de virksomheder, der føres tilsyn med, forudsætter, at sådanne hemmeligheder er omfattet af en for myndighederne bindende tavshedspligt. Såfremt dette ikke var tilfældet, ville fortrolige oplysninger, der er nødvendige med henblik på tilsynet, ikke blive meddelt de kompetente myndigheder uden tøven eller modstand.

38. For det tredje er der oplysninger, som er omfattet af tilsynsmyndighedernes egen tavshedspligt, den såkaldte »*tilsynsretlige tavshedspligt*«, der påhviler den tilsynsmyndighed, der fører tilsyn med finanssektoren og de ansatte i denne sektor [23]. Denne kategori omfatter bl.a. de tilsynsmetoder, der anvendes af de kompetente myndigheder, udveksling og overførsel af oplysninger mellem forskellige kompetente myndigheder og mellem disse og de virksomheder, der føres tilsyn med, samt af enhver anden oplysning, der ikke er offentligt tilgængelig, vedrørende tilstanden på det overvågede marked og de transaktioner, der finder sted på dette marked.

39. I en situation som den, der foreligger i hovedsagen, skal tilsynsmyndigheden overholde alle tre typer af tavshedspligt. Betingelserne for at fravige disse typer af tavshedspligt er dog forskellige [24].

21 — Jf. f.eks. domme AKZO Chemie og AKZO Chemie UK mod Kommissionen (53/85, EU:C:1986:256, præmis 26-28) og Bank Austria Creditanstalt mod Kommissionen (T-198/03, EU:T:2006:136, præmis 70-74).

22 — Domme der Weduwe (C-153/00, EU:C:2002:735, præmis 15 ff.) og X og Passenheim-van Schoot (C-155/08 og C-157/08, EU:C:2009:368, præmis 50 og 58).

23 — Om tavshedspligt for de kompetente myndigheders ansatte på området for godkendelse og tilsyn med kreditinstitutter se dom Hillenius (110/84, EU:C:1985:495, præmis 27 og 32).

24 — Desuden kan oplysninger, som er i tilsynsmyndighedernes besiddelse, også indeholde personlige oplysninger. Behandlingen og overførslen af sådanne oplysninger er omfattet af andre særdirektiver såsom Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281, s. 31).

40. For det første er det i henhold til undtagelsen i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 ikke tilladt at videregive fortrolige oplysninger, der vedrører tredjemand. Jeg bemærker i øvrigt, at den anmodning, der er fremsat i hovedsagen, ikke synes at vedrøre denne form for oplysninger.

41. For det andet skal jeg for så vidt angår den kompetente myndigheds såkaldte tilsynsretlige tavshedspligt henvise til, at BaFin i det væsentlige har afslået sagsøgernes anmodning med den begrundelse, at meddelelse af aktindsigt i de pågældende dokumenter ville have en negativ indvirkning på BaFins kontrol- og tilsynsopgaver.

42. Det forekommer mig ikke desto mindre, at det andet præjudicielle spørgsmål ikke reelt omhandler den såkaldte tilsynsretlige tavshedspligt, men kun hvorvidt den kompetente tilsynsmyndigheds tavshedspligt finder anvendelse på et investeringsselskabs drifts- og forretningshemmelighed, når selskabet er erklæret konkurs eller er trådt i tvangslikvidation, og selskabets virksomhed bestod i strafbare handlinger eller andre alvorlige lovovertrædelser. Jeg vil derfor i det følgende undersøge sidstnævnte tilfælde.

3. Om beskyttelsen af forretningshemmeligheden i et selskab, der har begået bedrageri, og som er erklæret konkurs eller er trådt i tvangslikvidation

43. For så vidt angår driftshemmeligheden eller andre forretningshemmeligheder er det klart, at interessen i at beskytte disse kan blive mindre, hvilket generelt sker, når den pågældende virksomhed er ved at indstille sine aktiviteter. Beskyttelsesbehovet forbliver imidlertid intakt for så vidt angår forretningshemmeligheder, der har en økonomiske værdi, der kan realiseres som virksomhedsaktiver i forbindelse med en likvidation.

44. Phoenix' kurator har under retsmødet understreget, at selskabet på trods af likvidationen forbliver indehaver af de til selskabet hørende aktiver og rettigheder i perioden efter afslutningen af insolvensbehandlingen. Et selskab, der har begået bedrageri, og som er trådt i likvidation, kan have beskyttelsesværdige drifts- og forretningshemmeligheder såsom beregning af forretningsmuligheder, computerprogrammer eller oplysninger om markedsføringsstrukturen.

45. Det er endvidere min opfattelse, at et investeringsselskab, der er under konkurs eller trådt i likvidation, kan være i besiddelse af oplysninger, der er omfattet af drifts- eller forretningshemmeligheden, og hvis fortrolighed er sikret hos den kompetente tilsynsmyndighed ved tavshedspligten i artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39. I denne periode er tavshedspligten imidlertid mindre stærk end i de perioder, hvor de virksomheder, der føres tilsyn med, udfører deres sædvanlige aktiviteter. Opbygningen af artikel 54 viser nemlig allerede, at tavshedspligten i forhold til disse selskaber er svagere, idet undtagelsen i artikel 54, stk. 2, i modsat fald ville være indholdsløs.

46. Denne konklusion påvirkes ikke af, at det berørte selskab har begået bedrageri. Dette aspekt kan der tages hensyn til ved anvendelsen af undtagelsen i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 i forbindelse med afgørelsen af, hvorvidt oplysningerne skal videregives, men det udelukker ikke i sig selv, at tavshedspligten i artikel 54, stk. 1, finder anvendelse. I tilfælde, hvor der er tale om et investeringsselskab under konkurs eller tvangslikvidation, beskytter tavshedspligten reelt de kollektive økonomiske interesser hos debitorer og selskabsinvestorer, som i givet fald også betragtes som ofre for de overtrædelser, som den pågældende direktion eller selskabsdeltagerne har begået.

47. På grundlag af disse overvejelser foreslår jeg, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, således at en tilsynsmyndighed som BaFin kan påberåbe sig tavshedspligten i artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39 over for en person, der anmoder om aktindsigt i et investeringsselskabs oplysninger, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende. Med henblik på at give den forelæggende ret et nyttigt svar er det imidlertid herudover nødvendigt, at Domstolen præciserer fortolkningen af undtagelsen i artikel 54, stk. 2.

4. Begrebet »under en civil retssag« i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39

48. Specifikt for så vidt angår undtagelsen i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 er der tale om en præcist afgrænset undtagelse, der lyder som følger:

»Hvis et *investeringsselskab*, en markedsoperatør eller et reguleret marked er erklæret *konkurs* eller trådt i *likvidation* som følge af en domstolsafgørelse, kan fortrolige oplysninger, der ikke vedrører tredjemand, videregives *under en civil retssag*, hvis det er *nødvendigt* for at gennemføre sagen« [25].

49. For at stk. 2 finder anvendelse er det for det første en forudsætning, at den pågældende virksomhed, i det foreliggende tilfælde et investeringsselskab, er erklæret konkurs eller trådt i tvangslikvidation. I et sådant tilfælde kan den barriere, der er til hinder for videregivelsen af fortrolige oplysninger i artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39, hæves i henhold til bestemmelsens stk. 2. Som allerede anført kan oplysninger, der vedrører tredjemand, imidlertid ikke videregives i henhold til sidstnævnte bestemmelse. Endvidere skal videregivelsen ske »under en civil retssag«, og det skal være » *nødvendigt* for at gennemføre sagen«, at de pågældende oplysninger videregives.

50. Det skal understreges, at anvendelsen af denne undtagelse forudsætter, at investeringsselskabet, markedsoperatøren eller det regulerede marked er erklæret konkurs eller trådt i tvangslikvidation. Denne undtagelse finder med andre ord kun anvendelse, når tingene for alvor er gået skævt, og den pågældende virksomhed har indstillet sine sædvanlige aktiviteter. Denne omstændighed begrunder, at tavshedspligten, som er bindende for den kompetente tilsynsmyndighed, kan fraviges med henblik på, at andre legitime hensyn inddrages, herunder navnlig hensynet til, at en civil retssag forløber tilfredsstillende.

51. Anmodningen om videregivelse af fortrolige oplysninger skal indgives *under en civil retssag* [26]. Dette kriterium rejser to fortolkningsspørgsmål, der er tæt forbundne, og som parterne har drøftet i vidt omfang. Det første spørgsmål vedrører forbindelsen mellem den civile retssag og videregivelsen af fortrolige oplysninger, der er omfattet af tavshedspligten i artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39. Det andet spørgsmål vedrører forholdet mellem begreberne i den nationale procesret og betingelsen, hvorefter der skal være tale om en civil retssag.

52. For så vidt angår det første aspekt bemærkes, at EU-lovgiver har tilladt videregivelsen *under* en civil retssag og ikke *med henblik på* en sådan retssag. Efter undtagelsens ordlyd, som skal fortolkes strengt, skal der således altid være tale om en *verserende* retssag, for at artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 finder anvendelse.

53. Betingelsen, hvorefter der skal være tale om en verserende civil retssag, er naturligvis opfyldt ved selve konkurs- eller likvidationsproceduren. Ordlyden af den pågældende bestemmelse viser imidlertid efter min opfattelse, at lovgiver ikke har villet begrænse de tilfælde, hvor der kan ske videregivelse af fortrolige oplysninger til disse procedurer, men derimod har forsøgt at inddrage andre procedurer, der er forbundet med den omhandlede hovedprocedure [27].

25 — Min fremhævelse. Det bemærkes, at tilsvarende undtagelser for så vidt angår deres struktur og indhold findes i artikel 44, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2006/48 og i artikel 102, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2009/65. Artikel 25, stk. 1, i direktiv 2004/109 bygger derimod på en anden tilgang, idet bestemmelsen, der ikke indeholder en begrænsning til »under en civil retssag« og overlader det til medlemsstaterne at fastsætte eventuelle undtagelser, har følgende ordlyd: »Oplysninger, der er omfattet af tavshedspligt, må ikke videregives til nogen anden person eller myndighed, medmindre der er hjemmel herfor i en medlemsstats love eller administrative bestemmelser.«

26 — På tysk, »*in* zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren weitergegeben werden«, på engelsk, »may be divulged *in* civil or commercial proceedings«, og på finsk, »siviili- tai kauppaoikeudellise*ssa* menettely*ssä*« (min fremhævelse).

27 — Denne konklusion følger af anvendelsen af flertalsformen (o.a.: I den danske sprogversion anvendes ubestemt entalsform) og af det forhold, at der ikke er sket en begrænsning af procedurerne til konkurs og likvidation. Såfremt lovgiver havde haft til hensigt at begrænse videregivelsen til disse sidstnævnte procedurer, kunne denne have valgt en formulering, der udtrykkeligt henviste til konkurs- eller likvidationsproceduren.

54. Undtagelsen i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 kan således også anvendes i forbindelse med en civil retssag mellem det selskab, der er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og en tredjemand angående inddrivelse af selskabets fordringer, tilbagegivelse af dets ejendele eller selskabets ansvar i og uden for kontrakt. Formålet med EU-lovgivningen om finansielle markeder kræver nu engang, at tilsynsmyndighederne så vidt muligt bidrager til, at de økonomiske og retlige forhold i et investeringsselskab, der er erklæret konkurs, afklares på en ordentlig måde. Det fremgår imidlertid af dommen i sagen Paul m.fl., at dette kun er muligt inden for rammerne af de begrænsninger, der følger af beskyttelsen af almene interesser, herunder navnlig interessen i et stabilt finansvæsen, hvilket henhører under tilsynsmyndighedernes egne opgaver [28].

55. Efter min opfattelse udelukker EU-retten heller ikke, at sådanne procedurer kan finde sted mellem andre berørte, som eksempelvis mellem enkelte af det pågældende selskabs investorer eller kreditorer på den ene side og selskabets direktion, deltagere eller ansatte på den anden side, enten fordi det er til fordel for det selskab, der er erklæret konkurs eller trådt i likvidation (actio pro socio), eller fordi det er til deres egen fordel, for så vidt som sådanne sager kan antages til realitetsbehandling i henhold til national ret.

56. Den nævnte undtagelse omfatter imidlertid ikke en anmodning om aktindsigt i fortrolige oplysninger, som den kompetente tilsynsmyndighed har i sin besiddelse, med henblik på at undersøge, om der blandt disse oplysninger findes visse oplysninger, der kunne være nyttige med henblik på en senere uafhængig retssag, som ikke falder inden for rammerne af en verserende civil retssag.

57. For så vidt angår det andet aspekt er jeg i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at en videregivelse i henhold til artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 ikke som sådan er knyttet til typen af den nationale ret, men snarere til typen af procedure. Det er således ikke udelukket, at en civil retssag helt undtagelsesvist i henhold til national ret udspiller sig ved en forvaltningsdomstol. Begrebet civil retssag er derfor ikke knyttet til de procedurer, der er omhandlet i Unionens retsakter på området for det civil- og handelsretlige samarbejde.

58. En isoleret forvaltningsretlig tvist ved en forvaltningsdomstol angående aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som en tilsynsmyndighed har i sin besiddelse, og som ikke har til formål at sikre en retfærdig rettergang for en person, der er part i en verserende civil retssag, men at sikre princippet om gennemsigtighed i forbindelse med aktindsigt i administrative dokumenter samt princippet om informationsfrihed, er på ingen måde omfattet af begrebet civil retssag som omhandlet i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39.

59. Endelig skal jeg henvise til, at de oplysninger, der skal videregives, skal være *nødvendige* for at gennemføre den pågældende civile retssag. Videregivelsen skal derfor begrænses. Det tilkommer i første omgang den berørte tilsynsmyndighed selv at vurdere, om videregivelsen er nødvendig. Den ret, der skal træffe afgørelse i den civile retssag, kan imidlertid inden for rammerne af de begrænsninger, der følger af national ret, tage stilling til, hvilke oplysninger der er nødvendige med henblik på den verserende sag. Såfremt der er uenighed mellem myndigheden og den ret, som skal træffe afgørelse i den civile retssag, er det de nationale bestemmelser om kompetencefordelingen mellem de ordinære retter og forvaltningsdomstole, der er afgørende for, om de ordinære retter kan træffe en bindende afgørelse vedrørende dette spørgsmål – som et spørgsmål om anvendelsen af processuelle bevisoptagelsesregler – eller om den pågældende ret skal henvise spørgsmålet til afgørelse ved en kompetent forvaltningsdomstol.

28 — Jf. i denne retning dom Paul m.fl. (C-222/02, EU:C:2004:606, præmis 40, 44 og 47).

60. I henhold til de oplysninger, som den forelæggende ret har afgivet, er der tale om en isoleret administrativ procedure, som falder uden for de rammer, der er fastsat i artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39. Såfremt det er tilfældet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, finder undtagelsen i den nævnte bestemmelse ikke anvendelse.

V – **Forslag til afgørelse**

61. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, således:

»En kompetent tilsynsmyndighed kan påberåbe sig de tavshedsforpligtelser, der bl.a. påhviler myndighederne i henhold til EU-retten, herunder navnlig tavshedspligten i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF, over for en person, der har anmodet myndigheden om adgang til oplysninger vedrørende et bestemt investeringsselskab, som i mellemtiden som følge af insolvens er blevet opløst og er under likvidation, uanset at det pågældende selskabs forretningskoncept hovedsageligt bestod i bevidst investeringsbedrageri i stort omfang til skade for investorer, og at flere personer, der var ansvarlige i dette selskab, ved endelig dom var blevet idømt flere års fængsel.

Hvis et investeringsselskab er erklæret konkurs eller trådt i tvangslikvidation kan fortrolige oplysninger, for så vidt som de ikke vedrører tredjemand, i henhold til artikel 54, stk. 2, i direktiv 2004/39 under alle omstændigheder kun videregives under en civil retssag under forudsætning af, at det er nødvendigt for at gennemføre den verserende sag. De fortrolige oplysninger kan ikke videregives med henblik på en senere uafhængig retssag, som ikke falder inden for rammerne af en verserende civil retssag.«