Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PRIIT PIKAMÄE
föredraget den 2 oktober 2019 [1]

Mål C-442/18 P

Europeiska centralbanken (ECB)
mot

Espírito Santo Financial (Portugal), SGPS, SA

”Överklagande – Tillgång till handlingar – Tillgång till ECB:s beslut av den 1 augusti 2014 i vilket Banco Espírito Santo SA fick sin status som penningpolitisk motpart i eurosystemet upphävd och ålades att återbetala en skuld på flera miljarder euro, samt tillgång till samtliga handlingar knutna till detta beslut – Avslag på ansökan om full tillgång”

I. Inledning

1. I sitt överklagande har Europeiska centralbanken (ECB) yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 26 april 2018 i målet Espírito Santo Financial (Portugal)/ECB, [2] genom vilken tribunalen ogiltigförklarade ECB:s beslut av den 1 april 2015 (nedan kallat det omtvistade beslutet) om delvist avslag på ansökan om tillgång till vissa handlingar avseende ECB:s beslut av den 1 augusti 2014, i den del beslutet innebar att tillgång nekades till uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014 och till den information som dolts i förslagen från ECB:s direktion av den 28 juli och den 1 augusti 2014.

2. Till stöd för sitt överklagande har ECB åberopat en enda grund, nämligen att tribunalen felaktigt har funnit att ECB, när den vägrar att ge tillgång till uppgifter som rör genomförandet av den monetära politiken, är skyldig att ange en motivering som gör det möjligt att förstå och kontrollera hur tillgången till dessa uppgifter konkret och faktiskt skulle undergräva skyddet för det allmänna samhällsintresset i fråga om sekretessen vid överläggningar i ECB:s beslutande organ.

3. Förevarande mål ger således domstolen tillfälle att uttala sig om den grundläggande frågan, nämligen huruvida det är principen om sekretess eller principen om öppenhet som ska tillämpas vid överläggningar i ett av ECB:s beslutande organ, ett problem vars lösning måste grundas på såväl beslut 2004/258/EG [3] som på primärrätten.

1 Originalspråk: franska.

2 T-251/15, ej publicerad, EU:T:2018:234, nedan kallad den överklagade domen.

3 Europeiska centralbankens beslut av den 4 mars 2004 om allmänhetens tillgång till Europeiska centralbankens handlingar (EUT L 80, 2004, s. 42).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Stadgan för ECBS och ESB

4. I artikel 10.4 i protokoll nr 4 till stadgan för Europeiska centralbanksystemet (ECBS) och ECB[4] (nedan kallad stadgan för ECBS och ECB) föreskrivs följande:

”Sammanträdena ska vara hemliga. ECB-rådet kan besluta om att offentliggöra resultaten av sina överläggningar.”

B. ECB:s arbetsordning

5. I artikel 23.1 i beslut ECB/2004/2,[5] som har rubriken ”Sekretess och tillgång till ECB:s dokument”, föreskrivs i huvudsak att överläggningarna i ECB:s beslutande organ och i kommittéer och grupper som tillsatts av dem ska vara hemliga om inte ECB-rådet bemyndigar ordföranden att offentliggöra resultaten av överläggningarna.

C. Beslut 2004/258

6. Enligt artikel 1 i beslut 2004/258 syftar detta beslut till att ”uppställa de villkor och gränser enligt vilka ECB skall ge allmänheten tillgång till ECB:s handlingar”.

7. Enligt artikel 2.1 i beslut 2004/258 ska ”[v]arje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat … ha rätt till tillgång till ECB:s handlingar, med beaktande av de villkor och gränser som fastställs i detta beslut”.

8. I artikel 4 i beslut 2004/258, som har rubriken ”Undantag”, föreskrivs följande i punkterna 1 a, 3 och 6:

”1. ECB skall vägra att ge tillgång till en handling om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för

a) det allmänna samhällsintresset i fråga om

– sekretessen vid överläggningar i ECB:s beslutande organ,

…

3. Tillgång till en handling som innehåller yttranden för internt bruk och som är en del av överläggningar och inledande samråd inom ECB eller med nationella centralbanker skall vägras även efter det att beslutet fattats, om det inte föreligger ett övervägande allmänintresse av utlämnandet.

…

6. De undantag som anges i denna artikel skall enbart tillämpas under den period då skyddet är motiverat på grundval av handlingens innehåll. Undantagen får gälla i högst 30 år om inte ECB-rådet uttryckligen föreskriver något annat. För handlingar som omfattas av undantagen gällande privatliv eller affärsintressen får undantagen fortsätta att gälla även efter denna period.”

4 EUT C 326, 2012, s. 230.

5 Europeiska centralbankens beslut av den 19 februari 2004 om antagande av arbetsordningen för Europeiska centralbanken (EUT L 80, 2004, s. 33), i dess lydelse enligt ECB:s beslut ECB/2014/1 av den 22 januari 2014 (EUT L 95, 2014, s. 56) (nedan kallad ECB:s arbetsordning).

III. Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet

9. Espírito Santo Financial (Portugal), SGPS, SA (nedan kallat ESF) är ett holdingbolag bildat enligt portugisisk rätt som är föremål för ett insolvensförfarande. Bolaget var en av de största aktieägarna i banken Banco Espírito Santo SA (nedan kallad BES).

10. På grund av ökat finansiellt tryck och försämrad likviditet hade BES från och med maj 2014 tillgång till Eurosystemets kredittransaktioner och fick från och med juli 2014 akut likviditetsstöd från Banco de Portugal, den portugisiska centralbanken.

11. Den 23 juli 2014 beslutade ECB-rådet först att, fram till sitt nästa ordinarie möte, inte motsätta sig beviljandet av akut likviditetsstöd till BES, så länge stödet höll sig inom ett visst tak.

12. På förslag av ECB:s direktion av den 28 juli 2014 beslutade ECB-rådet samma dag att upprätthålla BES tillgång till ”penningpolitiska instrument”, och samtidigt ”frysa” den pågående krediten till BES, dess filialer och dess dotterbolag ”på nuvarande nivå”. Det kreditbelopp som tilldelades dessa enheter med hjälp av Eurosystemets kredittransaktioner begränsades följaktligen till den nivå som gällde den 28 juli 2014.

13. På förslag av ECB:s direktion av den 1 augusti 2014 beslutade ECB-rådet samma dag av försiktighetsskäl bland annat att tills vidare skjuta upp BES och dess filialers tillgång till de penningpolitiska instrumenten och ålade BES att senast den 4 augusti 2014 återbetala hela den kredit som beviljats inom ramen för Eurosystemet. Detta beslut antecknades i ett protokoll, där även taket för det akuta likviditetsstöd som Banco de Portugal fick tilldela BES angavs.

14. Under dessa omständigheter beslutade de portugisiska myndigheterna att låta BES bli föremål för ett resolutionsförfarande. Därefter inleddes ett insolvensförfarande mot ESF.

15. Genom skrivelse till ECB av den 5 november begärde ESF att få tillgång till ECB-rådets beslut av den 1 augusti 2014, samt till samtliga handlingar som ECB innehade som ”på ett eller annat sätt” hade en anknytning till detta beslut.

16. ECB tillmötesgick denna begäran och beviljade ESF bland annat delvis tillgång till förslagen från ECB:s direktion av den 28 juli och den 1 augusti 2014 samt till de protokollsutdrag som fogats till besluten av den 28 juli och den 1 augusti 2014.

17. Genom skrivelse av den 4 februari 2015 skickade ESF en bekräftande ansökan till ECB, i vilken den hävdade att ECB:s motivering för att inte bevilja full tillgång till vissa begärda handlingar var alltför vag och allmän. Vidare ansökte ESF om tillgång till dels uppgifter om de belopp som hade dolts i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli och den 1 augusti 2014, det vill säga det kreditbelopp som beviljats BES, dess filialer och dess dotterbolag samt taket för det akuta likviditetsstödet till BES, dels viss information som hade dolts i direktionens förslag av den 28 juli och den 1 augusti 2014.

18. Genom skrivelse av den 1 april 2015 lämnade ECB, efter att ha förlängt fristen för att svara på den bekräftande ansökan, ut den kompletterande informationen i direktionens förslag av den 28 juli och den 1 augusti 2014. I övrigt bekräftade ECB, med tillämpning av artikel 4 i beslut 2004/258, sitt beslut att vägra att ge tillgång till uppgifter om de belopp som dolts i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli och den 1 augusti 2014 samt till vissa delar som strukits i direktionens förslag av den 28 juli och den 1 augusti 2014.

IV. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

19. ESF väckte talan om ogiltigförklaring av ECB:s underförstådda beslut av den 4 mars 2015 och yrkade att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras och att ECB skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

20. ECB yrkade att talan skulle ogillas och att klaganden skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

21. Tribunalen ogiltigförklarade det omtvistade beslutet i den del ECB hade vägrat att ge tillgång till uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014 och till den information som dolts i förslagen från ECB:s direktion av den 28 juli och den 1 augusti 2014. Tribunalen ogillade talan i övrigt.

V. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

22. Genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 5 juli 2018 har ECB ingett förevarande överklagande.

23. ECB har i första hand yrkat att domstolen ska upphäva den första punkten i domslutet i den överklagade domen. ECB har vidare yrkat att domstolen ska ogilla ESF:s talan angående ECB:s vägran att lämna ut uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014 eller, i andra hand, återförvisa målet till tribunalen för avgörande. ECB har slutligen yrkat att domstolen ska förplikta ESF att ersätta två tredjedelar av rättegångskostnaderna och förplikta ECB att ersätta en tredjedel av rättegångskostnaderna.

24. Till stöd för sitt överklagande har ECB åberopat en enda grund, nämligen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB och artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258. ECB har anfört denna grund till stöd för sin kritik av punkterna 124 och 161 i den överklagade domen, jämförda med punkterna 54–56 och 75–81 i densamma. ECB anser närmare bestämt att tribunalen gjorde fel när den slog fast att ECB var skyldig att lämna en motivering till sin vägran att ge tillgång till uppgifter i de protokollsutdrag som fogats till beslutet av den 28 juli 2014, och att det av denna motivering måste vara möjligt att förstå och kontrollera hur tillgång till dessa uppgifter konkret och faktiskt skulle ha kunnat skada det allmänna samhällsintresset i fråga om sekretess vid överläggningarna i ECB:s beslutande organ.

25. ECB har i sitt överklagande gjort gällande att principen om sekretess vid överläggningarna i ECB-rådet, som, i fråga om primärrätten, slås fast i artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB, bekräftas i artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258. ECB har gjort gällande att den sistnämnda bestämmelsen ska tolkas i överensstämmelse med denna princip.

26. ECB har dock vid förhandlingen medgett att det finns en viss spänning mellan artikel 4.1 a i beslut 2004/258 och de relevanta bestämmelserna i primärrätten. ECB anser att det är lämpligt att minska denna spänning genom att tolka beslut 2004/258 mot bakgrund av primärrätten och principen om att överläggningarna i ECB:s beslutande organ ska vara hemliga.

27. ESF har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta ECB att ersätta rättegångskostnaderna.

VI. Bedömning

28. Som redan påpekats har ECB i sitt överklagande anfört en enda grund, nämligen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB och artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258.

29. Det bör dessutom påpekas att de argument som ECB har anfört till stöd för denna grund inte påverkar giltigheten av beslut 2004/258, utan huvudsakligen avser den omständigheten att beslutet inte kan förstås som ett villkor för tillgång till handlingar som strider mot primärrätten.

30. Mot bakgrund av de argument som ECB har anfört kommer jag först och främst att redogöra för de relevanta bestämmelser i primärrätten som rör tillgång till ECB:s handlingar och, mer specifikt, resultaten av överläggningarna i ECB:s beslutande organ. Härigenom kommer jag att avgränsa den princip som reglerar tillgången till sådana handlingar (avsnitt A). Med beaktande av denna princip kommer jag därefter att undersöka följderna av att ECB-rådet kan besluta att lämna ut resultatet av sina överläggningar (avsnitt B). Mot bakgrund av samtliga dessa överväganden kommer jag slutligen att fastställa omfattningen av motiveringsskyldigheten vid nekad tillgång till handlingar med stöd av artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258 (avsnitt C).

A. Den princip som är tillämplig i fråga om tillgång till ECB:s handlingar enligt fördragen

31. Låt mig till att börja med påpeka att öppenhetsprincipen är inskriven i artiklarna 1 och 10 FEU samt i artikel 15 FEUF,[6] eftersom dessa bestämmelser, i fråga om primärrätten, ligger till grund för det regelverk som reglerar tillgången till de handlingar som innehas av unionens institutioner. Genom att upprepa den roll som artikel 255 EG hade har artikel 15 FEUF, som infördes efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget, utvidgat tillämpningsområdet för principen om öppenhet i unionsrätten.[7]

32. I artikel 15.3 första stycket FEUF anges närmare bestämt den rätt till tillgång till unionsinstitutionernas handlingar som enligt artikel 42 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tillkommer varje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat. En följd av rätten till tillgång till handlingar är den skyldighet att lämna insyn som åligger institutionerna. Gränserna för rätten till tillgång till handlingar och skyldigheten att lämna insyn fastställs, enligt artikel 15.3 andra stycket FEUF, genom förordningar.

33. Enligt artikel 15.3 fjärde stycket FEUF omfattas emellertid Europeiska unionens domstol, Europeiska investeringsbanken och ECB endast av den i artikel 15.3 första stycket föreskrivna rätten till tillgång till handlingar när de utövar sina administrativa funktioner. Domstolen har redan funnit att villkoren för tillgång till de handlingar som finns hos de institutioner som anges i artikel 15.3 fjärde stycket FEUF, och som har samband med domstolens administrativa funktioner, inte får fastställas genom förordningar som antas med stöd av artikel 15.3 andra stycket FEUF.[8]

34. Av detta drar jag slutsatsen att de skyldigheter att lämna insyn som åvilar ECB vid utövandet av funktioner som inte är administrativa ska särskiljas från de skyldigheter som åvilar ECB vid utövandet av administrativa funktioner.

6 Se dom av den 9 november 2010, Volker und Markus Schecke och Eifert (C-92/09 och C-93/09, EU:C:2010:662, punkt 68).

7 Se dom av den 21 september 2010, Sverige m.fl./API och kommissionen (C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P, EU:C:2010:541, punkt 81), och dom av den 18 juli 2017, kommissionen/Breyer (C-213/15 P, EU:C:2017:563, punkt 50).

8 Se dom av den 18 juli 2017, kommissionen/Breyer (C-213/15 P, EU:C:2017:563, punkt 48).

35. Den omständigheten att ECB inte omfattas av de skyldigheter att lämna insyn som är tillämpliga i sådana situationer som avses i artikel 15.3 första och andra stycket FEUF när ECB utför icke-administrativa uppgifter i enlighet med artikel 282 FEUF, bland annat sin uppgift att föra unionens monetära politik, motiveras just med hänsyn till uppgiftens natur. [9] Det är nämligen viktigt att komma håg att ECB genom denna politik spelar en betydande roll för att upprätthålla prisstabilitet och det finansiella systemet.

36. Det är ECB-rådet som har anförtrotts den viktiga uppgiften att utforma den monetära politiken. [10] Som framgår av förevarande mål är ECB-rådet dessutom bland annat delaktigt i förfarandet för beviljande av medel till enheter i ekonomiska svårigheter, med hjälp av Eurosystemets kredittransaktioner. Att under denna unika process lämna ut vissa av de uppgifter som ECB har tillgång till skulle i vissa fall skapa en stor risk för ekonomisk spekulation. Denna risk skulle kunna äventyra de mål som ECB eftersträvar. [11]

37. För att ECB ska kunna utföra sina uppgifter självständigt och på ett effektivt sätt måste beslutsprocessen i ECB:s organ dessutom skyddas från alla yttre påtryckningar, vilket kan säkerställas genom att låta denna process omfattas av sekretess. [12] Det är av samma skäl som det i unionsrätten även finns andra bestämmelser som i huvudsak syftar till att skydda ECB mot alla former av politiska påtryckningar för att göra det möjligt för ECB att effektivt arbeta för de fastställda målen för dess verksamhet, tack vare det oberoende utövandet av de särskilda befogenheter som ECB har getts i det syftet. [13]

38. Medlemsstaterna har vidare medgett att ECB:s beslutande organ har en unik roll, men har samtidigt antagit stadgan för ECBS och ECB. I artikel 10.4 i denna stadga föreskrivs att ECB-rådets sammanträden ska vara hemliga och att ECB-rådet självt kan besluta om att offentliggöra resultatet av sina överläggningar.

39. Av det ovan anförda drar jag slutsatsen att medlemsstaterna avsiktligen har valt att inte låta ECB-rådets beslutsprocess omfattas av den skyldighet att lämna insyn som gäller i de situationer som avses i artikel 15.3 första stycket FEUF. Detta innebär inte att processen inte omfattas av unionens bestämmelser om tillgång till handlingar. [14] I enlighet med de bestämmelser som nämns i punkterna 33–35 i förevarande förslag till avgörande måste emellertid principen om öppenhet i detta sammanhang ge vika för principen om sekretess.

40. Av den överklagade domen framgår emellertid, vad gäller resultaten av ECB-rådets beslutsprocess, att principen om sekretess enligt artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB, jämförd med artikel 4.1 a i beslut 2004/258, går före öppenhetsprincipen. Tribunalen har nämligen tolkat den omständigheten att ECB-rådet kan besluta att lämna ut resultaten av sina överläggningar så, att ECB-rådet ska använda det utrymme för skönsmässig bedömning som det förfogar över i fråga om att vägra att ge tillgång till de begärda handlingarna på de villkor och inom de gränser som anges i beslut 2004/258. Enligt tribunalen ska ECB-rådet, när det vägrar att ge tillgång till sådana resultat med stöd av artikel 4.1 a i beslut 2004/258, tillhandahålla en detaljerad motivering som gör det möjligt för sökanden att förstå och kontrollera hur allmänhetens tillgång till information konkret och faktiskt

9 Se, för ett liknande resonemang, Siekmann, H., ”The Legality of Outright Monetary Transactions of the European System of Central Banks”, i Rövekamp, F., Bälz, M., Hilpert, H.G. (eds.), *Central Banking and Financial Stability in East Asia*, Springer International Publishing, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015, s. 114.

10 Se Hofmann, H.C.H., ”Monetary Policy and Euro Area Governance in the EMU”, i Hofmann, H.C.H., Rowe, G.C., Türk, A.H. (eds.), *Specialized Administrative Law of the European Union*: A Sectoral Review, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 250.

11 Se Dawson, M., Maricut-Akbik, A., Bobić, A., ”Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism”, *European Law Journal*, vol. 25(1), 2019, s. 82–85.

12 Se Curtin, D., ”’Accountable Independence’ of the European Cental Bank: Seeing the Logics of Transparency”, *European Law Journal*, 2017, vol. 23(1–2), s. 35.

13 Se dom av den 10 juli 2003, kommissionen/ECB (C-11/00, EU:C:2003:395, punkt 134).

14 Se Rossi, L., Vinagre e Silva, P., *Public Access to Documents in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2017, s. 78.

skulle undergräva skyddet för det allmänna samhällsintresset i fråga om sekretessen vid överläggningar i ECB:s beslutande organ. Jag kommer nedan att undersöka huruvida det finns grund för tribunalens bedömning att ECB-rådets utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller utlämnande av resultaten av dess överläggningar bestäms av bestämmelserna i beslut 2004/258, vilket innebär att underlåtenhet att lämna ut dessa resultat endast utgör ett undantag, respektive att vägran att ge tillgång till sådana resultat måste åtföljas av en detaljerad motivering.

B. Utlämnande av resultaten från ECB-rådets överläggningar

41. I punkterna 76–80 i den överklagade domen, till vilka det hänvisas i punkt 124 i samma dom, fann tribunalen att ECB-rådets beslut – och följaktligen även de protokoll i vilka dessa beslut nedtecknades – inte åtnjuter ett absolut skydd vad gäller spridningen av dem, vilket innebär att ett beslut att inte lämna ut dem endast ska ses som ett undantag. Tribunalen underströk att ECB-rådet enligt artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB kan besluta att offentliggöra resultatet av sina överläggningar. Följaktligen ska det utrymme för skönsmässig bedömning som ECB-rådet förfogar över i detta avseende utövas på de villkor och inom de gränser som anges i beslut 2004/258, vars syfte enligt tribunalen är att i så stor utsträckning som möjligt ge tillgång till ECB:s handlingar.

42. Jag finner emellertid inte denna tolkning av bestämmelserna i stadgan för ECBS och ECB och bestämmelserna i beslut 2004/258 särskilt övertygande.

43. Jag noterar för det första att det av skäl 3 i beslut 2004/258, i motsats till vad tribunalen har gjort gällande, inte framgår att ”tillgången till ECB:s handlingar” ska vara så stor som möjligt utan endast att ”större tillgång till ECB:s handlingar bör ges”. I detta skäl erkänns även att samtidigt som tillgång till ECB:s handlingar bör vara tillåten ska ECB:s oberoende säkerställas och sekretessen avseende vissa frågor som specifikt rör utförandet av dess uppgifter skyddas. Det går således att hävda att den premiss som ligger till grund för tribunalens beslut inte är densamma som den som ligger till grund för detta beslut.

44. För det andra är enligt samma skäl ”sammanträdena som ECB:s beslutande organ håller hemliga om inte det beslutande organet beslutar att offentliggöra resultaten av sina överläggningar”, vilket påminner om ordalydelsen i artikel 132.2 FEUF, enligt vilken ECB ”kan besluta” att offentliggöra sina beslut, rekommendationer och yttranden. I denna bestämmelse hänvisas redan till ECB:s utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller offentliggörandet av sina beslut.[15] På samma sätt bekräftar artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB och artikel 23.1 *in fine* i ECB:s arbetsordning ECB:s utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller utlämnandet av dess beslut. Enligt dessa bestämmelser kan ECB-rådet besluta att offentliggöra resultatet av sina överläggningar.

45. I samtliga ovannämnda bestämmelser nyanseras visserligen principen att resultaten från ECB-rådets överläggningar omfattas av sekretess. Enligt artikel 10.4 första meningen i stadgan för ECBS och ECB och artikel 23.1 i ECB:s arbetsordning ska nämligen principen om sekretess tillämpas på ECB-rådets överläggningar, medan sekretessen i fråga om resultaten av ECB-rådets överläggningar i enlighet med artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB och artikel 23.1 *in fine* i ECB:s arbetsordning har en relativ karaktär. I motsats till vad tribunalen slog fast i punkt 80 i den överklagade domen innebär detta emellertid inte att nivån på skyddet av resultaten av överläggningarna per automatik är lägre än den nivå som gäller för själva överläggningarna eller att vägran att lämna ut resultaten endast utgör ett undantag.

15 Se Van Cleynenbreugel, P., ”Confidentiality behind transparent doors: The European Central Bank and the EU law principle of openness”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25(1), s. 54. I förevarande mål uppkommer dessutom inte frågan huruvida artikel 132.2 FEUF är förenlig med artikel 297.2 FEUF, enligt vilken beslut, när de inte anger till vem de riktar sig, ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*. Beslutet av den 28 juli 2014 rörde nämligen BES och kan således inte anses som ett beslut som inte anger till vem det riktar sig.

46. Det finns nämligen ingenting som tyder på att unionslagstiftaren genom de två sistnämnda bestämmelserna avsåg att avvika från principen om att ECB-rådets överläggningar ska vara hemliga. Enligt bestämmelserna i FEUF och i stadgan för ECBS och ECB *kan* ECB-rådet besluta att sådana resultat ska lämnas ut, men ECB-rådet behöver inte göra detta.

47. Denna slutsats påverkas inte av den tvetydiga formuleringen i artikel 4.1 a i beslut 2004/258.

48. Visserligen kan formuleringarna i beslut 2004/258 ge intryck av att det endast i undantagsfall är möjligt att vägra att ge tillgång till beslut som fattas av ECB-rådet med stöd av artikel 4.1 a första strecksatsen i detta beslut. Artikel 4 i beslut 2004/258 har ju rubriken ”Undantag”. Ordalydelsen i artikel 4.1 a första strecksatsen i detta beslut förefaller även antyda att tillgång till handlingar i princip ska beviljas. Enligt denna bestämmelse ska ECB vägra att ge tillgång till en handling om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för det allmänna samhällsintresset i fråga om sekretessen vid överläggningar i ECB-rådet. I artikel 4.5 och 4.6 i beslut 2004/258 används dessutom begreppet ”undantag” i förhållande till samtliga fall av avslag, däribland det som föreskrivs i artikel 4.1 a första strecksatsen i detta beslut.

49. Jag påpekar för det första att sekundärrättens bestämmelser om tillgång till handlingar inte kan resultera i att bestämmelserna i artikel 15.3 FEUF, om att ECB ska undantas från de institutioner på vilka öppenhetsprincipen ska tillämpas fullt ut, i stor utsträckning berövas sin ändamålsenliga verkan. Dessa bestämmelser kan inte heller undanröja det utrymme för skönsmässig bedömning som ECB har enligt artikel 132.2 FEUF. Beslut 2004/258 kan således inte kullkasta logiken i samtliga ovannämnda bestämmelser och ersätta principen om sekretess med öppenhetsprincipen, så att huvudregeln är att resultaten från ECB-rådets överläggningar ska lämnas ut och att överläggningarna endast i undantagsfall ska vara hemliga.

50. Denna slutsats stöds av skälen 3 och 4 i beslut 2004/258, av vilka följer att lagstiftarens avsikt med att anta detta beslut inte var att avvika från de bestämmelser i primärrätten som avses i föregående punkt i förevarande förslag till avgörande.

51. Det är riktigt att skäl 4 i beslut 2004/258 kan ge intryck av att ett avslag på en ansökan om tillgång med stöd av artikel 4.1 a i detta beslut endast utgör ett undantag. Med hänvisning till de tankegångar som lyftets fram i den första delen av skäl 3 i beslutet, nämligen att större tillgång till ECB:s handlingar bör ges, preciseras emellertid att vissa allmänna och enskilda intressen bör garanteras genom undantagsbestämmelser. Av den andra delen av skäl 3 framgår emellertid att denna större tillgång till handlingar, till vilken undantag är tillåtna för att skydda vissa allmänna och enskilda intressen, inte får undergräva ECB:s oberoende eller sekretessen avseende vissa frågor som specifikt rör utförandet av ECB:s uppgifter och att det är därför som sammanträdena i ECB:s beslutande organ är hemliga. En kombinerad läsning av dessa två skäl visar att beslut 2004/258 i sig inte innebär att det undantag som fastställts för överläggningarna i detta organ ska likställas med de övriga undantag som föreskrivs i samma beslut.

52. För fullständighetens skull påpekar jag att artikel 4.6 i beslut 2004/258 enligt min mening inte heller talar för tribunalens tolkning i den överklagade domen. Enligt denna bestämmelse ska de undantag som anges i artikel 4 i beslut 2004/258 enbart tillämpas under den period då skyddet är motiverat på grundval av handlingens innehåll. Denna bestämmelse får emellertid inte utgöra hinder för ECB-rådets rätt att med stöd av primärrätten avgöra huruvida resultaten av dess överläggningar ska lämnas ut. Såsom framgår av punkt 51 i förevarande förslag till avgörande innebär inte den ram som föreskrivs i beslut 2004/258 att det undantag som införts till förmån för ECB:s beslutande organ kan likställas med de övriga undantag som föreskrivs i samma beslut.

53. För det tredje kan man visserligen fråga sig huruvida artikel 4.1 a i beslut 2004/258 innebär att resultatet av ECB-rådets samtliga överläggningar ska lämnas ut i klump och i förväg. Beslut 2004/258 antogs nämligen av ECB-rådet och, i enlighet med artikel 132.2 FEUF och artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB samt artikel 23.1 *in fine* i ECB:s arbetsordning, får detta organ besluta att offentliggöra resultatet av sina beslut. I detta sammanhang innebär artikel 4.1 a i beslut 2004/258 ett generellt tillstånd att offentliggöra resultaten av samtliga överläggningar.

54. Vid förhandlingen påpekade ECB att artikel 10.4 andra meningen i stadgan för ECBS och ECB dock inte ger ECB-rådet ett så stort utrymme för skönsmässig bedömning. Jag konstaterar att det i denna bestämmelse föreskrivs att ECB-rådet i efterhand och i ett konkret fall kan utöva sin befogenhet på ett visst sätt. Varje annan tolkning skulle göra det möjligt för ECB-rådet att kringgå medlemsstaternas önskemål om tillgång till ECB:s handlingar i enlighet med artikel 15.3 fjärde stycket och artikel 132.2 FEUF samt artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB.

55. Det framgår av min bedömning att ECB-rådets överläggningar omfattas av principen om sekretess. Det förbehåll som innebär att ECB-rådet kan besluta att offentliggöra resultaten av sina överläggningar, och som återfinns i flera bestämmelser i unionsrätten, påverkar inte denna slutsats. ECB-rådet har med andra ord ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att besluta om att lämna ut sådana resultat, men det är inte skyldigt att lämna ut resultaten.

56. Jag övergår nu till att undersöka vilken betydelse föregående punkter har för motiveringsskyldigheten vid avslag på en ansökan om tillgång till handlingar med stöd av artikel 4.1 a i beslut 2004/258. Enligt föregående punkter måste för det första öppenhetsprincipen ge vika för principen om sekretess i samband med ECB-rådets beslutsprocess (se punkt 39 i förevarande förslag till avgörande). och För det andra har ECB-rådet ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller utlämnandet av resultaten av denna process (se punkt 55 i förevarande förslag till avgörande).

C. Motivering av avslagsbeslut med stöd av artikel 4.1 a i beslut 2004/258

57. Det är symtomatiskt att tribunalen, genom att i punkt 124 i den överklagade domen slå fast att ECB ska motivera varje beslut angående en ansökan om tillgång till handlingar som fattats med stöd av de undantag som räknas upp i artikel 4 i beslut 2004/258, har utgått från den rättspraxis som citeras i punkterna 54–56 i den domen och funnit att denna rättspraxis var analogt tillämplig på artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258.

58. Jag är emellertid osäker på om det går att göra en sådan analogi.

59. Jag noterar för det första att de avsnitt i domen Sverige och Turco/rådet,[16] som tribunalen nämnde i punkterna 54 och 55 i den överklagade domen endast rörde förordning (EG) nr 1049/2001.[17] Vidare var denna förordning föremål för de flesta av de domar från tribunalen som citeras i punkterna 54–56 i den överklagade domen.[18] Även om tribunalens dom Thesing och Bloomberg Finance/ECB,[19] som nämns i punkt 55 i den överklagade domen, verkligen avsåg beslut 2004/258 var det emellertid inte artikel 4.1 a första strecksatsen i detta beslut, utan artikel 4.1 a andra strecksatsen, som i den domen var föremål för tribunalens tolkning i den domen. Även här hänvisade tribunalen, analogt, till EU-domstolens rättspraxis angående förordning nr 1049/2001.

16 Se dom av den 1 juli 2008, Sverige och Turco/rådet (C-39/05 P och C-52/05 P, EU:C:2008:374, punkt 48).

17 Europaparlamentets och rådets förordning av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

18 Dom av den 11 mars 2009, Borax Europe/kommissionen (T-121/05, ej publicerad, EU:T:2009:64, punkt 37), dom av den 12 september 2013, Besselink/rådet (T-331/11, ej publicerad, EU:T:2013:419, punkterna 96 och 99), och dom av den 29 oktober 2015, Litauen/kommissionen (T-110/13, ej publicerad, EU:T:2015:818, punkt 61).

19 Dom av den 29 november 2012, Thesing och Bloomberg Finance/ECB (T-590/10, ej publicerad, EU:T:2012:635, punkt 42).

60. Jag noterar i detta avseende att enligt fast rättspraxis syftar förordning nr 1049/2001 till att ge allmänheten största möjliga rätt till tillgång till unionsinstitutionernas handlingar.[20] Genom att använda en nästan identisk formulering i punkt 80 i den överklagade domen, till vilken det hänvisas i punkt 124 i samma dom, angav tribunalen att beslut 2004/258 syftar till att ge *största möjliga tillgång* till ECB:s handlingar. Som påpekades i punkt 43 i förevarande förslag till avgörande syftar detta beslut emellertid *endast till att*, i förhållande till tidigare bestämmelser, *utvidga* tillgången till ECB:s handlingar.

61. För det andra kan man av domen Baumeister[21] dra slutsatsen att man bör vara försiktig med att göra analogier mellan, å ena sidan, det system för tillgång till handlingar som införts genom förordning nr 1049/2001 och, å andra sidan, de system som föreskrivs i andra unionsrättsakter.

62. I den ovannämnda domen slog domstolen fast att förordning nr 1049/2001, mot bakgrund av att dess syfte är att ge allmänheten största möjliga rätt till tillgång till institutionernas handlingar, i princip innebär att en EU-institution som har för avsikt att avslå en ansökan om tillgång till en handling är skyldig att förklara på vilket sätt tillgång till handlingen konkret skulle kunna skada det intresse som skyddas av ett av de undantag från rätten till tillgång till handlingar som är aktuellt.[22] Tribunalen har i punkt 124 i den överklagade domen nästan identiskt återgett detta stycke, och tillämpat det på ECB:s vägran att lämna ut handlingar med stöd av artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258.

63. Förordning nr 1049/2001 är emellertid tillämplig i de situationer som avses i artikel 15.3 första stycket FEUF i vilka, med iakttagande av öppenhetsprincipen, största möjliga tillgång ska ges till de handlingar som innehas av unionens institutioner.[23] Ansökan om tillgång till handlingar i förevarande mål omfattas dock av tillämpningsområdet för artikel 15.3 fjärde stycket FEUF.

64. I domen Baumeister[24] gjorde domstolen dessutom en tydlig åtskillnad mellan behandlingen av ansökningar om tillgång till handlingar som hänför sig till förordning nr 1049/2001 och behandlingen av handlingar som hänför sig till artikel 54.1 i direktiv 2004/39/EG,[25] som har rubriken ”Tystnadsplikt”. Domstolen slog fast att förordning nr 1049/2001 i princip innebär att en unionsinstitution som har för avsikt att avslå en ansökan om tillgång till en handling är skyldig att förklara på vilket sätt tillgång till handlingen konkret skulle kunna skada det intresse som skyddas av ett av de undantag från rätten till tillgång till handlingar som är aktuellt. Däremot fann domstolen att de behöriga myndigheterna, om de anser att de uppgifter till vilken tillgång begärs är konfidentiell information i den mening som avses i artikel 54.1 i direktiv 2004/39, kan bifalla en sådan ansökan endast i de fall som uttömmande räknas upp i den bestämmelsen.[26]

65. Det går således att hävda att det system som föreskrivs i förordning nr 1049/2001 prioriterar öppenhetsprincipen medan det system som föreskrivs i artikel 54.1 i direktiv 2004/39 utgår från antagandet att de uppgifter som omfattas av förordningens tillämpningsområde omfattas av principen om sekretess. Denna åtskillnad har även verkningar för omfattningen av motiveringsskyldigheten vid avslag på en ansökan om tillgång till de begärda handlingarna.

20 Se dom av den 16 juli 2015, ClientEarth/kommissionen (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punkt 57).

21 Dom av den 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punkterna 41 och 42).

22 Se dom av den 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punkterna 41 och 42).

23 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2017, kommissionen/Breyer (C-213/15 P, EU:C:2017:563, punkt 49).

24 Dom av den 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punkterna 42 och 43).

25 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG (EUT L 145, 2004, s. 1).

26 Se dom av den 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punkterna 42 och 43).

66. Med bakgrund av ovanstående noterar jag att artikel 4.1 a i beslut 2004/258, jämförd med artikel 15.3 fjärde stycket FEUF, artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB samt artikel 23.1 i ECB:s arbetsordning, även utgår från antagandet att ECB-rådets överläggningar omfattas av principen om sekretess. De skillnader i motiveringsskyldighetens omfattning vid avslag på en ansökan om tillgång till handlingar som finns mellan de situationer som omfattas av förordning nr 1049/2001 och de situationer som omfattas av artikel 54.1 i direktiv 2004/39 finns följaktligen även mellan, å ena sidan, alla bestämmelser om utlämnande av resultaten från överläggningarna i ECB-rådet och, å andra sidan, förordning nr 1049/2001. Tribunalens analogi mellan den rättspraxis som citeras i punkterna 54–56 i den överklagade domen och artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258 kan således inte godtas.

67. För det tredje framgår det av domstolens rättspraxis angående förordning nr 1049/2001 att det, även inom ramen för det system för tillgång till handlingar som fastställs i den förordningen, är möjligt att erkänna förekomsten av allmänna presumtionsregler med innebörden att utlämnandet av de begärda handlingarna i princip alltid undergräver skyddet för de intressen eller det syfte som, med tillämpning av nämnda förordning kan motivera beslutet om avslag på ansökan om tillgång till handlingarna.[27] I ett sådant fall ankommer det på sökanden att visa att den handling som begärs utlämnad inte omfattas av presumtionen.[28] Även om man anser att de relevanta bestämmelserna i primärrätten och sekundärrätten, däribland artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258, endast gör det möjligt att tillämpa en sådan presumtion i fråga om resultaten av överläggningarna i ECB-rådet, gjorde tribunalen fel när den, i avsaknad av omständigheter som kunde vederlägga denna allmänna presumtionsregel, fann att ECB inte hade lämnat en tillräcklig motivering till sitt beslut om avslag på ansökan om tillgång till handlingarna.

68. Den överklagade domen ska följaktligen upphävas på grund av felaktig rättstillämpning, nämligen en felaktig tolkning av artikel 10.4 i stadgan för ECBS och ECB och artikel 4.1 a första strecksatsen i beslut 2004/258, eftersom tribunalen inte beaktade bestämmelserna i primärrätten om tillgång till ECB:s handlingar. Mot denna bakgrund ska överklagandet bifallas på den enda grund som anförts och den första punkten i domslutet i den överklagade domen upphävas i den del det omtvistade beslutet ogiltigförklarades i den del tillgång nekades till uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014. Jag noterar i detta sammanhang att ECB:s yrkanden inte avser tillgång till den information som dolts i förslagen från ECB:s direktion av den 28 juli och den 1 augusti 2014. ECB har således inte bestritt den överklagade domen i den del tribunalen ogiltigförklarade det omtvistade beslutet i den del detta avsåg dessa förslag eller, med andra ord, att ECB godtog den överklagade domen i den del denna avsåg dessa förslag.

69. Enligt artikel 61 första stycket andra meningen i stadgan för Europeiska unionens domstol kan domstolen, om den upphäver tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att målet är färdigt för avgörande i den del det avser vägran att bevilja tillgång till uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014. I motsats till vad tribunalen fann i punkt 124 i den överklagade domen var ECB nämligen inte skyldig att lämna en motivering när den vägrade att ge tillgång till uppgifterna i dessa utdrag.

70. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet bifalls och domstolen själv slutligt avgör saken. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Enligt artikel 138.3 i domstolens rättegångsregler ska däremot vardera parten bära sina rättegångskostnader om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Enligt min bedömning ändras det slutliga resultatet av tvisten inte genom ECB:s överklagande såvitt avser vägran att bevilja tillgång till uppgifterna om kreditbeloppet i de

27 Se, vad gäller den allmänna presumtionsregel beträffande tillgång till administrativa akter som fastställts i artikel 4.2 tredje strecksatsen i förordning nr 1049/2001, dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376, punkt 61).

28 Se dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376, punkterna 62, 68 och 70).

protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014. Jag anser således inte att de kostnader som är hänförliga till förfarandet i första instans och de kostnader som är hänförliga till talan om upphävande av den överklagade domen ska fastställas i enlighet med de villkor som anges i punkt 3 i domslutet i den överklagade domen, enligt vilka ESF och ECB ska bära sina egna rättegångskostnader, utan att ESF utöver att bära sina egna rättegångskostnader ska ersätta en tredjedel av ECB:s rättegångskostnader.

71. Avslutningsvis är jag medveten om att en del av doktrinen anser att ECB bör öka sin grad av öppenhet, bland annat genom att offentliggöra överläggningarna i ECB-rådet.[29] Min bedömning i förevarande förslag till avgörande grundar sig emellertid på det gällande regelverket. Av detta regelverk framgår att det är medlemsstaternas vilja (i form av ett avsiktligt beslut) att ECB:s beslutsprocess ska omfattas av sekretess, och att befogenheten att besluta att lämna ut resultaten av denna process har anförtrotts ECB-rådet.

72. För att förena, å ena sidan, sekretessen vid överläggningarna i ECB-rådet och resultaten av dessa överläggningar och, å andra sidan, ECB-rådets trovärdighet,[30] får ECB-rådet genom att utöva det utrymme för skönsmässig bedömning som det förfogar över besluta att lämna ut endast en del av resultaten av sina överläggningar. Även om ECB-rådet kan besluta att inte alls lämna ut sådana resultat, finns det desto större anledning för ECB-rådet att besluta att endast delvis lämna ut sådana uppgifter. Denna tolkning bekräftas av artikel 4.5 i beslut 2004/258. Om enbart delar av den begärda handlingen omfattas av något av undantagen, ska enligt den bestämmelsen övriga delar av handlingen lämnas ut. Jag understryker att detta är just vad ECB har gjort i förevarande fall.

VII. Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att överklagandet ska bifallas såvitt avser den enda grund som Europeiska centralbanken (ECB) har åberopat. Jag föreslår därför att domstolen meddelar följande dom:

1) Den första punkten i domslutet i den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 26 april 2018, Espírito Santo Financial (Portugal)/ECB (T-251/15, ej publicerad, EU:T:2018:234) ogiltigförklaras, nämligen den punkt i vilken den Europeiska centralbankens (ECB) beslut av den 1 april 2015 om delvist avslag på ansökan om tillgång till vissa handlingar avseende ECB:s beslut av den 1 augusti 2014 om Banco Espírito Santo SA ogiltigförklarades, i den del detta innebar att tillgång nekades till uppgifter om kreditbeloppet i de protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014.

2) Talan mot ECB:s beslut att inte lämna ut uppgifter om kreditbeloppet i det protokollsutdrag som fogats till ECB-rådets beslut av den 28 juli 2014 ogillas.

3) Espírito Santo Financial (Portugal), SGPS, SA ska bära sina egna rättegångskostnader och ersätta en tredjedel av ECB:s rättegångskostnader i första instans och i målet om överklagande.

4) ECB ska bära två tredjedelar av sina egna rättegångskostnader i första instans och i målet om överklagande.

29 Se, särskilt, Diana, G., ”Transparence, responsabilité et légitimité de la Banque centrale européenne”, *Bulletin de l'Observatoire des politiques economiques en Europe*, 2008, nr 18, s. 11–13. Se även, för ett liknande resonemang, European Added Value Unit, Towards a genuine Economic and Monetary Union, 2012, www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/494458/IPOL-JOIN_NT(2012)494458_EN.pdf, s. 12.

30 Se, angående denna problematik, de Haan, J., Eijffinger, S.C.W., Waller, S., *The European Central Bank. Credibility, Transparency and Centralization*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts – London, 2005, s. 123–125.