



Datum van  
inontvangstneming

:

12/02/2016

**Zaak C-15/16**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

11 januari 2016

**Verwijzende rechter:**

Bundesverwaltungsgericht (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

4 november 2015

**Verzoekster tot „Revision” en verweerster:**

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

**Verweerder in „Revision” en verzoeker:**

Ewald Baumeister

---

**[Or. 1]**

In de bestuursrechtelijke zaak tussen

Ewald Baumeister,

[OMISSIS] 89129 Langenau,

verzoeker, appellant,

geïntimeerde en

verweerder in „Revision”,

[OMISSIS]

en

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (federale financiële  
toezichthoudende autoriteit) [OMISSIS],

[OMISSIS] 53117 Bonn,

verweerster, geïntimeerde,  
appellante en  
verzoekster tot „Revision”,

**[Or. 2]**

Interveniënt:

Frank Schmitt, Rechtsanwalt, als curator

over het vermogen van de vennootschap Phoenix Kapitaldienst GmbH,

[OMISSIS]

heeft de zevende Senat van het Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter)

[OMISSIS]

op 4 november 2015 besloten:

De procedure voor het Bundesverwaltungsgericht wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Valt alle bedrijfsinformatie die de onder toezicht staande onderneming aan de toezichthoudende autoriteit heeft verstrekt, onder het begrip ‚vertrouwelijke gegevens’ in de zin van artikel 54, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB L 145, blz. 1; hierna ‚richtlijn 2004/39/EG’), en dus onder het in artikel 54, lid 1, eerste volzin, van deze richtlijn bedoelde beroepsgeheim, zonder dat daarvoor aan nadere voorwaarden dient te zijn voldaan?

b) Geldt het ‚geheim van het prudentiële toezicht’ als onderdeel van het beroepsgeheim in de zin van artikel 54, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2004/39/EG voor alle in de stukken vervatte verklaringen van de toezichthoudende autoriteit, met inbegrip van haar correspondentie met

andere instanties, zonder dat daarvoor aan nadere voorwaarden dient te zijn voldaan?

**[Or. 3]**

Voor het geval dat de vragen a) of b) ontkennend worden beantwoord:

c) Dient de bepaling over het beroepsgeheim in artikel 54, lid 1, van richtlijn 2004/39/EG aldus te worden uitgelegd dat bij de kwalificatie van gegevens als ‚vertrouwelijk’

aa) beslissend is of gegevens naar de aard ervan onder het beroepsgeheim vallen dan wel de toegang tot deze gegevens het belang bij geheimhouding concreet en daadwerkelijk zou kunnen schaden,

bb) of aldus dat bij deze kwalificatie rekening moet worden gehouden met andere omstandigheden die meebrengen dat de gegevens onder het beroepsgeheim vallen,

cc) of aldus dat de toezichthoudende autoriteit zich bij die kwalificatie ten aanzien van de in haar stukken vervatte bedrijfsinformatie van de onder toezicht staande instelling en ten aanzien van haar geschriften die daarmee verband houden, kan beroepen op het weerlegbare vermoeden dat in zoverre commerciële of prudentiële geheimen in het geding zijn?

2. Dient het begrip ‚vertrouwelijke gegevens’ in de zin van artikel 54, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2004/39/EG aldus te worden uitgelegd dat de kwalificatie van door de toezichthoudende autoriteit doorgegeven bedrijfsinformatie als commercieel geheim dat bescherming verdient of als gegeven dat anderszins bescherming verdient, enkel afhangt van het tijdstip waarop deze informatie is verstrekt aan de toezichthoudende instantie?

Voor het geval dat vraag 2 ontkennend wordt beantwoord:

3. Dient bij de vraag of bedrijfsinformatie, los van wijzigingen van het economische klimaat, bescherming verdient als commercieel geheim en dus onder het beroepsgeheim valt als bedoeld in artikel 54, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2004/39/EG, op algemene wijze een tijdslimiet – van bijvoorbeeld vijf jaar – te worden gehanteerd, waarvan de overschrijding het weerlegbare vermoeden oplevert dat deze informatie haar economische waarde heeft verloren? Geldt dit eveneens voor het geheim van het prudentiële toezicht?”

**[Or. 4]**

Motivering:

- 1 Verzoeker verzoekt om toegang tot documenten van verweerster, de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die in verband met het toezicht op de vennootschap Phoenix Kapitaldienst GmbH (hierna: „Phoenix”) zijn opgesteld.
  
- 2 Verzoeker is een van de beleggers die schade hebben geleden door de bedrieglijke handelingen van Phoenix. In 2005 werd tegen deze onderneming een insolventieprocedure ingeleid, nadat gebleken was dat haar financieringsmodel berustte op een piramideconstructie. Het op § 1 van het Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (wet tot regeling van de toegang tot gegevens van de federale overheid; hierna: „IFG”) gebaseerde verzoek van verzoeker om inzage in het verslag van een bijzondere audit waarover verweerster beschikt, alsook in de accountantsrapporten en in interne nota's, rapporten en correspondentie over die onderneming, werd door verweerster afgewezen. Nadat verzoeker tevergeefs bezwaar had gemaakt, stelde hij beroep in bij het Verwaltungsgericht (bestuursrechter in eerste aanleg), dat verweerster bij vonnis van 12 maart 2008 gelastte om verzoeker de door hem gevraagde inzage in de documenten te verlenen voor zover deze enkel commerciële of bedrijfsgeheimen van Phoenix en niet van derden bevatten. In zoverre werd het beroep verworpen met betrekking tot documenten die verband hielden met de Britse financiële toezichthouder FSA. In het kader van het hogere beroep, waarin verzoeker zijn oorspronkelijke vordering handhaafde en verweerster nog steeds de volledige verwerping van het beroep nastreefde, gelastte het Verwaltungsgerichtshof (bestuursrechter in hoger beroep) bij beschikking van 28 april 2010 de overlegging van de stukken, teneinde na te gaan of de door verweerster aangevoerde weigeringsgronden aanwezig waren. Het Bundesministerium der Finanzen (federaal ministerie van Financiën) weigerde als hoogste toezichthoudende autoriteit de overlegging van de stukken met een „Sperrklärung” (verklaring van een bestuursorgaan waarbij dit bestuursorgaan zich tegen de openbaarmaking van informatie in een bestuursrechtelijke zaak verzet omdat daardoor naar zijn mening openbare belangen zouden worden geschaad; hierna: „verzetsverklaring”) van 26 juli 2010. Op verzoekers verzoek verklaarde de Fachsenat (gespecialiseerde kamer die bevoegd is om te beslissen over de noodzaak van geheimhouding van informatie in een bestuursrechtelijke zaak) van het Verwaltungsgerichtshof in de procedure van § 99, lid 2, van de Verwaltungsgerichtsordnung (wetboek bestuursprocesrecht; hierna: „VwGO”) bij beschikking van 12 januari 2012 voor recht dat de weigering om de stukken over te leggen onrechtmatig was. Bij beschikking van 5 april 2013 (20 F 4.12) wees de Fachsenat van het Bundesverwaltungsgericht de hiertegen gerichte bezwaren van verweerster en van het Bundesministerium der **[Or. 5]** Finanzen af omdat een behoorlijke uiteenzetting van een weigeringsgrond als bedoeld in § 99, lid 1, tweede volzin, VwGO ontbrak. In het kader van een parallelle procedure, waarin het Bundesministerium der Finanzen op 24 oktober 2011 een gedetailleerdere verzetsverklaring had ingediend die betrekking had op de afzonderlijke stukken in het dossier, verklaarde de Fachsenat van het Bundesverwaltungsgericht bij beschikking van 5 april 2013 (20 F 7.12) naar aanleiding van het bezwaar van de

verzoekster in die procedure – met wijziging van de beschikking van de Fachsenat van het Verwaltungsgerichtshof van 9 maart 2012 – voor recht dat de weigering om de stukken over te leggen niet in haar geheel, maar enkel gedeeltelijk onrechtmatig was.

- 3 Bij arrest van 29 november 2013 heeft het Verwaltungsgerichtshof de hogere beroepen van zowel verzoeker als verweerster verworpen en het dictum van het vonnis van het Verwaltungsgericht gewijzigd met inachtneming van de beschikking van de Fachsenat van het Bundesverwaltungsgericht in de procedure 20 F 7.12. Ter motivering van dit arrest heeft het Verwaltungsgerichtshof onder meer het volgende uiteengezet. Verzoeker heeft krachtens § 1, lid 1, IFG recht op toegang tot de genoemde documenten. Anders dan verweerster stelt, kan de toegang tot informatie niet in het algemeen worden geweigerd op grond van § 9 van het Gesetz über das Kreditwesen (wet betreffende het kredietwezen; hierna: „KWG”) juncto § 3, punt 4, IFG. § 9 KWG is namelijk geen bepaling die strekt tot bescherming van een geheim, maar behelst enkel een bijzondere geheimhoudingsplicht. Bescherming verdienen veeleer de afzonderlijke bedrijfs- en commerciële geheimen die in het concrete individuele geval dienen te worden vastgesteld, alsook persoonsgegevens van derden als bedoeld in § 5, lid 1, IFG. Dergelijke beschermenswaardige gegevens heeft verweerster noch in de procedure ten principale noch in de „in-cameraprocedure”<sup>1</sup> genoegzaam aangevoerd, doch enkel globaal in het midden gebracht. Dit is niet voldoende om aan verzoeker diens recht te ontzeggen. Uit het Unierecht vloeit evenmin iets anders voort. Dit recht vereist namelijk niet dat de toezichthoudende autoriteit zich houdt aan een absolute geheimhoudingsplicht die hoe dan ook tot gevolg zou hebben dat die autoriteit is ontheven van de verplichting om inzage in stukken te verlenen. Ten slotte wordt aan verzoekers recht niet afgedaan door rechten die toekomen aan Phoenix als insolventieschuldenaar of aan de in de procedure tussenkomende curator.
- 4 Verweerster heeft tegen dit arrest beroep in „Revision” ingesteld met het oog op de afwijzing van het beroep.

**[Or. 6]**

- 5 De relevante Unierechtelijke bepalingen maken deel uit van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB L 145, blz. 1).

<sup>1</sup> Noot van de vertaler: intermediaire procedure in een bestuursrechtelijke zaak, tijdens welke de Fachsenat met gesloten deuren en in afwezigheid van de partijen nagaat of een bestuursorgaan zich terecht op een geheimhoudingsplicht heeft beroepen om de overlegging van stukken aan de rechter te weigeren.

6 Artikel 54 van deze richtlijn, met als opschrift „Beroepsgeheim”, bepaalt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde autoriteiten, alle personen die werkzaam zijn of zijn geweest voor de bevoegde autoriteiten [...], alsmede accountants of deskundigen die in opdracht van de bevoegde autoriteiten handelen, aan het beroepsgeheim gebonden zijn. De vertrouwelijke gegevens waarvan deze personen beroepshalve kennis krijgen, mogen aan geen enkele persoon of autoriteit bekend worden gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm, zodat individuele beleggingsondernemingen, marktexploitanten, gereguleerde markten of andere personen niet herkenbaar zijn, onverminderd de gevallen die onder het strafrecht of onder de overige bepalingen van deze richtlijn vallen.

2. Indien een beleggingsonderneming [...] failliet is verklaard of op grond van een rechterlijke uitspraak moet worden geliquideerd, mogen vertrouwelijke gegevens die geen betrekking hebben op derden, in het kader van civiele of handelsrechtelijke procedures openbaar worden gemaakt indien dat nodig is voor de afwikkeling van de procedure.

3. Onverminderd zaken die onder het strafrecht vallen, mogen de bevoegde autoriteiten [...], die uit hoofde van deze richtlijn vertrouwelijke informatie ontvangen, deze uitsluitend gebruiken bij de uitoefening van hun taken en voor de uitoefening van hun functies [...]. Wanneer de bevoegde autoriteit of andere autoriteit, instantie of persoon die de gegevens heeft verstrekt daarin toestemt, mag de ontvangende autoriteit de gegevens evenwel voor andere doeleinden gebruiken.

4. Alle uit hoofde van deze richtlijn ontvangen, uitgewisselde of doorgegeven **[Or. 7]** vertrouwelijke informatie valt onder het in dit artikel bedoelde beroepsgeheim. Dit artikel belet evenwel niet dat de bevoegde autoriteiten vertrouwelijke gegevens uitwisselen of doorgeven [...] met instemming van de bevoegde autoriteit of een andere autoriteit of instantie of natuurlijke of rechtspersoon die deze gegevens heeft meegedeeld.

5. Dit artikel belet niet dat de bevoegde autoriteiten overeenkomstig het nationale recht vertrouwelijke gegevens uitwisselen of doorgeven die niet van een bevoegde autoriteit van een andere lidstaat zijn ontvangen.”

7 De relevante bepalingen van het Duitse recht maken deel uit van het Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz, IFG) van 5 september 2005 (BGBl. I, blz. 2722), laatstelijk gewijzigd bij artikel 2, lid 6, van de wet van 7 augustus 2013 (BGBl. I, blz. 3154), en van het Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz, KWG) van 9 september 1998 (BGBl. I, blz. 2776), zoals gewijzigd bij de wet van 4 juli 2013 (BGBl. I, blz. 1981).

8 § 1, lid 1, IFG luidt:

„Eenieder heeft overeenkomstig de voorwaarden van deze wet jegens de federale overheid recht op toegang tot officiële informatie.”

- 9 § 3 IFG, met als opschrift „Bescherming van specifieke openbare belangen”, bepaalt in punt 4:

„Het recht op toegang tot informatie bestaat niet

4. wanneer de informatie valt onder een geheimhoudings- of vertrouwelijkheidsplicht waarin een wettelijke bepaling of de Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen [algemene maatregel van bestuur betreffende de materiële en organisatorische bescherming van geclassificeerde documenten] voorziet, dan wel valt onder een beroepsgeheim of een specifiek ambtsgeheim.”

**[Or. 8]**

- 10 § 9 KWG, met als opschrift „geheimhoudingsplicht”, bepaalt in lid 1:

„De personen die in dienst zijn van de Bundesanstalt [für Finanzdienstleistungsaufsicht] [...] mogen bij de uitvoering van deze wet de feitelijke gegevens waarvan zij in de uitoefening van hun activiteit kennis hebben gekregen en waarvan de geheimhouding het belang van de instelling of van een derde dient, zoals met name commerciële en bedrijfsgeheimen, niet openbaar maken of gebruiken zonder daarvoor over de nodige bevoegdheid te beschikken, ook niet wanneer zij niet langer in dienst zijn of wanneer hun activiteit is beëindigd. [...]”

III

- 11 De procedure in „Revision” dient te worden geschorst opdat het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 VWEU wordt verzocht om een prejudiciële beslissing. De beslissing van de Senat op verweersters beroep in „Revision” hangt immers af van het antwoord op de aan het Hof gestelde vragen over de uitlegging van richtlijn 2004/39/EG. Deze vragen zijn niet beantwoord in het arrest van het Hof van 12 november 2014 in zaak C-140/13, Altmann e. a., EU:C:2014:2362.
- 12 Alleen al door het nationale recht toe te passen, kan de Senat vaststellen dat het bestreden arrest berust op de schending van rechtsregels die in „Revision” kunnen worden getoetst. Aangezien de juridische situatie in zoverre duidelijk is, dient te worden uitgegaan van een extensieve uitlegging van § 9, lid 1, KWG die in overeenstemming is met het Unierecht. Gelet op een en ander kan bij gebreke van de vereiste feitelijke vaststellingen niet definitief over verzoekers vordering worden beslist, zodat de zaak ter verdere behandeling en afdoening moet worden terugverwezen naar het Verwaltungsgerichtshof (1.).



- 13 De vraag of de hieraan ten grondslag liggende uitlegging van § 9, lid 1, KWG geheel in overeenstemming is met de vereisten die voortvloeien uit het Unierecht, dan wel of een verdergaande richtlijnconforme uitlegging van deze bepaling geboden is waardoor de Senat definitief over verzoekers vordering zou kunnen beslissen of het Verwaltungsgerichtshof het hogere beroep op zijn minst zou moeten onderzoeken aan de hand van andere juridische criteria, kan zonder prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie niet worden beantwoord (2.).

**[Or. 9]**

- 14 1. Volgens het Verwaltungsgerichtshof treffen verweersters bezwaren tegen de door verzoeker gevraagde toegang tot informatie in de thans betwiste mate geen doel. De overwegingen van het Verwaltungsgerichtshof zijn, afgezien van de uiteenzetting over § 3, punt 4, IFG, alles bij elkaar genomen niet vatbaar voor kritiek.
- 15 Op grond van § 3, punt 4, IFG bestaat het recht op toegang tot informatie onder meer niet wanneer de informatie valt onder een geheimhoudings- of vertrouwelijkheidsplicht waarin een wettelijke bepaling voorziet, dan wel onder een beroepsgeheim of een specifiek ambtsgeheim. Tot de bepalingen waarnaar aldus wordt verwezen, behoort ook § 9, lid 1, KWG en wel in de volledige werkingssfeer ervan [OMISSIS]. Dat wordt miskend door het Verwaltungsgerichtshof. Het baseert zich ten onrechte op de rechtspraak van de Fachsenat van het Bundesverwaltungsgericht over de procesrechtelijke bepaling van § 99, lid 1, tweede volzin, VwGO en beschouwt in navolging van die rechtspraak enkel bedrijfs- of commerciële geheimen en persoonsgegevens van derden als beschermenswaardige geheimen [OMISSIS]. Zodoende vat het Verwaltungsgerichtshof de door § 9, lid 1, KWG geboden bescherming uiteindelijk in twee opzichten te eng op.
- 16 a) § 9, lid 1, KWG heeft volgens de bewoordingen ervan betrekking op feiten waarvan de geheimhouding het belang van de onder toezicht staande instelling of van een derde dient. Of een dergelijk legitiem belang bij geheimhouding bestaat, moet na afweging van alle omstandigheden aan de hand van objectieve criteria worden vastgesteld [OMISSIS]. Onder de feiten die nopen tot geheimhouding, worden bedrijfs- en commerciële geheimen slechts bij wijze van voorbeeld vermeld. Onder deze geheimen vallen alle op een onderneming betrekking hebbende feiten, omstandigheden en gebeurtenissen die niet algemeen bekend zijn, doch enkel toegankelijk zijn voor een beperkte kring van personen, en bij de niet-openbaarmaking waarvan de betreffende rechtspersoon een gerechtvaardigd belang heeft. Bedrijfsgeheimen **[Or. 10]** betreffen hoofdzakelijk technische kennis, terwijl commerciële geheimen voornamelijk handelskennis betreffen [OMISSIS].

- 17 Het Verwaltungsgerichtshof neemt terecht aan dat er ook na de inleiding van de insolventieprocedure sprake kan zijn van commerciële geheimen die in deze zin bescherming verdienen. Volgens hem heeft evenwel noch verweerster noch de interveniënt gesteld dat er ook op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak nog een belang bij de geheimhouding van bedrijfsinformatie van Phoenix bestaat. Onder verwijzing naar de beschikking van de Fachsenat van het Bundesverwaltungsgericht van 5 april 2013 – 20 F 4.12 – heeft het Verwaltungsgerichtshof zich op het standpunt gesteld dat er enkel sprake is van een beschermenswaardig belang wanneer deze informatie nog steeds relevant is voor de mededinging. Dit is volgens hem niet het geval, aangezien niet het voornemen bestaat om de insolvente onderneming te saneren of voort te zetten [OMISSIS].
- 18 Op basis van deze argumentatie kon het Verwaltungsgerichtshof niet ontkennen dat er sprake is van informatie die noopt tot geheimhouding in de zin van § 9, lid 1, KWG. Volgens de rechtspraak van de Senat over de bescherming van bedrijfs- en commerciële geheimen bestaat een gerechtvaardigd belang bij geheimhouding wanneer door openbaarmaking van de informatie exclusieve technische of handelskennis toegankelijk kan worden gemaakt voor de concurrenten op de betreffende markt en de concurrentiepositie van de onderneming diensgevolge ongunstig kan worden beïnvloed [OMISSIS]. In het midden kan worden gelaten of de relevantie van de informatie voor de mededinging volgens deze uitlegging een noodzakelijke voorwaarde is voor de erkenning van een commercieel geheim dan wel of zij slechts een gerechtvaardigd belang bij geheimhouding in het leven roept voor het typische geval waarin een onderneming reclame maakt. Mocht de bescherming van het commerciële geheim niet ter zake dienen, dan kan de geheimhouding van de informatie namelijk om andere redenen het belang dienen van de onder toezicht staande instelling of – na inleiding van de insolventieprocedure – het belang dienen van de insolvente boedel en dus van de insolventieschuldeisers. Onder de geheimhoudingsplicht van § 9, lid 1, KWG vallen niet alleen bedrijfs- en [Or. 11] commerciële geheimen, maar in het algemeen feiten waarvan de geheimhouding het belang van de instelling of van een derde dient. Van een belang bij geheimhouding kan ook sprake zijn wanneer de informatie – zoals de interveniënt onder meer stelt met betrekking tot distributiekanaalen en klantengegevens – op geld waardeerbare kennis vormt die ten gunste van de insolvente boedel en dus van de insolventieschuldeisers kan worden geëxploiteerd.
- 19 b) § 9, lid 1, KWG beschermt voorts – in weerwil van de strikte bewoordingen ervan – informatie en gegevens waarvan de geheimhouding enkel verweersters belang dient.
- 20 Het in artikel 54, lid 1, van richtlijn 2004/39/EG geregelde beroepsgeheim geldt ook voor documenten die onder het zogenaamde „geheim van het prudentiële toezicht” vallen, dat wil zeggen documenten die beschermenswaardige informatie bevatten over interne verrichtingen van de toezichthoudende autoriteit (zie

conclusie van advocaat-generaal Jääskinen van 4 september 2014 in zaak C-140/13, punt 38). Dit volgt uit het met de richtlijn nagestreefde doel van een effectief toezicht op de activiteiten van beleggingsondernemingen, waarvoor het eveneens nodig is de belangen van de bevoegde autoriteiten bij geheimhouding te beschermen (zie arresten Hof van 11 december 1985, Gemeente Hillegom/Hillenius, C-110/84, EU:C:1985:495, punt 27, en van 12 november 2014, Altmann e.a., C-140/13, punt 31). Deze uitlegging van het sectorspecifiek geregelde beroepsgeheim stemt overeen met de algemene bepaling van artikel 339 VWEU over het beroepsgeheim, dat als uitdrukking van een algemeen beginsel ook geldt voor interne verrichtingen van de tot geheimhouding verplichte autoriteit (zie arrest Gerecht van 13 maart 2008, Maison de l'Europe Avignon Méditerranée/Commissie, T-43/03, EU:T:2008:74, punt 40; [OMISSIS]). Gelet op deze Unierechtelijke context is een teleologische uitbreiding van de geheimhoudingsplicht geboden als uitkomst van een richtlijnconforme uitlegging die de nationale rechter krachtens artikel 288, derde alinea, VWEU van het nationale recht moet geven door gebruik te maken van erkende methoden van rechtsvinding (arresten Hof van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, punten 113 e.v., en van 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07 [Or. 12], EU:C:2010:21, punt 48; [OMISSIS]). Het Verwaltungsgerichtshof heeft § 9, lid 1, KWG niet richtlijnconform uitgelegd in vorenbedoelde zin.

- 21 Gaat men ervan uit dat de geheimhoudingsplicht van § 9, lid 1, KWG zo ver gaat als hierboven is uiteengezet, dan kan de Senat de zaak niet definitief beslechten. Bij gebreke van een nadere precisering van de feiten kan hij met name niet aannemen dat de litigieuze inhoud van de stukken van de toezichthoudende overheid in zijn geheel onder de geheimhoudingsplicht valt. Veeleer moet worden onderzocht of – en in voorkomend geval in hoeverre – verweerster door een beschrijving van de inhoud van de litigieuze stukken op begrijpelijke wijze omstandigheden heeft aangevoerd waaruit ook verzoeker, die de gegevens juist niet kent, kan afleiden dat de interveniënt of verweerster zelf een gerechtvaardigd belang heeft bij de geheimhouding van deze gegevens [OMISSIS]. De daartoe vereiste feitelijke vaststellingen heeft het Verwaltungsgerichtshof niet gedaan. Na de terugverwijzing van de zaak moet het dit alsnog doen. Het kan om te beginnen uitgaan van de bijlage bij de verzetsverklaring van het Bundesministerium der Finanzen van 24 oktober 2011. Verweerster dient te overwegen of zij de in die bijlage vervatte gegevens omtrent de inhoud van de stukken – in voorkomend geval in samenwerking met de interveniënt – nader dient te preciseren.
- 22 2. De uitlegging van de bepaling over het beroepsgeheim in artikel 54 van richtlijn 2004/39/EG roept evenwel andere vragen op waarop enkel het Hof kan antwoorden. De beantwoording van deze vragen ligt immers niet zo voor de hand dat daarover redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan in de zin van de „acte clair”-doctrines (zie arrest Hof van 6 oktober 1982, CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335, punt 16).

**[Or. 13]**

- 23 a) De Senat zou zelf definitief over verzoekers vordering kunnen beslissen indien van § 9, lid 1, KWG in overeenstemming met het Unierecht een uitlegging zou moeten worden gegeven die de geheimhoudingsplicht ruim definieert en het mogelijk maakt om reeds aan de hand van uiterlijke en als zodanig gemakkelijk vast te stellen kenmerken na te gaan of stukken onder de aldus begrepen geheimhoudingsplicht vallen. Dat zou het geval zijn als de vragen 1) a) en 1) b) bevestigend zouden moeten worden beantwoord.
- 24 Een dergelijke opvatting van vertrouwelijke gegevens en van het beroepsgeheim, waarbij voornamelijk de herkomst van de informatie van belang wordt geacht en de betreffende bedrijfsinformatie niet verder wordt beoordeeld en ingedeeld op grond van de inhoud ervan en de – met name economische – gevolgen van de openbaarmaking ervan, vindt – voor zover na te gaan – geen steun in de bestaande rechtspraak over het Unierechtelijke begrip „beroepsgeheim”.
- 25 Volgens de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie in mededingingszaken vallen gegevens naar de aard ervan onder de geheimhoudingsplicht en genieten zij dus bescherming tegen openbaarmaking wanneer ten eerste slechts een beperkt aantal personen van de betreffende gegevens op de hoogte is, ten tweede de openbaarmaking van deze gegevens ernstige schade kan berokkenen aan degene die ze heeft verstrekt of aan derden, en ten derde de belangen die door openbaarmaking van die gegevens worden aangetast, objectief gezien bescherming verdienen (zie bijvoorbeeld arresten Gerecht van 30 mei 2006, Bank Austria Creditanstalt/Commissie, T-198/03, EU:T:2006:136, punt 71, en van 28 januari 2015, Evonik Degussa/Commissie, T-341/12, EU:T:2015:51, punt 94). Dienovereenkomstig worden interne zakelijke gegevens die aan de toezichthoudende autoriteit worden verstrekt, niet reeds als zodanig en onvoorwaardelijk als beroepsgeheim beschermd. Wegens de bijzondere kenmerken van het toezicht op de financiële markten, dat specifiek afhangt van een op vertrouwen gebaseerde samenwerking tussen de onder toezicht staande instellingen en de toezichthoudende autoriteiten, dient mogelijkerwijs te worden afgezien van het vereiste dat de openbaarmaking van de betreffende gegevens schade berokkent en dat het daardoor aangetaste belang objectief gezien bescherming verdient. Onder het beroepsgeheim zou dan veeleer alles vallen wat vertrouwelijk („onder het zegel der geheimhouding”) aan de toezichthoudende autoriteit wordt meegedeeld, terwijl het niet relevant zou zijn of voldaan is aan andere voorwaarden **[Or. 14]**, met name aan de voorwaarde dat een inhoudelijke beoordeling is verricht van de informatie en van het belang ervan voor de onder toezicht staande instelling. Een dergelijke opvatting van het beroepsgeheim, waarbij wordt gelet op de omstandigheden waaronder de onder toezicht staande instelling de informatie heeft verstrekt, zou leiden tot een ruime geheimhoudingsplicht waarvan de praktische nakoming niet zou afhangen van motiveringsvereisten waaraan mogelijkerwijs slechts moeilijk kan worden voldaan.

- 26 Ten aanzien van het „geheim van het prudentiële toezicht”, dat de specifieke belangen van de toezichhoudende autoriteit bij geheimhouding beschermt, doen zich vergelijkbare interpretatieproblemen voor. Volgens de uiteenzetting van advocaat-generaal Jääskinen in punt 38 van zijn conclusie in zaak C-140/13 vallen onder dit geheim onder meer „de door de bevoegde autoriteiten gebruikte methoden van toezicht, de communicatie en de overdracht van gegevens tussen de verschillende bevoegde autoriteiten en tussen deze autoriteiten en de onder toezicht staande ondernemingen, en alle andere niet-openbare gegevens betreffende de stand van zaken op de onder toezicht staande markten en de transacties die daar worden afgewikkeld”. Dat lijkt erop te wijzen dat de gegevens die onder het „geheim van het prudentiële toezicht” vallen, enkel worden gekenmerkt door de herkomst ervan en door het verband ervan met de procedure, terwijl aan andere factoren niet hoeft te worden voldaan.
- 27 b) Indien het voor de vaststelling dat bepaalde stukken volgens richtlijn 2004/39/EG onder het beroepsgeheim vallen, niet voldoende is dat aan zo laagdrempelige criteria wordt voldaan, dient te worden gepreciseerd wat dan wel de uit deze richtlijn voortvloeiende vereisten zijn waaraan moet worden voldaan voor de vaststelling dat er sprake is van een beroepsgeheim; na de terugverwijzing van de zaak moet het Verwaltungsgerichtshof deze criteria bij zijn beslissing betrekken. Op deze kwestie heeft vraag 1) c) met haar deelvragen aa) tot en met cc) betrekking.
- 28 De vragen 1) c) aa) en bb) gaan over inhoudelijke voorwaarden waaronder informatie kan worden geacht onder het beroepsgeheim te vallen. Gepreciseerd dient te worden of de hierboven [III. 2. a)] uiteengezette algemene beginselen ook hier gelden en of zij eventueel moeten worden aangepast, alsook of met name op begrijpelijke wijze moet worden uiteengezet dat een – nog steeds bestaand – beschermenswaardig **[Or. 15]** belang bij geheimhouding in het concrete geval wordt aangetast doordat toegang wordt verleend tot de betreffende informatie (zie dienaangaande arresten Hof van 29 juni 2010, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, EU:C:2010:376, punt 53; van 28 juni 2012, Commissie/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, EU:C:2012:393, punt 116, en van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie, C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 68).
- 29 Vraag 1) c) cc), die gaat over eventuele vermindering van de bewijslast, rijst in het licht van – inmiddels – vaste rechtspraak in op zijn minst soortgelijke situaties. In zaken over de toegang tot documenten op grond van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) heeft het Hof namelijk ten aanzien van bepalingen over het beroepsgeheim in de regelgeving inzake staatssteun en in het mededingingsrecht beslist dat het algemene vermoeden bestaat dat de openbaarmaking van de documenten die tijdens dergelijke procedures tussen de Commissie en de ondernemingen zijn uitgewisseld, in beginsel afbreuk doet aan zowel de bescherming van onderzoeksverrichtingen als de bescherming van de

commerciële belangen van bij dergelijke procedures betrokken ondernemingen (arresten Hof van 29 juni 2010, C-139/07 P, punten 54 en 61, en van 28 juni 2012, C-404/10 P, punten 116 e.v. en punt 123; zie ook arrest Hof van 16 juli 2015, C-612/13 P, punt 77). Gelet op deze rechtspraak dient te worden onderzocht of een soortgelijk vermoeden ook geldt op het gebied van het financiële toezicht.

- 30 c) De tweede en de derde vraag betreffen de temporele dimensie van de bescherming van vertrouwelijke gegevens door het beroepsgeheim. Deze vragen rijzen los van het antwoord op de eerste vraag.
- 31 De beschermenswaardigheid van vertrouwelijke gegevens neemt mogelijkerwijs over het algemeen af na verloop van tijd. Zo hangt het af van het commerciële klimaat op een bepaald ogenblik of de betrokken onderneming economische nadelen ondervindt doordat toegang wordt verleend tot deze gegevens. Wanneer informatie moet worden geacht achterhaald te zijn, kan zij haar belang bijgevolg reeds verliezen voordat het bedrijf zijn activiteiten staakt. Dat **[Or. 16]** wordt ook aangenomen door advocaat-generaal Jääskinen in punt 43 van zijn conclusie in zaak C-140/13. Ook op dit punt zouden bijzondere kenmerken van het toezicht op de financiële markten evenwel aanleiding kunnen geven tot een afwijkende beoordeling waarbij enkel de aanvankelijke kwalificatie van informatie als commercieel geheim, dat wil zeggen de kwalificatie van de informatie op het ogenblik waarop deze aan de toezichthoudende autoriteit is verstrekt, in aanmerking wordt genomen (tweede vraag). Overwegingen van het Hof in punt 31 van het arrest van 12 november 2014, C-140/13, zouden in deze zin kunnen worden begrepen.
- 32 Moet daarentegen rekening worden gehouden met wijzigingen van de omstandigheden en met de gevolgen daarvan voor de mate waarin gegevens nopen tot geheimhouding, dan dient te worden overwogen of op algemene wijze kan worden aangenomen dat na verloop van tijd de vereiste actualiteit van informatie, waaraan deze haar voortbestaande economische waarde bij de mededinging ontleent, teloorgegaan is (derde vraag). Dergelijke overwegingen kunnen eventueel aanknopen bij voorschriften zoals die welke onder meer ten grondslag liggen aan punt 23 van de mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB 2005, C 325, blz. 7), en die in de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie zijn aanvaard (zie bijvoorbeeld arrest Gerecht van 28 januari 2015, T-341/12, punt 84, en beschikking Gerecht van 22 februari 2005, Hynix Semiconductor/Raad, T-383/03, EU:T:2005;57, punt 60). Volgens deze rechtspraak is informatie die geheim of vertrouwelijk is geweest, maar minstens vijf jaar oud is en daarom moet worden geacht niet meer actueel te zijn, niet geheim of vertrouwelijk, tenzij de betrokkene bij wijze van uitzondering aantoonde dat deze informatie, ondanks dat zij gedateerd is, nog steeds een wezenlijk onderdeel van zijn commerciële positie of die van een derde is.

[OMISSIS] [ondertekeningen]

[OMISSIS] [ondertekeningen]

**[Or. 17]**

[OMISSIS] [voor eensluidend gewaarmerkt]