



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 26 de julho de 2017¹

Processo C-358/16

UBS Europe SE, que sucedeu nos direitos da UBS (Luxembourg) SA,
Alain Hondequin e litisconsortes
contra
DV,
EU

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour administrative (Supremo Tribunal Administrativo, Luxemburgo)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2004/39/CE — Artigo 54.º, n.ºs 1 e 3 — Acesso à informação em sede de recurso jurisdicional contra uma decisão da autoridade nacional de supervisão do setor financeiro — Segredo profissional — Exceção para casos abrangidos pelo direito penal — Direito a uma boa administração — Direito a uma tutela jurisdicional efetiva»

I. Introdução

1. Pode uma autoridade de supervisão do setor financeiro recusar ao destinatário de uma medida que lhe é desfavorável o acesso a documentos relativos a terceiros, favoráveis à defesa daquele, invocando o segredo profissional a que se refere o artigo 54.º da Diretiva 2004/39/CE relativa aos mercados de instrumentos financeiros²³?
2. Esta questão coloca-se, no presente caso, no contexto de uma decisão da autoridade de supervisão financeira luxemburguesa que recusou reconhecer ao Sr. DV a idoneidade profissional necessária para assumir funções de direção em empresas de investimento. Esta decisão teve como fundamento o papel que o Sr. DV desempenhou na constituição e administração de uma empresa que esteve implicada no escândalo financeiro Madoff⁴.
3. Com o presente pedido de decisão prejudicial da Cour administrative (Supremo Tribunal Administrativo) do Luxemburgo, coloca-se ao Tribunal de Justiça o desafio de conciliar a proteção do segredo profissional com a proteção dos direitos de defesa.

1 Língua original: alemão.

2 Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Diretivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 93/22/CEE do Conselho (JO 2004, L 145, p. 1), na versão resultante da Diretiva 2008/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2008 (JO 2008, L 76, p. 33).

3 V., também, o acórdão de 12 de novembro de 2014, Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2362), bem como o processo pendente C-15/16, Baumeister.

4 A fraude em investimentos do norte-americano Bernard Lawrence Madoff causou, a nível mundial, prejuízos de cerca de 65 mil milhões de dólares americanos. Madoff foi condenado, em 2009, a uma pena de prisão de 150 anos.

4. Importa, pois, em primeiro lugar, analisar se as circunstâncias do caso em apreço se encontram abrangidas pela exceção ao segredo profissional prevista no artigo 54.º da Diretiva 2004/39 relativamente a «casos abrangidos pelo direito penal». Em segundo lugar, convém analisar, à luz das garantias de um processo equitativo e de uma tutela jurisdicional efetiva, se a regulamentação do segredo profissional estabelecida no artigo 54.º da Diretiva respeitam suficientemente o direito de acesso ao processo do destinatário de uma medida que revista as características da medida ora em análise.

II. Enquadramento jurídico

A. Direito da União

5. O enquadramento jurídico do caso em apreço no direito da União é dado pelos artigos 41.º, 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») e pela Diretiva 2004/39.

6. A título preliminar, importa fazer referência aos considerandos 2, 44, 63 e 71 da Diretiva 2007/39:

«(2) [...] [É] indispensável prever o grau de harmonização necessário para proporcionar aos investidores um elevado nível de proteção e permitir que as empresas de investimento prestem serviços em toda a Comunidade, no quadro de um mercado único, com base na supervisão do país de origem.

(44) Para prosseguir o duplo objetivo de proteger os investidores e assegurar o funcionamento harmonioso dos mercados de valores mobiliários, [...]

(63) É necessário reforçar as disposições em matéria de troca de informações entre autoridades competentes nacionais, bem como as obrigações mútuas de assistência e cooperação. Perante o crescimento da atividade transfronteiras, as autoridades competentes devem transmitir entre si as informações relevantes para o desempenho das respetivas funções, por forma a assegurar a aplicação efetiva da presente diretiva, nomeadamente em situações em que as infrações, ou suspeitas de infração, podem envolver as autoridades de dois ou mais Estados-Membros. Nesta troca de informações, é imprescindível um rigoroso sigilo profissional para assegurar o processamento harmonioso da transmissão dos elementos informativos e a proteção dos direitos das pessoas em causa.

(71) O objetivo da criação de um mercado financeiro integrado, em que os investidores beneficiem de uma proteção eficaz e sejam preservadas a eficiência e a integridade do mercado global, exige a instituição de requisitos regulamentares comuns para as empresas de investimento, independentemente da origem da sua autorização na Comunidade, e a regulação do funcionamento dos mercados regulamentados e outros sistemas de negociação, por forma a evitar que a falta de transparência ou a perturbação num determinado mercado ponham em causa a eficiência do funcionamento do sistema financeiro europeu, considerado no seu conjunto. [...].»

7. No seu título II, a Diretiva 2007/39 regula a autorização das empresas de investimento e as condições para o exercício da sua atividade.

8. O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 estabelece o requisito da obrigatoriedade de uma autorização:

«Cada Estado-Membro deve exigir que a prestação de serviços ou atividades de investimento enquanto ocupação ou atividade regular numa base profissional seja sujeita a autorização prévia de acordo com o disposto no presente capítulo. [...]»

9. Nos termos do artigo 8.º, primeiro parágrafo, alínea c), da Diretiva 2007/39, a autoridade competente pode revogar a autorização concedida a uma empresa de investimento se esta «[d]eixar de satisfazer as condições em que foi concedida a autorização [...]».

10. O artigo 9.º, n.º 1, primeiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 2007/39 estabelece as condições de autorização das pessoas que efetivamente dirigem as atividades de uma empresa de investimento:

«1. Os Estados-Membros devem exigir que as pessoas que dirigem efetivamente as atividades de uma empresa de investimento tenham suficiente idoneidade e experiência, por forma a assegurar a gestão sã e prudente da empresa de investimento. [...]»

3. A autoridade competente deve recusar a autorização caso não esteja convicta de que as pessoas que irão efetivamente dirigir as atividades da empresa de investimento têm suficiente idoneidade ou experiência ou se considerar, por motivos objetivos e comprovados, que a alteração de direção comprometeria a gestão sã e prudente da empresa de investimento.»

11. O artigo 16.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 esclarece que as condições da autorização inicial e, designadamente, as do artigo 9.º, n.º 3, dessa diretiva, devem ser cumpridas de forma contínua.

«Os Estados-Membros devem exigir que as empresas de investimento autorizadas no seu território cumpram de forma contínua as condições de autorização inicial estabelecidas no capítulo I do presente título.»

12. O primeiro capítulo do título IV («Autoridades competentes») da Diretiva 2007/39 contém normas sobre a designação das autoridades competentes, os seus poderes e vias de recurso.

13. O artigo 50.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 dispõe que «as autoridades competentes devem ser dotadas de todos os poderes de supervisão e investigação necessários para o exercício das respetivas funções». No n.º 2, alínea l), conta-se, entre esses poderes, o de «remeter matérias tendo em vista o exercício da ação penal».

14. O artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 faz referência às possíveis consequências de eventuais violações das disposições adotadas por força dessa diretiva:

«1. Sem prejuízo dos procedimentos destinados à revogação de uma autorização ou do direito de os Estados-Membros aplicarem sanções penais, os Estados-Membros devem assegurar, em conformidade com o respetivo direito nacional, que possam ser tomadas as medidas administrativas adequadas ou sejam aplicadas sanções administrativas contra as pessoas responsáveis, caso as disposições adotadas em aplicação da presente diretiva não tenham sido cumpridas. Os Estados-Membros devem assegurar-se de que estas medidas são efetivas, proporcionadas e dissuasivas.»

15. O artigo 54.º da Diretiva 2007/39, com epígrafe «Segredo profissional», dispõe, nos seus n.ºs 1 a 3:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades competentes e todas as pessoas que trabalhem ou tenham trabalhado para as autoridades competentes ou para as entidades em quem estas tenham delegado funções nos termos do n.º 2 do artigo 48.º, bem como os revisores de contas ou os peritos mandatados pelas autoridades competentes, estejam obrigados ao segredo profissional. As informações confidenciais que recebam no exercício das suas funções não podem ser divulgadas a

nenhuma pessoa ou autoridade, exceto sob forma resumida ou agregada, que impeça a identificação individual das empresas de investimento, operadores de mercado, mercados regulamentados ou qualquer outra pessoa, ressalvados os casos abrangidos pelo direito penal ou pelas restantes disposições da presente diretiva.

2. Quando uma empresa de investimento, operador de mercado ou mercado regulamentado tiver sido declarado falido ou esteja a ser objeto de liquidação compulsiva, as informações confidenciais que não se refiram a terceiros podem ser divulgadas em processos de direito civil ou comercial, caso seja necessário para a instrução dos referidos processos.

3. Sem prejuízo dos casos abrangidos pelo direito penal, as autoridades competentes os organismos ou as pessoas singulares ou coletivas que não sejam autoridades competentes que recebam informações confidenciais ao abrigo da presente diretiva apenas as podem utilizar, no caso das autoridades competentes, no cumprimento das suas obrigações e para o desempenho das suas funções no âmbito da presente diretiva ou, no caso de outras autoridades, organismos ou pessoas singulares ou coletivas, para os efeitos para os quais essas informações lhes tenham sido facultadas e/ou no contexto de processos administrativos ou judiciais relacionados especificamente com o desempenho dessas funções. No entanto, sempre que a autoridade competente ou outra autoridade, organismo ou pessoa que comunica as informações dê o seu consentimento, a autoridade que recebe as informações poderá utilizá-las para outros fins.»

B. Direito luxemburguês

16. O artigo 11.º da Lei de 8 de junho de 1979⁵ regula o direito de acesso ao processo no procedimento administrativo, encontrando-se as exceções previstas no seu artigo 13.º

17. O artigo 19.º da Lei de 5 de abril de 1993⁶, que foi atualizado em virtude da transposição da Diretiva 2004/39, estabelece, à semelhança do artigo 9.º da mesma diretiva, o requisito da idoneidade profissional.

18. O artigo 32.º da Lei de 13 de julho de 2007⁷ regula o segredo profissional, transpondo o artigo 54.º da Diretiva 2004/39.

III. Processo principal e processo no Tribunal de Justiça

19. A UBS (Luxembourg) SA⁸ (a seguir «UBS») fundou a empresa de investimento LUXALPHA SICAV (a seguir «Luxalpha») com a colaboração do Sr. DV, que depois nela exerceu funções de direção. A Luxalpha esteve envolvida no escândalo financeiro Madoff e foi liquidada em 2009.

20. Por decisão de 4 de janeiro de 2010, a Commission de Surveillance du Secteur Financier (Comissão de supervisão do setor financeiro, a seguir «CSSF») luxemburguesa concluiu que, em virtude do papel que tinha desempenhado na constituição e na direção da Luxalpha, o Sr. DV deixara de ser digno de confiança e, por conseguinte, não era apto para exercer, numa entidade supervisionada pela CSSF, funções de administrador ou quaisquer outras funções sujeitas a autorização. Aquela entidade entendeu que o Sr. DV devia, por isso, demitir-se de tais funções.

5 Mémorial A, n.º 54, de 6 de julho de 1979.

6 Mémorial A, n.º 27, de 10 de abril de 1993.

7 Mémorial A, n.º 116, de 16 de julho de 2007.

8 A Europe SE é a sua sucessora desde 1 de dezembro de 2016.

21. O Sr. DV interpôs recurso dessa decisão da CSSF para o Tribunal administratif (Tribunal administrativo de círculo do Luxemburgo). No âmbito do processo principal, o Sr. DV requereu à CSSF a entrega de diversos documentos que esta tinha obtido no decurso da sua atividade de supervisão da UBS e da Luxalpha.

22. A CSSF recusou o pedido, invocando o segredo profissional e alegando que nunca fundamentara a sua decisão de 4 de janeiro de 2010 na documentação solicitada. Esclareceu ainda que já tinha facultado ao Sr. DV todos os documentos relacionados com o seu procedimento administrativo.

23. Contra esta decisão de recusa da CSSF, o Sr. DV suscitou, junto do Tribunal administratif, um incidente processual no qual solicitou a entrega dos documentos. Alegou que os documentos objeto do litígio são necessários para se defender adequadamente, uma vez que fornecem informação sobre a verdadeira repartição de funções entre as pessoas envolvidas na constituição da Luxalpha. O Tribunal administratif apenas muito parcialmente deferiu a pretensão.

24. A Cour administrative pronunciou-se sobre o recurso interposto desta decisão, por acórdão de 16 de dezembro de 2014, em que condenou a CSSF a entregar numerosos documentos relativos ao processo principal. Contra esta decisão, a UBS e os antigos membros do conselho de administração da Luxalpha, Alain Hondequin e o., deduziram oposição de terceiros na Cour administrative. Os recorrentes consideram que a entrega dos documentos ao Sr. DV viola o segredo profissional protegido pelo artigo 54.º da Diretiva 2004/39.

25. É neste contexto que a Cour administrative coloca ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais, nos termos do artigo 267.º do TFUE:

- «1. Atendendo, em particular, ao artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a Carta), que consagra o princípio da boa administração, a exceção relativa aos “casos abrangidos pelo direito penal”, prevista tanto no n.º 1, *in fine*, do artigo 54.º da Diretiva [2004/39], como no início do n.º 3 do mesmo artigo 54.º, abrange uma situação a que, segundo a legislação nacional, corresponde uma sanção administrativa, mas que, do ponto de vista da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), é considerada parte integrante do direito penal, como a sanção em causa no processo principal, aplicada pelo regulador nacional, autoridade nacional de supervisão, e que consiste em ordenar a um membro de uma ordem dos advogados nacional que deixe de exercer, numa entidade supervisionada pelo referido regulador, uma função de administrador ou outra função sujeita a autorização, ordenando-lhe, simultaneamente, que se demita de todas as suas correspondentes funções com a maior brevidade?»
2. Caso a sanção administrativa acima referida, considerada como tal pelo direito nacional, se inscreva num procedimento administrativo, em que medida a obrigação de guardar o segredo profissional que uma autoridade nacional de supervisão pode invocar com base nas disposições do artigo 54.º da Diretiva 2004/39/CE, acima referida, está condicionada pelas exigências de um processo equitativo, incluindo o direito [a uma tutela jurisdicional efetiva], conforme decorrem do artigo 47.º da Carta, atendendo às exigências que decorrem paralelamente dos artigos 6.º e 13.º da CEDH em matéria de processo equitativo e de [tutela jurisdicional efetiva], bem como às garantias previstas pelo artigo 48.º da Carta, em particular à luz do acesso integral do particular aos autos do procedimento administrativo do autor de uma sanção administrativa que é, simultaneamente, a autoridade nacional de supervisão, com vista à defesa dos interesses e direitos civis do particular objeto da sanção?»

26. No processo no Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações pela CSSF, pela UBS, pelo Sr. Hondequin e o., bem como pelo Sr. DV e o.⁹ como partes no processo principal, e também pela República Federal da Alemanha, pela República da Estónia, pela República Helénica, pela República Italiana, pela República da Polónia e pela Comissão Europeia. Na audiência realizada a 1 de junho de 2017, além das partes no processo principal, estiveram representadas a República Federal da Alemanha e a Comissão Europeia.

IV. Apreciação

27. O presente reenvio prejudicial tem por objeto a regulação do segredo profissional consagrado no artigo 54.º da Diretiva 2004/39.

28. A primeira questão diz respeito à interpretação da exceção prevista nos n.ºs 1 e 3 para os «casos abrangidos pelo direito penal». Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a regulação do segredo profissional, tal como estabelecida no artigo 54.º da Diretiva 2007/39, no que diz respeito ao direito de acesso aos autos que assiste ao destinatário de uma medida como a do caso em apreço, está em conformidade com as garantias de um processo equitativo e de uma tutela jurisdicional efetiva.

29. Importa referir, antes de mais, que a resposta às questões prejudiciais deve ter em consideração os objetivos prosseguidos pela Diretiva 2004/39 e o contexto em que se enquadra o seu artigo 54.º

30. A Diretiva 2004/39 visa a criação de um mercado integrado de instrumentos financeiros que ofereça aos investidores um elevado grau de proteção e permita que as empresas de investimento prestem serviços em toda a União Europeia, com base na supervisão exercida no Estado-Membro de origem¹⁰. Nesse sentido, o artigo 54.º da Diretiva 2007/39 tem por objetivo garantir um eficaz intercâmbio de informações. Uma vez que isso exige que tanto as empresas de investimento supervisionadas como as autoridades competentes possam confiar em que a informação confidencial disponibilizada conservará, em princípio, o seu carácter confidencial¹¹, o artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 proíbe, em princípio, às autoridades de supervisão a divulgação, a terceiros, de informações confidenciais que não tenham sido resumidas ou anonimizadas.

A. Sobre a primeira questão prejudicial — «Casos abrangidos pelo direito penal»

31. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, determinar se, tendo em conta o direito a uma boa administração, a exceção ao segredo profissional prevista pelo artigo 54.º da Diretiva 2004/39 para os «casos abrangidos pelo direito penal» pode aplicar-se a uma medida com as características da decisão da CSSF de 4 de janeiro de 2010.

32. A expressão antes citada figura no artigo 54.º, n.º 1 e n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2007/39.

⁹ O Sr. EU, destinatário de uma decisão da CSSF, de 18 de junho de 2010, análoga à decisão proferida contra o Sr. DV, é também parte no processo principal e no processo no Tribunal de Justiça.

¹⁰ V. acórdão de 12 de novembro de 2014, Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.º 26), e os considerandos 2, 31, 44 e 71 da Diretiva 2004/39.

¹¹ V. acórdãos de 12 de novembro de 2014, Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.ºs 31 e 32), e de 11 de dezembro de 1985, Hillenius (110/84, EU:C:1985:495, n.º 27), bem como os considerandos 44 e 63 da Diretiva 2004/39.

33. O artigo 54.º, n.º 1, último período, da Diretiva 2007/39 estabelece que a proibição de divulgar informação confidencial a terceiros não se aplica aos «casos abrangidos pelo direito penal». O artigo 54.º, n.º 3, da Diretiva 2007/39 faz referência à utilização de informação confidencial pelas autoridades competentes. «Sem prejuízo dos casos abrangidos pelo direito penal», essa utilização só lhes é permitida para determinados fins especificamente referidos¹².

1. Quanto à interpretação autónoma da exceção

34. Em primeiro lugar, é de salientar que a Diretiva 2007/39 não contempla qualquer definição de «casos abrangidos pelo direito penal», nem remete, a esse propósito, para a legislação dos Estados-Membros.

35. Em conformidade com a reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça, a expressão deve, por isso, ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a União Europeia¹³.

36. A tal não se opõe o facto de o artigo 54.º, n.º 1, primeiro período, da Diretiva 2007/39 obrigar os Estados-Membros a garantirem o segredo profissional, sem, porém, especificar com precisão o conteúdo deste. Com efeito, a eventual competência dos Estados-Membros, aqui não controvertida¹⁴, para estabelecerem uma definição de «segredo profissional» tem os seus limites no direito da União e, em especial, nas exceções à proibição de divulgar informações confidenciais, enunciadas taxativamente no artigo 54.º da Diretiva 2007/39¹⁵.

37. Acresce que, sem uma interpretação uniforme em toda a União, dos casos em que, excecionalmente, é permitida a divulgação de informação confidencial a terceiros, a eficácia do intercâmbio de informação entre as diferentes autoridades e as empresas de investimento ficaria comprometida, pois os interessados não poderiam estar seguros de que a informação confidencial conservaria, em princípio, a sua confidencialidade. Por outro lado, isto seria contrário ao segundo considerando da Diretiva 2004/39, nos termos do qual a diretiva pretende precisamente alcançar o grau de harmonização necessário para oferecer aos investidores um elevado nível de proteção e permitir que as empresas de investimento prestem serviços em toda a União, com base na supervisão do país de origem.

2. Quanto ao âmbito da exceção

38. Para a interpretação da expressão «casos abrangidos pelo direito penal», existem, essencialmente, duas alternativas. Por um lado, pode-se proceder a uma interpretação «material», segundo a qual devem ser entendidas como «casos abrangidos pelo direito penal» as situações que têm por objeto um ilícito penal ou uma sanção penal. Poderia ser este o caso no processo principal, porque a decisão da CSSF se reveste, possivelmente, de um carácter penal. Por outro lado, é proposta uma interpretação «processual», segundo a qual, no âmbito desta exceção, a divulgação de informação confidencial só é autorizada quando assim o exigir um inquérito ou um processo penal segundo o direito interno.

12 Considero duvidoso que a «utilização» de dados confidenciais a que alude o artigo 54.º, n.º 3, possa abranger também a «divulgação» da informação visada pelo artigo 54.º, n.º 1, da diretiva (v., no entanto, as conclusões do advogado-geral G. Slynn no caso Hillenius, 110/84, EU:C:1985:333, p. 3950). Posto que ambas as disposições preveem a exceção em termos idênticos, a resposta a esta questão não é, a este respeito, decisiva.

13 V. acórdãos de 18 de outubro de 2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, n.º 25 e jurisprudência referida), e de 9 de novembro de 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, n.º 28).

14 V., a este respeito, o processo pendente C-15/16, Baumeister, que tem por objeto a interpretação dos conceitos de «segredo profissional» e «informação confidencial».

15 V. acórdão de 12 de novembro de 2014, Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.º 35).

39. Para determinar qual a interpretação adequada, há que ter em conta, em especial, o contexto em que a norma a interpretar vai ser aplicada e os objetivos da regulamentação em que a norma se insere¹⁶.

a) Quanto ao contexto da exceção do artigo 54.º da Diretiva 2007/39

40. No caso em apreço, o contexto em que é utilizada a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» constitui um argumento contra a possibilidade de uma interpretação «material» desta fórmula.

41. Em primeiro lugar, da natureza de disposição excecional¹⁷ da expressão a interpretar e da necessidade, invocada no considerando 63 da Diretiva 2007/39, de respeitar «um rigoroso sigilo profissional», resulta, nomeadamente, que os «casos abrangidos pelo direito penal» devem ser interpretados em sentido estrito. Se a exceção se aplicasse a todos os casos que têm por objeto um ilícito penal ou uma sanção penal, estar-se-ia a esvaziar de conteúdo a regra fundamental do artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39, que proíbe a divulgação de informação confidencial a terceiros.

42. É, ainda, de ter em consideração que, quanto aos casos abrangidos pelo direito penal, as disposições do artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 não impõem nenhum outro requisito para levantar o segredo profissional.

43. Isto contrasta, de forma notória, com a exceção prevista no artigo 54.º, n.º 2, da Diretiva 2007/39, que visa facilitar a divulgação de informações confidenciais «quando as coisas correram efetivamente mal e a entidade em questão cessou as suas atividades normais»¹⁸, mas impõe requisitos adicionais. Assim, o artigo 54.º, n.º 2, apenas é aplicável a determinadas situações (quando uma empresa de investimento tiver sido declarada falida ou esteja a ser objeto de liquidação compulsiva), limita a divulgação a um determinado contexto (em processos de direito civil ou comercial) e apenas permite a divulgação de determinadas informações (informações que não se refiram a terceiros e que sejam necessárias para a instrução dos referidos processos).

44. Esta comparação entre os n.ºs 1 e 2 da Diretiva 2007/39 mostra, de forma clara, que a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» não pode abranger todas as situações em que estejam em causa, substantivamente, ilícitos penais ou sanções penais. Com efeito, dado não haver outros requisitos, um entendimento tão extensivo iria enfraquecer a necessária proteção do segredo profissional a que se refere o artigo 54.º e que é indispensável para concretizar os fins da Diretiva 2007/39. Ao mesmo tempo, as pormenorizadas restrições do n.º 2 do artigo 54.º ficariam comprometidas em tais casos. Importa considerar, em especial, que o legislador teria previsto outras condições se a fórmula «casos abrangidos pelo direito penal» devesse incluir, igualmente, casos em que se trate de ilícitos penais relativos ao mercado de valores mobiliários ou, como no presente caso, em que esteja em causa a natureza penal de uma medida.

b) Quanto à finalidade da exceção

45. Também a finalidade da expressão «casos abrangidos pelo direito penal» é elucidativa quanto à impossibilidade de a mesma abranger todos os casos que, do ponto de vista substantivo, envolvam delitos ou sanções penais.

16 V. acórdãos de 18 de outubro de 2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, n.º 31); de 19 de dezembro de 2013, Fish Legal e Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, n.º 42), e de 29 de outubro de 2015, Saudaçor (C-174/14, EU:C:2015:733, n.º 52).

17 V. acórdãos de 22 de abril de 2010, Comissão Europeia/Reino Unido (C-346/08, EU:C:2010:213, n.º 39), e de 26 de fevereiro de 2015, Wucher Helicopter e Euro-Aviation Versicherung (C-6/14, EU:C:2015:122, n.º 24).

18 Conclusões do advogado-geral Jääskinen no processo Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2168, n.º 50).

46. O artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 estabelece, «sem prejuízo dos procedimentos destinados à revogação de uma autorização ou do direito de os Estados-Membros aplicarem sanções penais», a obrigação de serem «tomadas as medidas administrativas adequadas ou [...] aplicadas sanções administrativas» que, em caso de violação da Diretiva 2007/39, permitam agir contra os responsáveis.

47. Em meu entender, as expressões «ressalvados os casos abrangidos pelo direito penal», que figura no artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39, e «Sem prejuízo dos casos abrangidos pelo direito penal», que figura no artigo 54.º, n.º 3, da Diretiva 2007/39 também devem ser entendidas como um esclarecimento de que fica intacto o direito de os Estados-Membros aplicarem sanções penais. Essas expressões esclarecem que, nos casos que, segundo o direito interno dos Estados-Membros, podem dar lugar a uma sanção penal ou à instauração de um processo para o efeito, o segredo profissional não obsta à divulgação de informações às autoridades competentes. É neste mesmo espírito que, caso a iniciativa não emane das autoridades de um Estado-Membro, o artigo 50.º, n.º 2, alínea l), confere às autoridades competentes a faculdade de remeterem um caso tendo em vista o exercício da ação penal.

48. A expressão «casos abrangidos pelo direito penal» deve evitar um conflito com o direito de os Estados-Membros exercerem a ação penal e aplicarem sanções penais.

49. Esta finalidade, nos termos em que aqui foi definida, também está em conformidade com o acórdão *Altmann e o.*¹⁹, na origem do qual esteve um pedido de informação por parte dos investidores prejudicados pela atuação fraudulenta de uma empresa de investimento. Neste processo, o Tribunal de Justiça decidiu que não estava em causa um processo penal, já que o pedido de informação «foi apresentado posteriormente às condenações penais proferidas contra os responsáveis da [empresa de investimento]»²⁰. Nem o carácter fraudulento da atividade da empresa, nem as condenações penais dos responsáveis tiveram a consequência de se poder considerar que o caso estava abrangido pelo direito penal, na aceção da Diretiva 2007/39²¹. Nas suas conclusões, o advogado-geral N. Jääskinen argumentou, neste mesmo sentido, que «o objetivo do pedido de informações e de documentos não é utilizar estas informações e documentos para efeitos de processos penais»²². Porém, a exceção tem, precisamente, o objetivo de «tornar possíveis as investigações e os procedimentos penais em qualquer momento, mesmo durante o exercício das atividades normais da empresa de investimento e, assim, permit[ir] à autoridade supervisora divulgar informações para efeitos de tais processos»²³.

50. Por último, há que lembrar, no tocante à averiguação da finalidade da exceção para os «casos abrangidos pelo direito penal», que essa exceção não impõe nenhum outro requisito. Ora, a finalidade da exceção para os «casos abrangidos pelo direito penal» não pode ser a de admitir que, em casos relacionados com delitos ou sanções penais, o artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39 permite a divulgação de qualquer informação confidencial, a qualquer título, a qualquer autoridade ou pessoa, posto que tal interpretação seria contrária ao objetivo principal do artigo 54.º da Diretiva 2007/39, que consiste em garantir uma estrita proteção do segredo profissional.

c) Outras considerações

51. Uma interpretação «processual» da expressão «casos abrangidos pelo direito penal» está também de acordo com as seguintes considerações.

¹⁹ Acórdão de 12 de novembro de 2014, *Altmann e o.* (C-140/13, EU:C:2014:2362).

²⁰ Acórdão de 12 de novembro de 2014, *Altmann e o.* (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.º 39).

²¹ V. acórdão de 12 de novembro de 2014, *Altmann e o.* (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.º 41).

²² Conclusões do advogado-geral Jääskinen no processo *Altmann e o.* (C-140/13, EU:C:2014:2168, n.º 28).

²³ Conclusões do advogado-geral Jääskinen no processo *Altmann e o.* (C-140/13, EU:C:2014:2168, n.º 27).

52. Em primeiro lugar, essa interpretação é coerente com o elemento sistemático da Diretiva 2004/39, que, no seu artigo 51.º, n.º 1, distingue claramente entre as medidas de supervisão e administrativas, que são influenciadas pela Diretiva 2007/39, e as sanções penais aplicadas pelos Estados-Membros, que essa diretiva não afeta. Mostra-se contrária a esta distinção um entendimento substantivo da exceção no sentido de que é relevante a natureza penal da medida, pelo que medidas administrativas de natureza penal também poderiam ser qualificadas como casos abrangidos pelo direito penal.

53. Além disso, a interpretação «processual» é compatível com o facto de a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» ser utilizada em muitos textos legislativos de direito financeiro²⁴, o que reforça a ideia de que se trata mais de uma formulação destinada a evitar conflitos, e a permitir a troca de informações para fins de direito penal, do que de uma forma de consideração casuística das medidas, em função da sua natureza e do âmbito material da diretiva.

54. Por último, esta abordagem «processual» é também corroborada pelo artigo 76.º, n.º 1, da Diretiva 2014/65/UE²⁵, que reformula a Diretiva 2004/39. Apesar de a Diretiva 2014/65, que entrou em vigor em 2 de julho de 2014, ter substituído a Diretiva 2004/39 apenas com efeitos a partir de 3 de janeiro de 2017, a nova redação pode servir de orientação quanto à interpretação dos casos abrangidos pelo direito penal. Nos termos do artigo 76.º, n.º 1, da Diretiva 2014/65, a proibição de divulgar informação confidencial deve entender-se «sem prejuízo dos requisitos do direito penal ou do direito fiscal nacional». A ideia subjacente não consiste, portanto, em permitir a divulgação de informações confidenciais aos destinatários de medidas prudenciais, nem em debater o caráter penal dessas medidas, mas antes em mostrar que o segredo profissional não se opõe à divulgação, quando isso é necessário para os fins do direito nacional penal ou fiscal.

55. Em conclusão, verifica-se que a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» não exclui do âmbito da aplicação do segredo profissional todos os casos atinentes a um ilícito ou sanção penal. A exceção assim prevista visa, pelo contrário, permitir a divulgação de informações confidenciais às autoridades nacionais competentes em matéria de inquérito ou de processo penal, se assim o determinarem o direito penal ou processual penal nacional. Por conseguinte, casos como o presente não constituem «casos abrangidos pelo direito penal».

56. No âmbito da segunda questão, analisar-se-á em que medida o artigo 54.º da Diretiva 2007/39 está em conformidade com o princípio geral da boa administração consagrado no artigo 41.º da Carta²⁶ e com o direito de acesso ao processo aí garantido²⁷.

24 V., e o., artigo 53.º, n.º 1, ponto 2, da Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições, de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE (JO 2013, L 176, p. 338); o artigo 70.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados), altera a Decisão n.º 716/2009/CE e revoga a Decisão 2009/77/CE da Comissão (JO 2010, L 331, p. 84); o artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Diretivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, e que revoga a Diretiva 2007/64/CE (JO 2015, L 337, p. 35).

25 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/UE (JO 2014, L 173, p. 349).

26 V. acórdão de 8 de maio de 2014, N. (C-604/12, EU:C:2014:302, n.º 49), assim como a explicação do artigo 41.º da Carta (Explicações sobre a Carta dos Direitos Fundamentais, JO 2007, C 303, p. 17), e a jurisprudência aí citada.

27 V. acórdão de 18 de julho de 2013, Comissão e o./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, n.º 99), bem como o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 1992, Cimenteries CBR e o./Comissão (processos apensos T-10/92 a T-12/92 e T-15/92, EU:T:1992:123, n.ºs 37 a 41).

3. Quanto à alternativa a uma interpretação «material» dos «casos abrangidos pelo direito penal»

57. Caso o Tribunal de Justiça não aceite a minha proposta e antes decida que a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» compreende os casos que têm por objeto infrações ou sanções penais, importa analisar se uma decisão como a que a CSSF proferiu a 4 de janeiro de 2010 é de natureza penal.

58. Para determinar se uma medida deve ser classificada no âmbito do direito penal, haverá que optar entre remeter para o conceito de «ilícito penal» e de «pena» de cada Estado-Membro e proceder a uma interpretação autónoma.

59. A primeira alternativa depara, porém, com as objeções já expressas nos n.ºs 34 a 37.

60. Uma interpretação autónoma da expressão «casos abrangidos pelo direito penal» pode encontrar apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao princípio *non bis in idem* consagrado no artigo 50.º da Carta. Referindo-se aos «critérios Engel»²⁸ do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), o Tribunal de Justiça decidiu que a apreciação do caráter penal de uma medida deve obedecer a três critérios: o primeiro é a qualificação jurídica do ilícito no direito interno; o segundo é a própria natureza do ilícito; o terceiro diz respeito à natureza e à gravidade da sanção que pode ser aplicada ao interessado²⁹.

61. Relativamente ao primeiro critério, verifica-se que o direito luxemburguês enquadra uma medida como a decisão da CSSF no direito administrativo.

62. Quanto ao segundo critério, importa ter em conta os destinatários da regulamentação em que a medida se enquadra, o objetivo dessa regulamentação e os bens jurídicos que ela visa proteger³⁰.

63. Uma decisão com as características da que foi proferida no caso em apreço não tem como destinatário a comunidade em geral, contrariamente ao que é norma no direito penal. Tal decisão só pode dirigir-se aos membros de um determinado grupo, designadamente ao círculo muito restrito de pessoas que, de forma voluntária, decidiram exercer funções de direção em empresas sujeitas a autorização no mercado de valores mobiliários.

64. Relativamente aos objetivos da decisão da CSSF, cabe referir que o critério da idoneidade estabelecido pelo artigo 9.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/39 pretende assegurar «a gestão sã e prudente da empresa de investimento»³¹. À semelhança dos outros critérios que as empresas de investimento devem cumprir para obterem uma autorização, este requisito visa proteger os investidores e garantir a estabilidade do sistema financeiro³². Para garantir esta proteção, a autoridade competente não se limita a verificar a aptidão dos diretores no âmbito do processo de autorização, procedendo, também, posteriormente e de forma regular, a essa verificação³³. Por conseguinte, quando a CSSF determina que o Sr. DV já não oferece garantias suficientes para a gestão sã e prudente da empresa de investimento, não pretende, com isso, condená-lo numa pena, mas antes prevenir riscos para o sistema financeiro e para os investidores. Do mesmo modo, quando na decisão

28 V. TEDH, 8 de junho de 1976, Engel e o. c. Países Baixos (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, §§ 80 a 82).

29 V. acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 35), que remete para o acórdão de 5 de junho de 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, n.º 37), assim como as conclusões que apresentámos no processo Bonda (C-489/10, EU:C:2011:845, n.ºs 45 a 50 e jurisprudência referida).

30 V. acórdão de 5 de junho de 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, n.º 39); o acórdão do TEDH de 21 de fevereiro de 1984, Öztürk c. Alemanha (ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479, § 53); o acórdão do TEDH de 24 de fevereiro de 1992, Bendenoun c. França (ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786, § 47); e o acórdão do TEDH de 10 de junho de 1996, Benham c. Reino Unido (ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092, § 56).

31 Se este requisito não for, ou deixar de ser, cumprido, a autoridade competente pode recusar a autorização à empresa de investimento (v. artigos 7.º, n.º 1, e 9.º, n.º 3, da Diretiva 2007/39) ou revogar a autorização já concedida (v. artigo 8.º, alínea c), da Diretiva 2007/39).

32 V. considerando 17 e os considerandos 2, 31, 44 e 71 da Diretiva 2004/39.

33 V. artigos 16.º e 17.º da Diretiva 2004/39.

se afirma que, por esse motivo, o Sr. DV não apresenta idoneidade para exercer funções de direção numa empresa sujeita à supervisão da CSSF, a decisão não prossegue qualquer dos fins repressivos típicos do direito penal. Pelo contrário, trata-se de uma consequência jurídica diretamente resultante da Diretiva 2004/39, que reserva o exercício de tais funções a pessoas com idoneidade. A solicitação feita ao Sr. DV para que se demita do exercício de cargos desta natureza é a consequência necessária de uma efetiva prevenção dos riscos e constitui uma medida menos drástica do que a revogação da autorização à empresa de investimento.

65. Os bens jurídicos aqui protegidos também não implicam uma qualificação penal da decisão da CSSF de 4 de janeiro de 2010, uma vez que a proteção dos investidores e a estabilidade do mercado financeiro estão, geralmente, protegidas, tanto pelo direito penal como pelo direito administrativo.

66. No que diz respeito ao terceiro «critério Engel» — a natureza e a gravidade da medida imposta —, o TEDH tem em conta a pena máxima prevista, em abstrato, para a infração³⁴. A aplicação deste pressuposto ao caso em análise suscita algumas dificuldades, já que na decisão de reenvio nada indica que a decisão administrativa tenha por fundamento uma regulamentação em que se encontre prevista uma escala de sanções, nem que essa decisão se enquadre numa relação hierárquica com outras medidas previstas para o ilícito em apreço. Pelo contrário, o que a referida decisão faz é aplicar o requisito da autorização do artigo 9.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2007/39. Neste aspeto, o caso vertente distingue-se também dos acórdãos que o TEDH proferiu sobre as sanções impostas pelas autoridades de supervisão do mercado financeiro³⁵.

67. Se se atentar na natureza da decisão aqui proferida, verificar-se-á, em primeiro lugar, que a decisão que declara a perda de idoneidade e impõe a demissão de funções de direção em empresas de investimento não é acompanhada da imposição de qualquer pena pecuniária ou privativa da liberdade, nem sequer comina essas sanções — típicas do direito penal — para o incumprimento. Além disso, o direito penal também conhece a interdição do exercício de uma profissão, mas tal não significa que todas as decisões que tenham consequências negativas sobre o livre exercício de uma atividade profissional por parte do destinatário sejam automaticamente qualificadas como de natureza penal. Isto porque as restrições à liberdade profissional resultantes dos pressupostos de natureza pessoal para a autorização são também típicas do direito administrativo e, em particular, dos regimes de prevenção de riscos para a segurança pública.

68. Se considerarmos a gravidade da decisão proferida no caso que aqui nos ocupa, forçoso é reconhecer que ela tem pesadas consequências para o destinatário: este deixou de cumprir os pressupostos para desempenhar funções de direção em empresas de investimento e deve demitir-se dos cargos que, a esse título, exercer, o que pode implicar prejuízos financeiros e afetar a sua reputação.

69. No entanto, importa relevar que a decisão só afeta determinadas atividades dentro daquele setor profissional. Com efeito, o Sr. DV não está proibido de assumir outras funções em empresas de investimento, nem de exercer a profissão de advogado. Acresce que prejuízos financeiros seriam de esperar se a autoridade de supervisão, em vez de instar o Sr. DV a demitir-se, tivesse revogado a autorização da empresa de investimento, poder de que dispunha por força do disposto no artigo 8.º, alínea c), da Diretiva 2004/39 se, contrariando as disposições deste diploma, a empresa de investimento tivesse mantido o Sr. DV no seu cargo. Um último aspeto que não é despidendo é o facto de a decisão da CSSF não afastar o Sr. DV do exercício das atividades de direção durante um longo período de tempo ou de forma permanente, pois o que faz é refletir a análise jurídica da CSSF no momento em que proferiu a decisão. Caso uma empresa de investimento tenha o Sr. DV a ocupar

34 V. TEDH, 9 de outubro de 2008, Ezeh e Connors c. Reino Unido (ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598, § 120).

35 V. acórdão do TEDH de 11 de junho de 2009, Dubus SA c. França (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), e acórdão do TEDH de 4 de março de 2014, Grande Stevens c. Itália (ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), que também se distinguem do presente caso na medida em que a CSSF não é um órgão jurisdicional.

um cargo de direção e solicite a autorização à CSSF, ou uma empresa autorizada comunique à CSSF a sua pretensão de recrutar o Sr. DV para um cargo desse tipo, será necessária uma nova decisão sobre a sua idoneidade. Convém, ainda, ter em conta que a decisão da CSSF não foi publicada, facto confirmado pela representante dessa autoridade na audiência, pelo que as consequências negativas para a reputação do destinatário não derivam diretamente da decisão.

70. Perante estas considerações, não se trata, neste caso, de uma interdição do exercício de uma profissão regulada pelo direito penal. Portanto, a aplicação do terceiro «critério Engel» também não permite concluir que a decisão da CSSF de 4 de janeiro de 2010 é de natureza penal.

71. Consequentemente, a resposta à primeira questão prejudicial, da perspetiva de uma interpretação «material», será de que a expressão «casos abrangidos pelo direito penal» não abrange a situação do presente caso. Se o Tribunal de Justiça vier a reconhecer a natureza penal da decisão, a consequência será que o artigo 54.º da Diretiva 2004/39 não se opõe à divulgação de informações confidenciais. Dado que o artigo 54.º não subordina a nenhum outro requisito a divulgação de informações em «casos abrangidos pelo direito penal», o segredo profissional será praticamente esvaziado do seu conteúdo em casos de natureza penal. Serão, pois, inevitáveis as intromissões nos processos de inquérito ou nos processos penais. Isto mostra, uma vez mais, claramente, que a abordagem em que se fundamenta a interpretação dos «casos abrangidos pelo direito penal» visados pelo artigo 54.º da Diretiva 2004/39 não poderá ser «material», mas sim «processual».

4. Conclusão intercalar

72. Na sequência das considerações acima expostas, importa responder à primeira questão prejudicial como segue:

73. A expressão «casos abrangidos pelo direito penal», constante do artigo 54.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2004/39, não inclui os casos em que uma autoridade nacional de supervisão verifica que uma pessoa não é digna de confiança, pelo que deixou de estar apta para exercer funções de direção numa empresa sujeita à sua supervisão, e lhe ordena que se demita dos cargos dessa natureza que exerce.

B. Quanto à segunda questão prejudicial — o direito a um processo equitativo e a uma tutela jurisdicional efetiva

74. Com a sua segunda questão, a jurisdição de reenvio pretende saber, no essencial, se a regulamentação do segredo profissional delineada no artigo 54.º da Diretiva 2007/39 está em conformidade com as garantias de um processo equitativo e de uma tutela jurisdicional efetiva consagradas nos artigos 47.º e 48.º da Carta e nos artigos 6.º e 13.º da CEDH.

75. Saliente-se, em primeiro lugar, que a CEDH não é um instrumento jurídico formalmente integrado no ordenamento jurídico da União, pelo que a interpretação do artigo 54.º da Diretiva 2007/39 deve fazer-se à luz dos artigos 47.º e 48.º da Carta³⁶.

1. Quanto ao artigo 47.º da Carta

76. O artigo 47.º da Carta consagra, no seu primeiro parágrafo, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e, no seu segundo parágrafo, o direito a um processo equitativo.

³⁶ V. acórdãos de 3 de setembro de 2015, Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 46), e de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.ºs 45 e 46 e jurisprudência referida).

77. A Diretiva 2007/39 garante o respeito pelos requisitos da tutela jurisdicional efetiva estabelecidos pelo artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta. O artigo 52.º, n.º 1, da referida preceitua que as decisões da autoridade competente devem ter uma justificação adequada e devem poder ser objeto de recurso jurisdicional. No que diz respeito à efetividade da tutela jurisdicional, considera-se que a garantia do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta se encontra salvaguardada quando existe o direito de interpor recurso num órgão jurisdicional que seja independente da autoridade competente para proferir a decisão desfavorável e tenha competência para fiscalizar a decisão. A fundamentação da decisão da CSSF de 4 de janeiro de 2010 e o processo principal mostram que estes requisitos foram, também, cumpridos no presente caso.

78. O direito a um processo equitativo, enunciado no n.º 2 do artigo 47.º da Carta, pressupõe, em primeiro lugar, o princípio do contraditório, segundo o qual as partes de um processo devem ter direito a conhecer e a discutir todas as provas e observações apresentadas em tribunal³⁷. No entanto, em casos como o presente, esse direito não se aplica, já que o litígio entre as partes não diz respeito a elementos de prova que tenham sido apresentados no âmbito do processo judicial. Não existe, portanto, o receio de que a decisão jurisdicional se fundamente em factos e documentos de que uma das partes não tenha podido tomar conhecimento³⁸.

79. O direito a um processo equitativo, enunciado no n.º 2 do artigo 47.º da Carta, compreende, igualmente, a proteção dos direitos de defesa. Esta vertente do princípio geral do direito da União encontra correspondência, para o procedimento e processo administrativo, no artigo 41.º e, para o processo penal, no artigo 48.º, n.º 2, da Carta. A proteção dos direitos de defesa compreende também o direito de acesso ao processo.

80. Conforme ilustra, a título de exemplo, o artigo 41.º, n.º 2, segundo travessão, da Carta, este direito diz respeito aos autos do processo que «se [...] refiram» ao interessado, o que inclui, em primeiro lugar, todas as informações e provas documentais incriminatórias nas quais a autoridade fundamenta a sua decisão³⁹. Além disso, o direito de acesso ao processo compreende as peças processuais favoráveis à defesa⁴⁰ e, bem assim, as informações que, embora possam não ter sido utilizadas para fundamentar a decisão, se encontram objetivamente relacionadas com ela⁴¹. A questão de saber em que processo essas informações se encontram fisicamente incluídas é, por isso, irrelevante.

81. Na opinião do Sr. DV, os documentos em causa irão contribuir para esclarecer a «verdadeira» repartição de papéis na constituição da Luxalpha. Uma vez que a CSSF, para fundamentar a sua decisão, também se baseou no papel desempenhado pelo destinatário na constituição da Luxalpha, as informações solicitadas dizem respeito a documentos que poderão ser usados na sua defesa.

82. No entanto, a CSSF recebeu esses documentos da UBS e da Luxalpha no âmbito da sua atividade de supervisão. O facto de a informação dizer respeito a terceiros não afasta o direito de acesso ao processo. Porém, os direitos fundamentais desses terceiros têm de ser tidos em conta, pois o direito de acesso ao processo não é um direito absoluto e encontra-se sujeito à reserva do respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, conforme estabelece, por exemplo, o artigo 41.º, n.º 2, alínea b), da Carta.

37 V. acórdãos de 14 de fevereiro de 2008, *Varec* (C-450/06, EU:C:2008:91, n.º 47), e de 4 de junho de 2013, *ZZ* (C-300/11, EU:C:2013:363, n.º 55).

38 V. acórdãos de 4 de junho de 2013, *ZZ* (C-300/11, EU:C:2013:363, n.º 56), e de 2 de dezembro de 2009, *Comissão/Irlanda e o.* (C-89/08 P, EU:C:2009:742, n.º 52 e jurisprudência referida).

39 V. acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 68).

40 V. acórdãos de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 68, 74 e 75), e de 25 de outubro de 2011, *Solvay/Comissão* (C-110/10 P, EU:C:2011:687, n.º 49).

41 V. acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 125 e 126).

83. É, por conseguinte, necessário efetuar uma ponderação entre o direito de acesso ao processo e o segredo profissional. No caso da Diretiva 2004/39, o artigo 54.º é o resultado dessa ponderação realizada pelo legislador da União. Trata-se, portanto, de verificar se os interesses opostos foram ponderados na observância do princípio da proporcionalidade a que se refere o artigo 52.º, n.º 1, da Carta.

84. Note-se que o artigo 54.º da Diretiva 2007/39 não atribui ao segredo profissional uma primazia absoluta sobre o direito de acesso ao processo no procedimento administrativo. É certo que o artigo 54.º proíbe, em princípio, a divulgação de informação confidencial, mas permite sempre a sua transmissão sob forma resumida ou agregada⁴². Além disso, o artigo 54.º regula, embora de forma taxativa, diversas exceções a essa proibição, entre as quais se incluem os «casos abrangidos pelo direito penal» já analisados.

85. A opção do legislador da Diretiva 2007/39 de estabelecer a observância estrita do segredo profissional tem por base a ideia de que, dessa forma, se está, não apenas a proteger as empresas diretamente afetadas, mas também a garantir o normal funcionamento dos mercados de instrumentos financeiros da União⁴³.

86. A qualidade das informações facultadas pelas empresas de investimento às autoridades de supervisão e a troca de informações entre as autoridades dependem da confiança na confidencialidade da informação transmitida. Sem uma estrita proteção do segredo profissional, ficariam comprometidos o sistema de supervisão das empresas de investimento, que tem por base a troca de informações, e, consequentemente, a desejada proteção dos investidores nos mercados da União.

87. Acresce que as informações recolhidas pelas autoridades de supervisão podem ter grande valor económico. A redução da proteção do segredo profissional poderia originar abusos do direito de acesso ao processo, com vista à utilização de informações confidenciais para outros fins.

88. Paralelamente, importa ter em conta que a estrita proteção do segredo profissional estabelecida pelo artigo 54.º da Diretiva 2007/39 pode ter como consequência que o destinatário de uma medida restritiva de direitos apenas consiga obter, para sua defesa, a informação facultada pela mesma autoridade de supervisão que adotou a medida impugnada. A autoridade de supervisão poderia, dessa forma, limitar os direitos de defesa judicial dos destinatários das suas medidas. Seria menos preocupante se existisse uma separação orgânica entre a autoridade de supervisão e a autoridade que adota a medida desfavorável ao interessado. No caso em apreço, a CSSF é a entidade competente para supervisionar as empresas de investimento, adotar medidas sancionatórias e decidir sobre o acesso à informação⁴⁴. Uma vez que também podem surgir dúvidas sobre a imparcialidade da autoridade no procedimento administrativo, é necessário garantir uma fiscalização judicial efetiva das suas decisões⁴⁵.

89. Por outro lado, há que ter em conta que a autoridade competente já quebra o segredo profissional ao transmitir a informação de natureza incriminatória utilizada para fundamentar a sua decisão. Neste contexto, não parece admissível que a autoridade possa recusar-se a facultar informação potencialmente atenuante relacionada com essa decisão, invocando, meramente, o segredo profissional.

42 V. acórdão de 18 de junho de 2008, Hoechst/Comissão (T-410/03, EU:T:2008:211, n.º 153 e 154), relativamente à exigência de versões ou resumos não confidenciais de documentos.

43 V. acórdão de 12 de novembro de 2014, Altmann e o. (C-140/13, EU:C:2014:2362, n.º 33).

44 A remissão que o Sr. DV faz para o acórdão do TEDH de 11 de junho de 2009, Dubus SA c. França (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), não é correta, já que se baseia na ideia errada de que a CSSF é — à semelhança da Commission bancaire nesse processo (§§ 24 e 55 do acórdão) — um órgão jurisdicional na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, ou dos artigos 47.º e 48.º da Carta.

45 V. acórdão de 16 de maio de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, n.º 55), e ainda, sobre o princípio da imparcialidade estabelecido no artigo 47.º, n.º 2, da Carta, o acórdão de 14 de junho de 2017, Online Games e o. (C-685/15, EU:C:2017:452, n.ºs 60 a 64), bem como, relativamente ao artigo 41.º, n.º 1, da Carta, as minhas conclusões no processo Espanha/Conselho (C-521/15, EU:C:2017:420, n.ºs 98 a 115).

90. É, porém, minha opinião que, em casos como o presente, a Diretiva 2004/39 permite uma ponderação proporcionada entre o direito de defesa e a proteção do segredo profissional, no respeito pelo princípio da proporcionalidade. Com efeito, o direito de defesa pode aqui ser protegido de forma diversa da do acesso do destinatário da decisão aos documentos suscetíveis de lhe servirem de defesa.

91. É certo que, nos termos do artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39, a informação confidencial não pode ser transmitida «a nenhuma pessoa ou autoridade», o que poderia incluir também os órgãos jurisdicionais nacionais. No entanto, contra esta interpretação aponta o artigo 54.º, n.º 3, da Diretiva 2007/39, que estabelece que a autoridade competente pode utilizar a informação confidencial no âmbito de processos judiciais especificamente relacionados com o exercício das suas funções. O artigo 50.º, n.º 2, alínea l), da Diretiva 2007/39 também aponta nesse sentido, pois prevê que as autoridades competentes podem transmitir processos a tribunais. Por conseguinte, a Diretiva 2007/39 não se opõe a que, em casos como o presente, a autoridade faculte ao órgão jurisdicional competente o acesso aos correspondentes documentos. Cabe, então, ao juiz nacional competente decidir se os documentos são favoráveis à defesa e de que forma podem ser utilizados na tramitação processual, em conformidade com o direito nacional.

92. É certo que o princípio do processo equitativo exige, como norma geral, que essas informações também sejam transmitidas ao destinatário da medida, para que este se possa pronunciar sobre elas no processo judicial. No entanto, pode justificar-se a existência de uma restrição desse direito sempre que se trate apenas de informação de natureza potencialmente ilibatória que, de outro modo, não poderia ser tida em conta no processo judicial.

93. Deste modo, é possível preservar, por um lado, a estrita proteção do segredo profissional estabelecida pela Diretiva 2004/39 e, por outro lado, o direito do destinatário de uma medida como a do presente caso a um processo equitativo.

2. Quanto ao artigo 48.º da Carta

94. No que diz respeito ao artigo 48.º da Carta, importa relembrar que ele protege a presunção de inocência e os direitos de defesa de que deve beneficiar um «arguido»⁴⁶ e que visa, por isso, processos puramente penais.

95. Este direito fundamental não é, portanto, relevante no caso em apreço. Com efeito, nem o procedimento de supervisão, que culminou na adoção da decisão administrativa de caráter preventivo da CSSF, nem o procedimento administrativo de fiscalização dessa decisão podem ser classificados como processos de natureza penal.

96. No entanto, mesmo no âmbito do processo penal, o artigo 48.º da Carta não se opõe à regulação do segredo profissional prevista pelo artigo 54.º da Diretiva 2007/39, pois, neste caso, a interpretação «processual» que proponho para os «casos abrangidos pelo direito penal» a que alude o artigo 54.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2007/39 permite a transmissão de informações confidenciais às autoridades responsáveis pelos processos penais. A estas autoridades compete, então, transmitir ao arguido, em conformidade com o direito nacional penal, a informação necessária à defesa dos seus direitos no quadro das regras nacionais de processo penal.

46 V. acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 83).

3. *Conclusão intercalar*

97. Em conclusão, haverá que responder à segunda questão prejudicial que a autoridade de supervisão competente pode recusar transmitir informações potencialmente favoráveis à defesa e de caráter confidencial ao destinatário de uma medida como a do presente caso, invocando o segredo profissional protegido pelo artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39, se nenhuma das exceções previstas neste artigo for aplicável e se os direitos de defesa do destinatário da medida estiverem garantidos de outra forma.

V. **Conclusão**

98. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais da Cour administrative (Supremo Tribunal Administrativo do Luxemburgo) nos seguintes termos:

- 1) A expressão «casos abrangidos pelo direito penal», constante do artigo 54.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2004/39/CE, não inclui os casos em que uma autoridade nacional de supervisão verifica que uma pessoa não é digna de confiança, pelo que deixou de estar apta para desempenhar funções de direção numa empresa sujeita à sua supervisão e lhe ordena que se demita dos cargos dessa natureza que exerce.
- 2) A autoridade de supervisão competente pode recusar transmitir informações potencialmente favoráveis à defesa e de caráter confidencial, ao destinatário de uma decisão em que declara que esse destinatário não é digno de confiança, pelo que deixou de estar apto para desempenhar funções de direção numa empresa sujeita à sua supervisão e deve demitir-se dos cargos dessa natureza que exerce, invocando o segredo profissional estabelecido pelo artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2007/39, se nenhuma das exceções previstas neste artigo for aplicável e se os direitos de defesa do destinatário da medida estiverem garantidos de outra forma.