



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
J. KOKOTT  
fremsat den 26. juli 2017<sup>1</sup>

**Sag C-358/16**

**UBS (Luxembourg) SA m.fl.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour administrative (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Luxembourg))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2004/39/EF – artikel 54, stk. 1 og 3 – adgang til oplysninger i en sag til prøvelse af en afgørelse truffet af den nationale finanstilsynsmyndighed – tavshedspligt – undtagelsesordning for tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen – ret til god forvaltning – ret til effektiv retsbeskyttelse«

### I. Indledning

1. Må en finanstilsynsmyndighed nægte adressaten for en bebyrdende foranstaltning indsigt i diskulperende dokumenter, som vedrører tredjemand, under henvisning til tavshedspligten i henhold til artikel 54 i direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter<sup>2,3</sup>?

2. I den foreliggende sag opstår dette spørgsmål på baggrund af en afgørelse fra den luxembourgske finanstilsynsmyndighed om at frakende DV det gode omdømme, som er nødvendigt for at indtage ledende funktioner i investeringsselskaber. Baggrunden for afgørelsen var hans rolle i forbindelse med stiftelse og administration af en virksomhed, som var involveret i Madoff-finansskandalen<sup>4</sup>.

3. Domstolen står i forbindelse med denne anmodning om præjudiciel afgørelse, som er fremsat af Luxembourgs appeldomstol i forvaltningsretlige sager (Cour administrative), over for den udfordring at forene beskyttelsen af tavshedspligten og beskyttelsen af retten til forsvar.

4. I denne forbindelse skal det for det første undersøges, om faktiske omstændigheder som de i den foreliggende sag foreliggende er omfattet af den i artikel 54 i direktiv 2004/39 omhandlede undtagelse fra tavshedspligten for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«. For det andet skal det i lyset af garantierne for en retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler diskuteres, om udformningen af tavshedspligten i direktivets artikel 54 i tilstrækkeligt omfang tager hensyn til den ret til indsigt, som tilkommer adressaten for en foranstaltning med de karakteristika, der er tale om i den foreliggende sag.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF 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 2004, L 145, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/10/EF af 11.3.2008 (EUT 2008, L 76, s. 33).

3 – Se i denne forbindelse også dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362), og den verserende sag C-15/16, Baumeister.

4 – Amerikaneren Bernard Lawrence Madoffs investeringssvindler var på verdensplan årsag til et tab på ca. 65 mia. USD. Madoff blev i 2009 idømt 150 års fængsel.

## II. Retsforskrifter

### A. EU-retlige forskrifter

5. Den EU-retlige ramme for den foreliggende sag dannes af artikel 41, 47 og 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) samt direktiv 2004/39.

6. Indledningsvis henvises til 2., 44., 63. og 71. betragtning til direktivet:

»(2) [...] Det [er] nødvendigt at fastsætte bestemmelser, der sikrer den grad af harmonisering, der er nødvendig for at give investorer en udstrakt beskyttelse og gøre det muligt for investeringsselskaber at levere tjenesteydelser i hele Fællesskabet, der er et indre marked, på grundlag af hjemlandstilsyn.

(44) Med det dobbelte formål at beskytte investorerne og sørge for, at værdipapirmarkedene fungerer efter hensigten, [...]

(63) Det er nødvendigt at skærpe bestemmelserne om udveksling af oplysninger mellem nationale kompetente myndigheder og udvide disses pligt til at yde hinanden bistand og til at samarbejde. Som følge af den øgede grænseoverskridende aktivitet bør de kompetente myndigheder udveksle de for deres hverv nødvendige oplysninger for at sikre en effektiv håndhævelse af dette direktiv, også i situationer, hvor tilsidesættelse eller mistanke om tilsidesættelse af direktivet eventuelt berører myndighederne i to eller flere medlemsstater. En streng tjenstlig tavshedspligt er nødvendig for at sikre, at udvekslingen af oplysninger fungerer gnidningsløst, og at særlige rettigheder respekteres.

(71) Skabelsen af et integreret finansielt marked, hvor investorer nyder effektiv beskyttelse, og hvor det samlede markeds effektivitet og integritet er beskyttet, er et mål, som kræver, at der indføres fælles reguleringsmæssige krav til investeringsselskaber, uanset hvor i Fællesskabet disse har fået tilladelse, og til den måde, regulerede markeder og andre handelssystemer fungerer på, således at det forhindres, at uigennemsigthed eller forstyrrelser på ét marked undergraver hele det europæiske finansielle systems effektivitet. [...]«

7. Direktivet regulerer i afsnit II meddelelse af tilladelse til samt vilkår for drift af investeringsselskaber.

8. Direktivets artikel 5, stk. 1, opstiller i denne forbindelse kravet om tilladelse:

»Den enkelte medlemsstat stiller krav om, at udøvelse af investeringsservice eller -aktiviteter som et fast erhverv eller virksomhed på et professionelt grundlag betinges af en forudgående tilladelse meddelt i henhold til dette kapitels bestemmelser. [...]«

9. I henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, litra c), kan den kompetente myndighed inddrage et investeringsselskabs tilladelse, hvis investeringsselskabet »ikke længere opfylder de betingelser, hvorpå tilladelsen blev meddelt, [...]«.

10. Direktivets artikel 9, stk. 1, første afsnit, og artikel 9, stk. 3, omhandler betingelserne for tilladelsen for så vidt angår personer, der faktisk leder investeringsselskabets forretninger.

»1. Medlemsstaterne stiller krav om, at de personer, der rent faktisk leder investeringsselskabets forretninger, har et tilstrækkeligt godt omdømme og tilstrækkelige erfaringer til at sikre en sund og forsigtig ledelse af investeringsselskabet. [...]

3. Den kompetente myndighed afslår at meddele tilladelse, hvis den ikke er overbevist om, at de personer, der faktisk leder investeringsselskabets forretninger, har et tilstrækkeligt godt omdømme og tilstrækkelige erfaringer, eller hvis der er objektive og påviselige grunde til at tro, at de foreslåede ledelsesændringer er til fare for en sund og forsigtig forvaltning af investeringsselskabet.«

11. Direktivets artikel 16, stk. 1, præciserer, at betingelserne for meddelelse af den første tilladelse, bl.a. direktivets artikel 9, stk. 3, til enhver tid skal være opfyldt.

»Medlemsstaterne stiller krav om, at et investeringsselskab, der er meddelt tilladelse på deres område, til enhver tid opfylder de i dette afsnits kapitel I omhandlede betingelser for meddelelse af den første tilladelse.«

12. Første kapitel i direktivets fjerde afsnit (»Kompetente myndigheder«) indeholder bestemmelser om udpegelse af de kompetente myndigheder, deres beføjelser og om retsmidler.

13. Direktivets artikel 50, stk. 1, bestemmer, at »de kompetente myndigheder tillægges alle de tilsyns- og undersøgelsesbeføjelser, der er nødvendige for, at de kan udøve deres funktioner«. I henhold til stk. 2, litra l), omfatter disse beføjelser bl.a. retten til at »henvise sager til strafferetlig forfølgelse«.

14. Direktivets artikel 51, stk. 1, omhandler de mulige konsekvenser af overtrædelser af de bestemmelser, der udstedes i medfør af direktivet:

»1. Uden at dette berører reglerne for inddragelse af tilladelse eller medlemsstaternes ret til at iværksætte strafferetlige sanktioner, sikrer medlemsstaterne i henhold til national lovgivning, at der kan træffes fyldestgørende administrative foranstaltninger over for de ansvarlige personer, eller at de kan pålægges administrative sanktioner, såfremt de bestemmelser, der vedtages i forbindelse med gennemførelsen af dette direktiv, ikke overholdes. Medlemsstaterne sikrer, at disse foranstaltninger er effektive, står i rimeligt forhold til overtrædelserne og har afskrækkende virkning.«

15. Direktivets artikel 54, som har overskriften »Tavshedspligt«, fastsætter i stk. 1-3 følgende:

»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.

3. De kompetente myndigheder, organer samt fysiske og juridiske personer bortset fra kompetente myndigheder, der modtager fortrolige oplysninger i henhold til dette direktiv, kan, medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen, kun anvende oplysningerne i forbindelse med udførelsen af deres opgaver og udøvelsen af deres funktioner for de kompetente myndigheders vedkommende inden for dette direktivs anvendelsesområde eller for andre myndigheders, organers eller fysiske eller juridiske personers vedkommende til det formål, hvortil disse oplysninger blev givet til dem, og/eller i forbindelse med administrative eller retlige procedurer, der specielt er knyttet til udøvelsen af disse funktioner. Den 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.«

### **B. Luxembourgsk ret**

16. Artikel 11 i lov af 8. juni 1979<sup>5</sup> regulerer retten til aktindsigt i administrative sager, artikel 13 undtagelser.

17. Artikel 19 i lov af 5. april 1993<sup>6</sup>, som blev ajourført i forbindelse med gennemførelsen af direktiv 2004/39, indeholder ligesom direktivets artikel 9 kravet om et godt omdømme.

18. Artikel 32 i lov af 13. juli 2007<sup>7</sup> regulerer som gennemførelse af artikel 54 i direktiv 2004/39 tavshedspligten.

### **III. Hovedsagen og retsforhandlingerne for Domstolen**

19. Investeringselskabet LUXALPHA SICAV (herefter »Luxalpha«) blev oprettet af UBS (Luxembourg) S.A.<sup>8</sup> (herefter »UBS«) med bistand af hr. DV, som blev medlem af Luxalphas ledelse. Luxalpha var involveret i Madoff-finansskandalen og blev likvideret i 2009.

20. Ved afgørelse af 4. januar 2010 fastslog Luxembourgs finanstilsyn (Commission de Surveillance du Secteur Financier, herefter »CSSF«), at der på grund af hans rolle i forbindelse med oprettelsen og administrationen af Luxalpha ikke længere kunne have tillid til DV, og at han derfor ikke længere var egnet til i en enhed under CSSF's tilsyn at udøve et hverv som medlem af ledelsen eller ethvert andet hverv, som var underlagt krav om meddelelse af godkendelse. Han skulle derfor fratræde sådanne poster.

21. DV anlagde sag til prøvelse af CSSF's afgørelse ved Tribunal administratif (forvaltningsdomstolen). I forbindelse med dette søgsmål anmodede DV CSSF om at videregive forskellige dokumenter, som CSSF havde modtaget i forbindelse med tilsynet med UBS og Luxalpha.

22. CSSF afslog dette med henvisning til tavshedspligten og den omstændighed, at myndigheden for så vidt angik afgørelsen af 4. januar 2010 på intet tidspunkt havde påberåbt sig de dokumenter, som nu blev forlangt videregivet. Myndigheden havde videresendt alle dokumenter vedrørende hans administrative sag til DV.

23. DV anlagde accessorisk søgsmål ved forvaltningsdomstolen til prøvelse af dette afslag fra CSSF med påstand om udlevering af dokumenterne. Han er af den opfattelse, at de omtvistede dokumenter er nødvendige for hans forsvar. De indeholder oplysninger om den virkelige rollefordeling blandt de involverede personer ved oprettelsen af Luxalpha. Forvaltningsdomstolen imødekom kun i meget begrænset omfang anmodningen om oplysninger.

24. Cour administrative (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager) traf afgørelse vedrørende den iværksatte appel den 16. december 2014. Cour administrative tilpligtede CSSF inden for rammerne af hovedsagen at udlevere talrige dokumenter. UBS og tidligere medlemmer af selskabet Luxalphas bestyrelse, Alain Hondequin m.fl. rejste tredjemandsindsigelse mod dommen ved Cour administrative. De indsigende er af den opfattelse, at udlevering af dokumenterne til DV er i strid med den tavshedspligt, som er fastsat i artikel 54 i direktiv 2004/39.

5 – Mémorial A n° 54 af 6.7.1979.

6 – Mémorial A n° 27 af 10.4.1993.

7 – Mémorial A n° 116 af 16.7.2007.

8 – Selskabets efterfølger siden den 1.12.2016 er UBS Europe SE.

25. På denne baggrund har Cour administrative i henhold til artikel 267 TEUF forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

- »1) Dækker den undtagelse, der gælder for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, som findes såvel sidst i artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39/EF som først i dette direktivs artikel 54, stk. 3, navnlig på baggrund af chartrets artikel 41, som fastslår princippet om god forvaltning, en situation, som i henhold til national lovgivning er omfattet af en administrativ sanktion, men som med henblik på den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (»EMRK«) anses for at henhøre under straffelovgivningen, såsom den i hovedsagen omhandlede sanktion, som er pålagt af den nationale regulerende myndighed – den nationale tilsynsmyndighed – og som består i at pålægge et medlem af det nationale advokatsamfund at ophøre med at udøve et hverv som medlem af ledelsen eller noget andet hverv, som er underlagt et krav om godkendelse, i en enhed, som er underlagt den pågældende myndigheds tilsyn, og pålægge den pågældende at træde tilbage fra alle sådanne hverv snarest muligt?
- 2) For så vidt som den førnævnte administrative sanktion, der betragtes som sådan i national ret, henhører under en administrativ procedure, i hvilket omfang er den forpligtelse til at opretholde [den tavshedspligt], som en national tilsynsmyndighed kan påberåbe sig i henhold til artikel 54 i direktiv 2004/39/EF, da betinget af kravene vedrørende retfærdig rettergang, herunder adgang til effektive retsmidler, således som de følger af chartrets artikel 47, set i forhold til de parallelle krav, som følger af EMRK's artikel 6 og 13 om retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler, samt de garantier, som er fastslået i chartrets artikel 48, navnlig med henblik på aktindsigt for den person, som er blevet pålagt den administrative sanktion, i alle sagens akter hos den myndighed, der har pålagt den administrative sanktion, og som samtidig er den nationale tilsynsmyndighed, med henblik på at forsvare de interesser og borgerlige rettigheder, som tilkommer den person, som er blevet pålagt sanktionen?«

26. I sagen for Domstolen har CSSF, UBS, Alain Hondequin m.fl. samt DV m.fl.<sup>9</sup>, som parter i hovedsagen, foruden Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Estland, Den Helleniske Republik, Den Italienske Republik, Republikken Polen og Europa-Kommissionen afgivet skriftlige indlæg. I retsmødet den 1. juni 2017 var foruden hovedsagens parter Forbundsrepublikken Tyskland og Europa-Kommissionen repræsenteret.

#### IV. Bedømmelse

27. Den foreliggende præjudicielle sag vedrører bestemmelsen om tavshedspligt i artikel 54 i direktiv 2004/39.

28. Det første præjudicielle spørgsmål omhandler fortolkningen af undtagelsesbestemmelsen i stk. 1 og 3 for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om udformningen af tavshedspligten i direktivets artikel 54 er i overensstemmelse med garantierne om en retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler for så vidt angår retten til aktindsigt for adressaten for en foranstaltning som i den foreliggende sag.

29. Indledningsvis skal det bemærkes, at der ved besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål skal tages hensyn til målsætningen for direktiv 2004/39 og den sammenhæng, hvori direktivets artikel 54 indgår.

9 – EU, mod hvem CSSF den 18.6.2010 traf en lignende afgørelse som mod DV, er ligeledes procesdeltager i hovedsagen og i sagen for Domstolen.



30. Direktiv 2004/39 har til formål at sikre den grad af harmonisering, der er nødvendig for at give investorer en udstrakt beskyttelse og gøre det muligt for investeringsselskaber at levere tjenesteydelser i hele Unionen på grundlag af hjemlandstilsyn<sup>10</sup>. I denne forbindelse har direktivets artikel 54 til opgave at sikre den hertil nødvendige gnidningsløse udveksling af oplysninger. Da denne forudsætter, at såvel de selskaber, som der føres tilsyn med, som de kompetente myndigheder kan være sikre på, at udleverede fortrolige oplysninger i princippet bevarer deres fortrolige karakter<sup>11</sup>, må tilsynsmyndighederne i henhold til direktivets artikel 54, stk. 1, principielt ikke videregive fortrolige oplysninger til andre personer eller myndigheder, undtagen i summarisk eller sammenfattet form.

#### ***A. Det første præjudicielle spørgsmål – »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«***

31. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om den i artikel 54 i direktiv 2004/39 fastsatte undtagelse fra tavshedspligten for »tilfælde, som er omfattet af straffelovgivningen«, under hensyntagen til retten til god forvaltning finder anvendelse på en foranstaltning med samme karakteristika, som CSSF's afgørelse af 4. januar 2010.

32. I direktivets artikel 54 findes udtrykket såvel i stk. 1 som i stk. 3.

33. Sidste komma i direktivets artikel 54, stk. 1, fastsætter, at forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger til tredjemand ikke gælder for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«. Direktivets artikel 54, stk. 3, omhandler den kompetente myndigheds anvendelse af de fortrolige oplysninger. Denne er »medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, kun tilladt til bestemte, nærmere angivne formål<sup>12</sup>.

#### ***1. Den selvstændige fortolkning af undtagelsesbestemmelsen***

34. Indledningsvis må det konstateres, at direktivet ikke indeholder en definition af »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, og ikke henviser til medlemsstaternes ret hvad dette angår.

35. Derfor skal dette udtryk i henhold til Domstolens faste praksis undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union<sup>13</sup>.

36. Det er ikke til hinder for dette, at direktivets artikel 54, stk. 1, første punktum, forpligter medlemsstaterne til at sikre, at tavshedspligten gælder, uden præcist at fastlægge dens indhold. En mulig beføjelse, som ikke er genstand for den foreliggende sag<sup>14</sup>, for medlemsstaterne til at udforme begrebet »tavshedspligt« finder nemlig sine grænser i EU-retten, og navnlig i de i direktivets artikel 54 endeligt fastsatte undtagelser<sup>15</sup> fra forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger.

10 – Jf. dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 26), samt 2., 31., 44. og 71. betragtning til direktiv 2004/39.

11 – Jf. dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 31, 32), og desuden dom af 11.12. 1985, Hillenius (110/84, EU:C:1985:495, præmis 27), samt 44. og 63. betragtning til direktiv 2004/39.

12 – Jeg anser det for tvivlsomt, at »anvendelse« af fortrolige oplysninger som omhandlet i artikel 54, stk. 3, også kan omfatte »videregivelse« af oplysningerne som omhandlet i direktivets artikel 54, stk. 1 (jf. dog generaladvokat Slynns forslag til afgørelse Hillenius [110/84, EU:C:1985:333, s. 3950]). Da de to stykker med identisk ordlyd fastsætter en undtagelse for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, er det i den foreliggende sag imidlertid ikke afgørende at besvare dette spørgsmål.

13 – Jf. dom af 18.10.2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis), samt endvidere dom af 9.11.2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, præmis 28).

14 – Se i denne forbindelse den verserende sag C-15/16, Baumeister, som omhandler fortolkningen af begreberne »tavshedspligt« og »fortrolige oplysninger«.

15 – Jf. dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 35).

37. Hertil kommer, at uden en ensartet fortolkning i hele Unionen af de tilfælde, hvor det undtagelsesvis er tilladt at videregive fortrolige oplysninger til tredjemand, ville den gnidningsløse udveksling af oplysninger mellem de forskellige myndigheder og investeringsselskaber være i fare, da de involverede ikke ville kunne være sikre på, at fortrolige oplysninger bevarer deres fortrolige karakter. Dette ville desuden være i strid med anden betragtning til direktiv 2004/39, hvorefter dette direktiv netop har til formål at sikre den grad af harmonisering, der er nødvendig for at give investorer en udstrakt beskyttelse og gøre det muligt for investeringsselskaber at levere tjenesteydelser i hele Unionen, på grundlag af hjemlandstilsyn.

## *2. Undtagelsesbestemmelsens rækkevidde*

38. Ved fortolkningen af udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, er der især mulighed for to alternativer. På den ene side kommer en »materiel« fortolkning i betragtning, hvorefter »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, skal forstås som faktiske omstændigheder, som har en strafbar handling eller en strafferetlig sanktion som genstand. I hovedsagen kunne dette være tilfældet, idet CSSF's afgørelse muligvis har karakter af straf. På den anden side foreslås en »procedurerelateret« fortolkning, hvorefter det ifølge denne undtagelsesbestemmelse kun skal være tilladt at videregive fortrolige oplysninger, hvis dette er nødvendigt for en efterforskning eller straffesag efter national ret.

39. Hvilken fortolkning der er den rette, skal især fastlægges under hensyntagen til den generelle sammenhæng, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som de udgør en del af<sup>16</sup>.

### *a) Sammenhængen for undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 54*

40. I den foreliggende sag taler den sammenhæng, som udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, anvendes i, imod en »materiel« fortolkning af denne formulering.

41. For det første følger det nemlig af den omhandlede formuleringens karakter af undtagelsesbestemmelse<sup>17</sup> og behovet for en »streng tjenstlig tavshedspligt«, som fremgår af 63. betragtning til direktivet, at de »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, skal fortolkes strengt. Hvis man anvender undtagelsesbestemmelsen på alle faktiske omstændigheder, som har en strafbar handling eller en strafferetlig sanktion som genstand, vil grundreglen i direktivets artikel 54, stk. 1, hvorefter det er forbudt at videregive fortrolige oplysninger til tredjemand, blive udhulet.

42. Desuden skal det bemærkes, at ordlyden af direktivets artikel 54, stk. 1, i tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen, ikke stiller yderligere krav til bruddet på tavshedspligten.

43. Dette står i stærk kontrast til undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 54, stk. 2, som vil lette videregivelse af fortrolige oplysninger, »når tingene for alvor er gået skævt, og den pågældende virksomhed har indstillet sine sædvanlige aktiviteter«<sup>18</sup>, men alligevel opstiller yderligere krav. Direktivets artikel 54, stk. 2, finder således kun anvendelse i bestemte situationer (hvis et investeringsselskab er erklæret konkurs eller trådt i likvidation som følge af en domstolsafgørelse), den begrænser videregivelsen til en bestemt kontekst (under en civil retssag) og tillader kun videregivelse af visse oplysninger (oplysninger, der ikke vedrører tredjemand, og hvis det er nødvendigt for at gennemføre sagen).

16 – Jf. dom af 18.10.2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, præmis 31), af 19.12.2013, Fish Legal und Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, præmis 42), og af 29.10.2015, Sudaçor (C-174/14, EU:C:2015:733, præmis 52).

17 – Jf. dom af 22.4.2010, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-346/08, EU:C:2010:213, præmis 39), og af 26.2.2015, Wucher Helicopter og Euro-Aviation Versicherung (C-6/14, EU:C:2015:122, præmis 24).

18 – Generaladvokat Jääskinen's forslag til afgørelse Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2168, punkt 50).

44. Ved denne sammenligning mellem direktivets artikel 54, stk. 1 og 2, bliver det klart, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, ikke kan omfatte alle faktiske omstændigheder, hvor der materielt er tale om strafbare handlinger eller strafferetlige sanktioner. En sådan forståelse ville nemlig i lyset af, at der ikke er angivet andre betingelser, uden synlig begrundelse opbløde den strenge beskyttelse af tavshedspligten, som er tilsigtet med artikel 54, og som er uundværlig for direktivets målsætning. Det ville samtidig undergrave de detaljerede begrænsninger i artikel 54, stk. 2, i sådanne tilfælde. Navnlig må det lægges til grund, at lovgiver ville have fastsat yderligere betingelser, såfremt formuleringen »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, også skulle have omfattet tilfælde, hvor det drejer sig om strafbare handlinger inden for handel med værdipapirer eller, som i den foreliggende sag, om en foranstaltnings strafferetlige karakter.

*b) Formålet med undtagelsesbestemmelsen*

45. Også formålet med udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, taler for, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, ikke kan omfatte alle faktiske omstændigheder, hvor der materielt er tale om strafbare handlinger eller strafferetlige sanktioner.

46. Direktivets artikel 51, stk. 1, præciserer, at »uden at dette berører reglerne for inddragelse af tilladelse eller medlemsstaternes ret til at iværksætte strafferetlige sanktioner, sikrer medlemsstaterne i henhold til national lovgivning, at der kan træffes fyldestgørende administrative foranstaltninger over for de ansvarlige personer, eller at de kan pålægges administrative sanktioner«, med henblik på at kunne reagere på overtrædelser af direktivet over for de ansvarlige personer.

47. Efter min opfattelse skal formuleringerne »medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, i direktivets artikel 54, stk. 1, og »medmindre der er tale om tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, i artikel 54, stk. 3, forstås som en præcisering på samme måde som bestemmelsen om, at medlemsstaternes ret til at udstede strafferetlige sanktioner ikke berøres. De præciserer, at tavshedspligten ikke er til hinder for at videregive oplysninger til de relevante myndigheder i de tilfælde, hvor der efter medlemsstaternes ret skal idømmes en strafferetlig sanktion eller indledes en sag herom. I overensstemmelse hermed regulerer artikel 50, stk. 2, litra l), i tilfælde af, at initiativet ikke udgår fra medlemsstaternes myndigheder, den kompetente myndigheds ret til at henvise sager til strafferetlig forfølgelse.

48. Hensigten med udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, er at undgå en konflikt med medlemsstaternes ret til at idømme og forfølge strafferetlige sanktioner.

49. Dette formål er også i overensstemmelse med sagen Altmann m.fl.<sup>19</sup>, som omhandlede en anmodning om oplysninger fra skadelidte investorer i et investeringsselskab, som handlede svigagtigt. Domstolen fastslog, at det pågældende tilfælde ikke var omfattet af straffelovgivningen, idet »anmodningen er blevet indgivet efter den strafferetlige domfældelse af de ansvarlige i [investeringsselskabet]«<sup>20</sup>. Hverken selskabets bedrageriske forretningskoncept eller den omstændighed, at de ansvarlige var blevet idømt en fængselsstraf, havde til følge, at sagen var omfattet af straffelovgivningen i direktivets forstand<sup>21</sup>. Generaladvokat Jääskinen anførte tilsvarende i sit forslag til afgørelse det argument, at »formålet med anmodningen om oplysninger og dokumenter er ikke at

19 – Dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362).

20 – Dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 39).

21 – Jf. dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 41).



anvende disse med henblik på straffesagen«<sup>22</sup>. Undtagelsen har imidlertid netop til formål at »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«<sup>23</sup>.

50. Endelig kan der også med hensyn til udforskningen af formålet med undtagelsesbestemmelsen for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, henvises til den omstændighed, at undtagelsen ikke fastsætter nogen yderligere betingelser. Det kan ikke være formålet med undtagelsesbestemmelsen for »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, at lægge til grund, at direktivets artikel 54, stk. 1, i tilfælde med relation til strafbare handlinger eller strafferetlige sanktioner tillader videregivelse af enhver form for fortrolige oplysninger til enhver myndighed eller person. En sådan forståelse ville nemlig modarbejde den grundlæggende målsætning for artikel 54 i direktiv 2004/39, som er at sikre en streng beskyttelse af tavshedspligten.

### *c) Yderligere betragtninger*

51. En »procedurerelateret« fortolkning af »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, er også i overensstemmelse med følgende betragtninger.

52. For det første er denne fortolkning i overensstemmelse med systematikken i direktiv 2004/39. Direktivet sonderer i artikel 51, stk. 1, klart mellem tilsyns- og forvaltningsretlige foranstaltninger, som fastsættes ved direktivet, og medlemsstaternes strafferetlige sanktioner, som ikke berøres. En materiel forståelse af undtagelsesbestemmelsen således, at det afgørende er foranstaltningens strafferetlige karakter, og at administrative foranstaltninger med strafferetlig karakter derfor også kan anses for tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen, ville være i strid med denne sondring.

53. Desuden er en »procedurerelateret« fortolkning forenelig med den omstændighed, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, finder anvendelse i en lang række forskellige finansretlige retsakter<sup>24</sup>. Dette taler for, at der snarere er tale om en formulering, som har til formål at undgå sammenstød og gøre det muligt at udveksle oplysninger med henblik på strafferetlig forfølgelse, og det dermed i mindre grad er hensigten at opnå en konkret betragtning af de enkelte foranstaltninger, som er forskellige alt efter egenart og det område, som reguleres ved direktivet.

54. Endelig bekræftes denne »procedurerelaterede« tilgang også ved artikel 76, stk. 1, i direktiv 2014/65/EU<sup>25</sup>, som udgør den nye formulering af direktiv 2004/39. Selv om direktiv 2014/65, som trådte i kraft den 2. juli 2014, først erstattede direktiv 2004/39 med virkning fra den 3. januar 2017, kan den nye formulering anvendes som indikation for fortolkningen af de tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen. Ifølge artikel 76, stk. 1, i direktiv 2014/65 gælder forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger, »medmindre der er tale om krav i national straffe- eller skattelovgivning«. Det

22 – Generaladvokat Jääskinen's forslag til afgørelse Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2168, punkt 28).

23 – Generaladvokat Jääskinen's forslag til afgørelse Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2168, punkt 27).

24 – Jf. bl.a. artikel 53, stk. 1, andet afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26.6.2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF (EUT 2013, L 176, s. 338), artikel 70, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1095/2010 af 24.11.2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/77/EF (EUT 2010, L 331, s. 84), artikel 24, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 af 25.11.2015 om betalingstjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 2002/65/EF, 2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om ophævelse af direktiv 2007/64/EF (EUT 2015, L 337, s. 35).

25 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/65/EU af 15.5.2014 om markeder for finansielle instrumenter og om ændring af direktiv 2002/92/EF og direktiv 2011/61/EU (omarbejdning) (EUT 2014, L 173, s. 349).

drejer sig altså ikke om at videregive fortrolige oplysninger til adressater for tilsynsforanstaltninger eller om disse foranstaltningers strafferetlige karakter, men snarere om at vise, at tavshedspligten ikke er til hinder for videregivelsen, når dette er nødvendigt af hensyn til den nationale straffe- eller skattelovgivning.

55. Det må således konkluderes, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, ikke undtager alle faktiske omstændigheder, hvor der er tale om en strafbar handling eller en strafferetlig sanktion, fra tavshedspligtens anvendelsesområde. I stedet skal den herved etablerede undtagelse gøre det muligt at videregive fortrolige oplysninger til de kompetente nationale myndigheder til brug for en efterforskning eller straffesag, såfremt den nationale straffe- eller strafferetsplejelovgivning kræver det. Faktiske omstændigheder som de foreliggende er derfor ikke »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«.

56. Spørgsmålet om, hvorvidt det almindelige princip om ret til god forvaltning<sup>26</sup>, som er fastsat i chartrets artikel 41, og den herved sikrede ret til aktindsigt<sup>27</sup> er i overensstemmelse med direktivets artikel 54, skal diskuteres i forbindelse med det andet spørgsmål.

### 3. Den alternative »materielle« fortolkning af »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«

57. I tilfælde af, at Domstolen ikke følger mit forslag, men fastslår, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, omfatter faktiske omstændigheder, som har strafbare handlinger eller strafferetlige sanktioner som genstand, skal det diskuteres, om en afgørelse som CSSF's afgørelse af 4. januar 2010 har strafferetlig karakter.

58. For at afgøre spørgsmålet om, hvornår en foranstaltning skal henføres under strafferetten, er det relevant at se på forståelsen af »strafbar handling« og »straf« i den pågældende medlemsstat eller at foretage en selvstændig fortolkning.

59. Det første alternativ støder imidlertid på de betænkeligheder, som allerede er nævnt i punkt 34-37.

60. En selvstændig fortolkning af begrebet »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, kan ske med støtte i Domstolens retspraksis i forbindelse med forbuddet mod dobbelt straf i chartrets artikel 50. Domstolen har med henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) »Engel-kriterier«<sup>28</sup> fastslået, at med henblik på at bedømme en foranstaltningens strafferetlige karakter er tre kriterier relevante. Det første kriterium er den retlige kvalificering af lovovertrædelsen i national ret, det andet kriterium er selve lovovertrædelsens art, og det tredje kriterium er karakteren og graden af hårdhed af den sanktion, som den pågældende risikerer at blive pålagt<sup>29</sup>.

61. Med hensyn til det første kriterium må det konstateres, at luxembourgsk ret henfører en foranstaltning som CSSF's afgørelse under forvaltningsretten.

26 – Jf. dom af 8.5.2014, N. (C-604/12, EU:C:2014:302, præmis 49) samt forklaringen til chartrets artikel 41 (Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder, EUT 2007, C 303, s. 17) og den deri nævnte retspraksis.

27 – Jf. dom af 18.7.2013, Kommissionen m.fl. mod Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P og C-595/10 P, EU:C:2013:518, præmis 99), samt desuden Rettens dom af 18.12.1992, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen (T-10/92 – T-12/92 og T-15/92, EU:T:1992:123, præmis 37-41).

28 – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.6.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, §§ 80-82).

29 – Jf. dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 35), med henvisning til dom af 5.6.2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, præmis 37) samt desuden mit forslag til afgørelse Bonda (C-489/10, EU:C:2011:845, punkt 45-50 og den deri nævnte retspraksis).

62. Med hensyn til det andet kriterium skal der tages hensyn til den kreds af adressater for den bestemmelse, som foranstaltningen er baseret på, dens målsætning og de retsgoder, som den beskytter<sup>30</sup>.

63. En afgørelse med de karakteristika, der er tale om i den foreliggende sag, truer ikke – som strafferetten typisk gør – almenheden. Den kan kun være rettet til medlemmerne af en bestemt gruppe, nemlig den snævert afgrænsede kreds af personer, som af fri vilje har besluttet at udøve ledende funktioner i investeringsselskaber, som kræver tilladelse.

64. For så vidt angår målsætningen for CSSF's afgørelse må det fastholdes, at kriteriet om godt omdømme i henhold til artikel 9, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/39 skal sikre »en sund og forsigtig ledelse af investeringsselskabet«<sup>31</sup>. Ligesom de øvrige krav, som investeringsselskaber skal opfylde for at opnå en tilladelse, er formålet med denne betingelse af beskytte investorerne og sikre et stabilt finansielt system<sup>32</sup>. For at sikre denne beskyttelse kontrolleres de ledende personers egnethed ikke kun i forbindelse med tilladelsesproceduren, men også derefter regelmæssigt af den kompetente myndighed<sup>33</sup>. CSSF's konstatering af, at der ikke længere er tillid til, at DV yder tilstrækkelig garanti for en sund og forsigtig ledelse af investeringsselskaber, har således ikke til formål at straffe ham, men at undgå risici for det finansielle system og investorerne. Også med hensyn til afgørelsens konstatering af, at DV derfor ikke er egnet til at varetage ledende funktioner i en virksomhed, som er underlagt CSSF's tilsyn, har afgørelsen ikke den repressive målsætning, som er kendetegnende for strafferetten. Tværtimod følger denne retsvirkning direkte af direktiv 2004/39, hvorefter kun personer med et godt omdømme må varetage sådanne funktioner. Opfordringen til DV om at fratræde de pågældende poster er den nødvendige konsekvens med henblik på effektivt at afværge risikoen, og den er mindre indgribende foranstaltning i forhold til at tilbagekalde investeringsselskabets tilladelse.

65. Heller ikke de retsgoder, der beskyttes i den foreliggende sag, fører til en strafferetlig klassificering af CSSF's afgørelse af 4. januar 2010. Beskyttelsen af investorerne og de finansielle markeders stabilitet sikres nemlig normalt såvel af straffelovgivningen som af forvaltningslovgivningen.

66. Hvad angår det tredje »Engel-kriterium«, nemlig karakteren og stregheden af den pålagte sanktion, tager Menneskerettighedsdomstolen udgangspunkt i den abstrakt mulige maksimumstraf for overtrædelsen<sup>34</sup>. Anvender man denne præmis på den foreliggende sag, støder man på vanskeligheder, da det ikke fremgår af den præjudicielle anmodning, at afgørelsen beror på en bestemmelse, som fastsætter en strafferamme eller sætter afgørelsen i et hierarkisk forhold til andre foranstaltninger. Tværtimod udgør afgørelsen en gennemførelse af betingelsen for en tilladelse i henhold til direktivets artikel 9, stk. 1, første afsnit. Hvad dette angår adskiller den foreliggende sag sig også fra Menneskerettighedsdomstolens domme vedrørende finanstillsynsmyndigheders sanktioner<sup>35</sup>.

67. Ser man på karakteren af den trufne afgørelse i denne sag, springer det først i øjnene, at konstateringen af, at det gode omdømme mangler, og opfordringen til at fratræde de ledende funktioner i investeringsselskaber ikke er forbundet med en bøde- eller frihedsstraf. Selv om opfordringen ikke efterkommes, trues der heller ikke med disse sanktioner, som er typiske for

30 – Jf. dom af 5.6.2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, præmis 39), og desuden Menneskerettighedsdomstolens dom af 21.2.1984, Öztürk mod Tyskland (ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479, § 53), af 24.2.1992, Bendenoun mod Frankrig (ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786, § 47), og af 10.6.1996, Benham mod Det Forenede Kongerige (ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092, § 56).

31 – Såfremt denne betingelse ikke eller ikke længere er opfyldt, kan den kompetente myndighed afslå at meddele investeringsselskabet tilladelsen (jf. direktivet artikel 7, stk. 1, og artikel 9, stk. 3) henholdsvis efterfølgende inddrage den [jf. direktivets artikel 8, første afsnit, litra c)].

32 – Jf. 17. betragtning og desuden 2., 31., 44. og 71. betragtning til direktiv 2004/39.

33 – Jf. artikel 16 og 17 i direktiv 2004/39.

34 – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 9.10.2008, Ezech and Connors mod Det Forenede Kongerige (ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598, § 120).

35 – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 11.6.2009, Dubus S.A. mod Frankrig (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), og af 4.3.2014, Grande Stevens mod Italien (ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), som også adskiller sig fra den foreliggende sag deri, at CSSF ikke er en domstol.

strafferetten. Derudover kender strafferetten imidlertid også til forbud mod at udøve et bestemt erhverv. Det betyder imidlertid ikke, at enhver afgørelse, som har negativ indvirkning på den pågældendes frie valg af erhverv, automatisk skal henføres til strafferetten. Begrænsninger af erhvervsfriheden ved personrelaterede betingelser for en tilladelse er nemlig også typiske for forvaltningsretten og navnlig retten vedrørende afværgelse af risici.

68. Ser man på hårdheden af den trufne afgørelse i den foreliggende sag, må det konstateres, at den har vidtrækkende konsekvenser for den berørte. Adressaten mangler forudsætningen for at varetage ledende funktioner i investeringsselskaber, og han skal fratræde sådanne poster. Dette kan være forbundet med finansielle tab og forringelse af adressatens offentlige omdømme.

69. Det skal dog bemærkes, at afgørelsen kun vedrører bestemte aktiviteter inden for et erhvervsområde. DV fratages ikke muligheden for at påtage sig andre funktioner i investeringsselskaber eller at virke som advokat. Hertil kommer, at de finansielle tab også måtte forventes, hvis tilsynsmyndigheden ikke havde opfordret DV til at fratræde posterne, men i stedet havde inddraget investeringsselskabets tilladelse. Dette er myndigheden i henhold til direktivets artikel 8, stk. 1, litra c), berettiget til, såfremt investeringsselskabet fortsat beskæftiger DV i strid med kravene i direktiv 2004/39. Endelig skal det også tages i betragtning, at CSSF's afgørelse ikke udelukker DV fra ledende funktioner i en væsentlig periode eller permanent. Den repræsenterer tværtimod CSSF's retsopfattelse på tidspunktet for afgørelsen. Der vil på ny blive taget stilling til DV's egnethed, når et investeringsselskab med ham i en ledende funktion ansøger om en tilladelse hos CSSF, eller et firma med tilladelse meddeler, at det har til hensigt at ansætte ham i en sådan funktion. Det skal også tages i betragtning, at CSSF's afgørelse, som repræsentanten for denne myndighed bekræftede i retsmødet, ikke er blevet offentliggjort. Afgørelsens negative indvirkning på adressatens anseelse i offentligheden er således ikke en direkte følge af afgørelsen.

70. På baggrund af disse betragtninger er der i den foreliggende sag ikke tale om et forbud mod at udøve et bestemt erhverv, som er omfattet af straffelovgivningen. Derfor medfører en anvendelse af det tredje »Engel-kriterium« heller ikke, at CSSF's afgørelse af 4. januar 2010 har strafferetlig karakter.

71. Som resultat må det første præjudicielle spørgsmål således ved en »materiel« fortolkning besvares således, at udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, ikke omfatter de foreliggende faktiske omstændigheder. Såfremt Domstolen bekræfter, at afgørelsen har strafferetlig karakter, har dette til følge, at artikel 54 i direktiv 2004/39 ikke er til hinder for videregivelse af fortrolige oplysninger. Da artikel 54 ikke gør videregivelse af oplysninger i »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, afhængig af yderligere betingelser, ville tavshedspligten i praksis blive udhulet i faktiske omstændigheder med strafferetligt islæt. Indgreb i den respektive nationale efterforskning og straffeprocedure ville i så fald også være uundgåelige. Derved bliver det igen klart, at det ved fortolkningen af »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, i artikel 54 i direktiv 2004/39 ikke kan komme an på en »materiel« forståelse, men derimod på en »procedurerelateret« tilgang.

#### *4. Foreløbigt resultat*

72. I overensstemmelse med ovenstående overvejelser bør det første præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

73. Udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, i artikel 54, stk. 1 og 3, i direktiv 2004/39 omfatter ikke faktiske omstændigheder, hvor en national tilsynsmyndighed fastslår, at en person ikke er pålidelig og derfor er uegnet til at varetage ledende funktioner i en virksomhed, som er under myndighedens tilsyn, og opfordrer personen til at fratræde sådanne poster.

**B. Det andet præjudicielle spørgsmål – retten til retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler**

74. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om udformningen af tavshedspligten i direktivets artikel 54 er i overensstemmelse med garantierne om en retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler i henhold til chartrets artikel 47 og 48 og EMRK's artikel 6 og 13 for så vidt angår retten til aktindsigt for adressaten for en foranstaltning som i den foreliggende sag.

75. Indledningsvis skal det påpeges, at EMRK ikke er et retsinstrument, som formelt er overtaget i Unionens retsorden, og at fortolkningen af direktivets artikel 54 derfor skal foretages ud fra chartrets artikel 47 og 48<sup>36</sup>.

*1. Chartrets artikel 47*

76. Chartrets artikel 47 regulerer i stk. 1 retten til adgang til effektive retsmidler for en domstol og i stk. 2 retten til en retfærdig rettergang.

77. Direktivet sikrer, at kravene til adgang til effektive retsmidler i henhold til chartrets artikel 47, stk. 1, overholdes. Direktivets artikel 52, stk. 1, foreskriver, at den kompetente myndigheds afgørelser skal være begrundede og kunne prøves ved domstolene. Garantien i chartrets artikel 47, stk. 1, opfyldes for så vidt angår de effektive retsmidler ved, at der er ret til at gå til en domstol, som er uafhængig af den myndighed, der har ansvaret for den belastende afgørelse og har kompetence til at prøve afgørelsen. Begrundelsen for CSSF's afgørelse af 4. januar 2010 og proceduren i hovedsagen viser, at disse betingelser også er opfyldt i den foreliggende sag.

78. Retten til en retfærdig rettergang, som nævnes i chartrets artikel 47, stk. 2, omfatter for det første kontradiktionsprincippet. Kontradiktionsprincippet omfatter i almindelighed retten for sagens parter til at få kendskab til og kommentere alle de aktstykker og indlæg, der indgives til retten, og at kommentere disse<sup>37</sup>. Denne ret er dog ikke berørt i tilfælde som det foreliggende. Procesdeltagerne strides nemlig ikke om oplysninger, som indgår i retssagen. Derfor er der heller ikke grund til at frygte, at retsafgørelsen bliver baseret på faktiske omstændigheder og dokumenter, som en af parterne ikke har kunnet skaffe sig kendskab til<sup>38</sup>.

79. Retten til en retfærdig rettergang i henhold til chartrets artikel 47, stk. 2, omfatter desuden beskyttelsen af retten til forsvar. Dette udtryk for det generelle EU-retlige princip modsvares for forvaltningsretlige sagers vedkommende af chartrets artikel 41 og for strafferetlige sagers vedkommende af chartrets artikel 48, stk. 2. Beskyttelsen af retten til forsvar omfatter også retten til aktindsigt.

36 – Jf. dom af 3.9.2015, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 46), og af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).

37 – Jf. dom af 14.2.2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 47), og af 4.6.2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363, præmis 55).

38 – Jf. dom af 4.6.2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363, præmis 56), og af 2.12.2009, Kommissionen mod Irland m.fl. (C-89/08 P, EU:C:2009:742, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).



80. Denne ret omfatter, som det tydeligt fremgår af chartrets artikel 41, stk. 2, litra b), akter, der »vedrører« den pågældende. Disse omfatter for det første alle belastende dokumenter, som myndigheden lægger til grund for sin afgørelse<sup>39</sup>. Derudover omfatter retten til aktindsigt også diskulperende dokumenter<sup>40</sup> samt dokumenter, som ganske vist ikke er blevet anvendt som begrundelse for afgørelsen, men som står i en objektiv sammenhæng med denne<sup>41</sup>. Spørgsmålet om, hvilket dossier oplysningerne fysisk er placeret under, er ikke afgørende i denne forbindelse.

81. De omtvistede dokumenter i den foreliggende sag giver efter DV's opfattelse oplysning om den »sande« rollefordeling ved etableringen af Luxalpha. Da CSSF også støtter sin afgørelse på adressatens rolle i forbindelse med etableringen af Luxalpha, er de ønskede oplysninger således potentielt diskulperende dokumenter.

82. CSSF modtog imidlertid disse dokumenter i forbindelse med sit tilsyn med UBS og Luxalpha. Den omstændighed, at oplysningerne vedrører tredjemand, udelukker ikke retten til aktindsigt. Der skal dog tages hensyn til denne tredjemands grundlæggende rettigheder. Retten til aktindsigt gælder nemlig ikke absolut, men står, som det tydeligt fremgår af chartrets artikel 41, stk. 2, litra b), under forbehold af iagttagelse af legitime fortrolighedshensyn samt tavshedspligt og sagernes fortrolighed.

83. Retten til aktindsigt og tavshedspligten må således vejes op imod hinanden. Når det gælder direktiv 2004/39, er artikel 54 resultatet af denne afvejningsproces, foretaget af EU-lovgiver. Det skal prøves, om der hvad dette angår er foretaget en forholdsmæssig afvejning af de modstridende interesser som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1.

84. Det bemærkes, at direktivets artikel 54 ikke giver tavshedspligten absolut forrang frem for retten til aktindsigt i den administrative procedure. Artikel 54 indeholder ganske vist det grundlæggende forbud mod at videregive fortrolige oplysninger, men tillader dog videregivelse i summarisk eller sammenfattet form<sup>42</sup>. Desuden indeholder artikel 54 flere, om end udtømmende, undtagelser fra dette forbud, herunder også de allerede diskuterede »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«.

85. Direktivgivers beslutning om at fastsætte en streng overholdelse af tavshedspligten beror på den betragtning, at dette ikke kun beskytter de direkte berørte selskaber, men også den normale funktionsmåde af Unionens markeder for finansielle instrumenter<sup>43</sup>.

86. Kvaliteten af de oplysninger, som investeringsselskaberne videregiver til tilsynsmyndighederne, og udvekslingen af oplysninger mellem myndighederne afhænger af tilliden til, at de videregivne oplysninger behandles fortroligt. Uden en streng beskyttelse af tavshedspligten er tilsynssystemet med investeringsselskaberne, som beror på udvekslingen af oplysninger, og i sidste ende den tilsigtede beskyttelse af investorerne på Unionens markeder i fare.

87. Hertil kommer, at de oplysninger, som tilsynsmyndighederne indsamler, kan have en stor økonomisk værdi. En opblødning af beskyttelsen af tavshedspligten kunne bevirke, at retten til aktindsigt bliver misbrugt til at anvende fortrolige oplysninger til andre formål.

39 – Jf. dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 68).

40 – Jf. dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 68, 74 og 75), og af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen (C-110/10 P, EU:C:2011:687, præmis 49).

41 – Jf. dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 125 og 126).

42 – Jf. dom af 18.6.2008, Hoechst mod Kommissionen (T-410/03, EU:T:2008:211, præmis 153 og 154), om nødvendigheden af at udarbejde ikke-fortrolige udgaver eller ikke-fortrolige resuméer af dokumenter.

43 – Jf. dom af 12.11.2014, Altmann m.fl. (C-140/13, EU:C:2014:2362, præmis 33).

88. Samtidig skal det tages i betragtning, at den strenge overholdelse af tavshedspligten i henhold til direktivets artikel 54 kan føre til, at adressaten for en bebyrdende foranstaltning kun får de oplysninger til sit forsvar, som den myndighed, der har udstedt den anfægtede foranstaltning, vil give ham. Derved kan tilsynsmyndigheden begrænse omfanget af de forsvarsrettigheder for retten, som adressaten for dens foranstaltning har. Det ville være mindre betænkeligt, hvis der var en organisatorisk adskillelse mellem tilsynsmyndigheden og den myndighed, som udsteder den bebyrdende foranstaltning. I den foreliggende sag står CSSF for tilsynet med investeringsselskaberne, træffer de relaterede foranstaltninger og træffer afgørelse om adgangen til oplysninger<sup>44</sup>. Da der på den administrative procedures niveau kan være tvivl om myndighedens upartiskhed, skal der derfor være sikret en effektiv domstolskontrol af dens afgørelse<sup>45</sup>.

89. Desuden skal det bemærkes, at den kompetente myndighed allerede bryder tavshedspligten, når den videregiver de belastende oplysninger, som den anvender som begrundelse for sin afgørelse. På denne baggrund forekommer det ikke acceptabelt, at myndigheden kan nægte at videregive potentielt diskulperende oplysninger, som har forbindelse til afgørelsen, med en generel henvisning til tavshedspligten.

90. Jeg er dog af den opfattelse, at direktiv 2004/39 giver mulighed for en forholdsmæssig afvejning af retten til forsvar og tavshedspligten i tilfælde som det foreliggende. Retten til forsvar kan nemlig i den foreliggende sag overholdes på anden måde end ved afgørelsens adressats indsigt i de potentielt diskulperende dokumenter.

91. Ganske vist fastsætter direktivets artikel 54, stk. 1, ifølge sin ordlyd, at fortrolige oplysninger ikke må videregives til »andre personer eller myndigheder«. Dette kunne også omfatte en national domstol. Imidlertid taler direktivets artikel 54, stk. 3, imod denne opfattelse, idet den fastsætter, at den kompetente myndighed må anvende fortrolige oplysninger i forbindelse med retlige procedurer, der specielt er knyttet til udøvelsen af dens funktioner. Også direktivets artikel 50, stk. 2, litra l), taler for denne opfattelse, da den indeholder en beføjelse til at henvise en sag til retten. Direktivet er således ikke til hinder for, at myndigheden i tilfælde som det foreliggende kan give den kompetente ret indsigt i de pågældende dokumenter. Det tilkommer da den kompetente nationale dommer at afgøre, om dokumenterne har diskulperende virkning, og hvordan de i overensstemmelse med den nationale ret kan indgå i sagen.

92. Ganske vist forlanger princippet om en retfærdig rettergang i princippet, at disse oplysninger også videregives til adressaten for afgørelsen, således at denne kan kommentere dem under proceduren. En begrænsning af denne ret kan dog være begrundet, såfremt der kun er tale om oplysninger, som potentielt er diskulperende for ham, og i modsat fald slet ikke ville kunne indgå i sagen.

93. På denne måde kan for det første den strenge beskyttelse af tavshedspligten, som direktiv 2004/39 tilsigter, overholdes. For det andet sikres det, at adressaten for en foranstaltning som i den foreliggende sag får en retfærdig rettergang.

44 – DV's henvisning til Menneskerettighedsdomstolens dom af 11.6.2009, *Dubus S.A. mod Frankrig* (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), slår fejl, da den beror på den forkerte antagelse, at CSSF – ligesom *Commission bancaire* i den pågældende sag (dommens §§ 24 og 55) – er en domstol som omhandlet i EMRK's artikel 6, stk. 1, henholdsvis chartrets artikel 47 og 48.

45 – Jf. dom af 16.5.2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 55), og desuden vedrørende kravet om upartiskhed i henhold til chartrets artikel 47, stk. 2, dom af 14.6.2017, *Online Games m.fl.* (C-685/15, EU:C:2017:452, præmis 60-64), samt med hensyn til chartrets artikel 41, stk. 1, mit forslag til afgørelse *Spanien mod Rådet* (C-521/15, EU:C:2017:420, punkt 98-115).

## 2. Chartrets artikel 48

94. Vedrørende chartrets artikel 48 skal det bemærkes, at den beskytter uskyldsformodningen og retten til forsvar, der skal indrømmes enhver, »der anklages for en lovovertrædelse«<sup>46</sup>, og altså er møntet på en egentlig strafferetlig procedure.

95. Denne grundlæggende rettighed er dermed ikke relevant i den foreliggende sag. Hverken den tilsynsretlige procedure, som udmundede i udstedelsen af CSSF's forvaltningsretlige afgørelse med præventiv karakter, eller den forvaltningsretlige procedure til kontrol af denne afgørelse kan nemlig anses for strafferetlige procedurer.

96. Heller ikke når der er tale om en sådan procedure, er chartrets artikel 48 til hinder for udformningen af tavshedspligten i direktivets artikel 54. I så fald muliggør mit forslag om en »procedurerelateret« fortolkning af »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen« som omhandlet i direktivets artikel 54, stk. 1 og 3, nemlig videregivelse af de fortrolige oplysninger til de retshåndhævende myndigheder. Det tilkommer da de retshåndhævende myndigheder at videregive de nødvendige oplysninger til varetagelse af hans rettigheder til den anklagede i overensstemmelse med den nationale strafferetsplejelovgivning.

## 3. Foreløbigt resultat

97. Det andet præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at den kompetente tilsynsmyndighed kan nægte at videregive potentielt diskulperende, fortrolige oplysninger til adressaten for en foranstaltning som den i den foreliggende sag omhandlede under påberåbelse af tavshedspligten i direktivets artikel 54, stk. 1, når ingen af de i direktivets artikel 54 fastsatte undtagelser finder anvendelse, og foranstaltningens adressats ret til forsvar kan sikres på anden måde.

## V. Forslag til afgørelse

98. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare Cour administratives (forvaltningsdomstol, Luxembourg) præjudicielle spørgsmål som følger:

- »1) Udtrykket »tilfælde, der er omfattet af straffelovgivningen«, i artikel 54, stk. 1 og 3, i direktiv 2004/39/EF omfatter ikke faktiske omstændigheder, hvor en national tilsynsmyndighed fastslår, at en person ikke er pålidelig og derfor er uegnet til at varetage ledende funktioner i en virksomhed, som er under myndighedens tilsyn, og opfordrer personen til at fratræde sådanne poster.
- 2) Den kompetente tilsynsmyndighed kan nægte at videregive diskulperende, fortrolige oplysninger til adressaten for en afgørelse, hvorved den over for ham fastslår, at han ikke længere er pålidelig og derfor er uegnet til at varetage ledende funktioner i en virksomhed, som er under myndighedens tilsyn, og derfor skal fratræde sådanne poster, under henvisning til tavshedspligten i henhold til artikel 54, stk. 1, i direktiv 2004/39, når ingen af de i direktivets artikel 54 fastsatte undtagelser finder anvendelse, og foranstaltningens adressats ret til forsvar kan sikres på anden måde.«

46 – Jf. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 83).