Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 18 marca 2021 r.[1]

Sprawa C-546/18

FN,
GM,
Adler Real Estate AG,
HL,
Petrus Advisers LLP
przy udziale:
Übernahmekommission

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny, Austria)]

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Ostateczny charakter decyzji wydawanych po zakończeniu postępowania administracyjnego – Dyrektywa 2004/25/WE – Wykładnia zgodna z prawem Unii

I. Wprowadzenie

1. Kontekst niniejszej sprawy kształtują dwa odrębne postępowania wszczęte przez Übernahmekommission (komisję do spraw przejęć, Austria). W pierwszym postępowaniu (wyjaśniającym) ustalono (obiektywne) okoliczności faktyczne naruszenia przepisów dotyczących obowiązkowych ofert przejęcia. Zgodnie z austriackimi przepisami proceduralnymi, gdy ustalenia poczynione w postępowaniu wyjaśniającym stają się ostateczne, w drugim postępowaniu (dotyczącym sankcji administracyjnych) te obiektywne ustalenia są wiążące przy ocenie, czy spełnione zostały również (podmiotowe) kryteria domniemanego naruszenia oraz przy nakładaniu sankcji na dane osoby.

2. W tym właśnie kontekście Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny, Austria), powołując się na art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą") oraz dyrektywę 2004/25/WE[2] (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie ofert przejęcia"), zasadniczo zmierza do uzyskania wskazówek w przedmiocie uprawnień proceduralnych, jakie prawo Unii przyznaje osobom, które nie były stronami „pierwszej tury" postępowania wyjaśniającego, ale które mogą zostać poddane sankcjom w „drugiej turze" postępowania administracyjnego ze względu na ich pozycję w strukturach korporacyjnych spółek będących stronami pierwszego postępowania.

[1] Język oryginału: angielski.

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz.U. 2004, L 142, s. 12).

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

3. Zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia państwa członkowskie wyznaczają organ lub organy do nadzoru nad ofertami przejęcia celem stosowania przepisów, jakie ustanawiają lub wprowadzają na mocy tej dyrektywy. Zgodnie z jej art. 4 ust. 5:

„Organy nadzoru posiadają wszelkie uprawnienia niezbędne do wykonywania swoich obowiązków, w tym czuwania nad przestrzeganiem przez strony oferty przepisów ustanowionych lub wprowadzonych na mocy niniejszej dyrektywy".

4. Artykuł 5 ust. 1 tej dyrektywy przewiduje obowiązek złożenia oferty przejęcia. Ów obowiązek powstaje w sytuacji, gdy „osoba fizyczna lub prawna, w wyniku nabycia przez nią lub przez osoby działające z nią w porozumieniu, posiada papiery wartościowe spółki w rozumieniu art. 1 ust. 1, które dodane do posiadanych przez nią papierów wartościowych i do papierów wartościowych posiadanych przez osoby działające z nią w porozumieniu, dają jej bezpośrednio lub pośrednio określony udział w ogólnej liczbie głosów w tej spółce, dający jej kontrolę nad tą spółką […]".

5. Zgodnie z art. 17 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia zatytułowanym „sankcje":

„Państwa członkowskie określają sankcje mające zastosowanie do naruszeń środków krajowych przyjętych zgodnie z niniejszą dyrektywą oraz podejmują wszelkie niezbędne kroki dla zapewnienia ich stosowania. Ustanowione w ten sposób sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne oraz odstraszające. Państwa członkowskie powiadamiają Komisję o tych środkach nie później niż w dniu, o którym mowa w art. 21 ust. 1, i o wszelkich ich zmianach w najszybszym możliwym czasie".

B. Prawo austriackie

6. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (austriacka ustawa z 1991 r o postępowaniu administracyjnym, zwana dalej „AVG") reguluje kwestie postępowań prowadzonych przez organy administracyjne w Austrii. Paragraf 24 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (ustawy z 1991 o postępowaniu karno-administracyjnym) przewiduje, że, o ile nie postanowiono inaczej, AVG znajduje zastosowanie także w postępowaniach karno-administracyjnych.

7. Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote (ustawa federalna dotycząca ofert przejęcia), BGBl. [federalny dziennik ustaw] I nr 127/1998 (zwana dalej „ÜbG") reguluje materialne i proceduralne aspekty publicznego przejęcia akcji i innych papierów wartościowych spółek giełdowych.

8. Paragraf 1 pkt 6 ÜbG zawiera definicję pojęcia „działania w porozumieniu". Zgodnie z § 23 ust. 1 w przypadku stwierdzenia, że strony „działały w porozumieniu" posiadane przez nie wzajemnie akcje lub papiery wartościowe w spółce będącej przedmiotem oferty łączy się w razie zastosowania §§ 22–22b ÜbG.

9. Paragraf 22 ÜbG dotyczy obowiązku złożenia oferty przejęcia. Obowiązkowi temu podlega „każdy, kto bezpośrednio lub pośrednio uzyskał udział kontrolujący w spółce będącej przedmiotem oferty” w ciągu 20 giełdowych dni roboczych. Paragraf 22a tej ustawy rozszerza ów obowiązek złożenia oferty także na strony działające w porozumieniu przy nabywaniu „udziału kontrolującego”.

10. Paragraf 30 ust. 2 ÜbG przewiduje, że AVG stosuje się w postępowaniach wszczętych przez komisję do spraw przejęć.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

11. W dniu 22 listopada 2016 r. komisja do spraw przejęć wydała decyzję (zwaną dalej „decyzją wstępną”) w sprawie Adler Real Estate AG (zwanej dalej „Adler”), Mountain Peak Trading LLP (zwanej dalej „Mountain Peak”), Westgrund AG (zwanej dalej „Westgrund”), Petrus Advisers LLP (zwanej dalej „Petrus”) oraz GM (osoby fizycznej). Decyzję tę wydano w kontekście postępowania dotyczącego nabycia „znaczącego pakietu” akcji z prawami głosu wynoszącymi 31,36% w Conwert Immobilien SE (zwanej dalej „Conwert”), jak również powiązanego niewypełnienia obowiązku złożenia publicznej oferty przejęcia.

12. W postępowaniu wyjaśniającym komisja do spraw przejęć stwierdziła, że przy wzajemnym zaliczeniu praw głosu zgodnie z § 23 ust. 1 ÜbG został uzyskany udział kontrolujący w rozumieniu § 22 ÜbG. Komisja do spraw przejęć poczyniła to ustalenie dotyczące progu na podstawie kryteriów łączenia dla „podmiotów prawnych działających w porozumieniu” określonych w § 1 pkt 6 ÜbG. Zgodnie z § 23 ust. 1 ÜbG owe prawa głosu w Conwert należało zatem wzajemnie zaliczyć Adler, Mountain Peak, Westgrund, Petrus i GM po raz pierwszy w dniu 29 września 2015 r. Co do zasady zgodnie z § 22a pkt 1 ÜbG wspomniane nabycie „znaczącego pakietu akcji” przez „osoby działające w porozumieniu” powinno było prowadzić do złożenia obowiązkowej oferty przejęcia dla Conwert w terminie 20 giełdowych dni roboczych.

13. Postanowieniem z dnia 1 marca 2017 r. Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) oddalił środek odwoławczy od decyzji wstępnej. Decyzja ta stała się ostateczna.

14. Następnie komisja do spraw przejęć wszczęła postępowanie karno-administracyjne między innymi przeciwko GM, HL i FN (wszyscy będący osobami fizycznymi). Odpowiedzialność HL i FN została oparta na pełnionych przez nich funkcjach, odpowiednio, członka zarządu Adler i dyrektora Petrus w okresie popełnienia zarzucanego czynu.

15. W dniu 29 stycznia 2018 r. komisja do spraw przejęć wydała decyzję wobec GM (osoby fizycznej), HL (działającego w charakterze członka zarządu Adler) oraz FN (działającego w charakterze dyrektora Petrus) (decyzję w postępowaniu karno-administracyjnym, zwaną dalej „decyzją o nałożeniu sankcji”). Komisja do spraw przejęć nałożyła sankcje administracyjne na GM, HL i FN i stwierdziła akcesoryjną odpowiedzialność odpowiednich spółek reprezentowanych przez HL i FN.

16. Wydając tę decyzję, komisja do spraw przejęć oparła swoje ustalenia faktyczne na decyzji wstępnej, w szczególności w odniesieniu do kluczowego ustalenia, że na podstawie porozumienia zawartego w dniu 29 września 2015 r. zainteresowane strony „działały w porozumieniu” w rozumieniu § 22a ÜbG. Ponieważ nie dostarczyły one komisji do spraw przejęć obowiązkowej oferty przejęcia w ustawowym terminie 20 giełdowych dni roboczych, GM, HL i FN miałyby być

winne naruszenia § 22a pkt 1 ÜbG w związku z § 22 ust. 1 tej ustawy. Na tej podstawie komisja do spraw przejęć nałożyła sankcje na GM, HL i FN oraz stwierdziła akcesoryjną odpowiedzialność Adler i Petrus za sankcje nałożone na HL i FN.

17. Na decyzję o nałożeniu sankcji wniesiono do sądu odsyłającego – Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Austria) – skargi administracyjne. Sąd ten zauważył, że zgodnie z austriackim prawem procesowym administracyjnym ostateczna decyzja wstępna organu administracyjnego wiąże (te same, jak również inne) organy administracyjne i sądy, które muszą rozstrzygnąć w przedmiocie tych samych okoliczności faktycznych i prawnych, które zostały już rozstrzygnięte w poprzedniej decyzji wstępnej. Warunkiem wystąpienia takiej mocy wiążącej jest istnienie tożsamości stron. Owa moc wiążąca musi być uwzględniana także przez sądy administracyjne, ponownie z zastrzeżeniem istnienia tożsamości stron w obu postępowaniach.

18. Co się tyczy GM, sąd odsyłający uważa, że istnieje tożsamość stron dla celów postępowań leżących u podstaw decyzji wstępnej i decyzji o nałożeniu sankcji. W odniesieniu do GM sąd ten uważa również, że wszystkie pozostałe wymogi dotyczące mocy wiążącej decyzji wstępnej zostały spełnione zgodnie z prawem krajowym.

19. Co się tyczy HL i FN, sąd odsyłający powziął wątpliwość, czy istniała tożsamość stron między postępowaniem wyjaśniającym a postępowaniem karno-administracyjnym. Sąd zauważa, że HL i FN nie występowali jako „strony" w postępowaniu wyjaśniającym, lecz jedynie jako przedstawiciele spółek Adler (gdzie HL pełnił funkcję członka zarządu) i Petrus (gdzie FN pełnił funkcję dyrektora). Taki status „strony" dla HL i FN (jako osób fizycznych) istniał tylko w toku postępowania karno-administracyjnego. Niemniej jednak w toku postępowania karno-administracyjnego komisja do spraw przejęć stwierdziła istnienie „rozszerzonej mocy wiążącej" („erweiterte Bindungswirkung") wynikającej z decyzji wstępnej również dla HL i FN (jako osób fizycznych).

20. W tym kontekście faktycznym i prawnym Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 4 i 17 dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia – odczytywane w świetle zasady skuteczności prawa Unii – stoją na przeszkodzie wykładni, zgodnie z którą ostatecznej decyzji organu nadzoru przewidzianego w art. 4 dyrektywy 2004/25/WE, stwierdzającej naruszenie przez osobę przepisów krajowych wydanych w celu dokonania transpozycji dyrektywy 2004/25/WE, nie przysługuje moc wiążąca w ramach prowadzonego następnie przez ten organ nadzoru postępowania karno-administracyjnego wobec tej samej osoby, w związku z czym osoba ta ma ponownie do dyspozycji wszelkie zarzuty faktyczne i prawne oraz środki dowodowe, aby zakwestionować naruszenie prawa stwierdzone już w ostatecznej decyzji?

2) Czy art. 4 i 17 dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia – odczytywane w świetle zasady skuteczności prawa Unii – stoją na przeszkodzie wykładni, zgodnie z którą ostatecznej decyzji organu nadzoru przewidzianego w art. 4 dyrektywy 2004/25/WE, stwierdzającej naruszenie przez osobę prawną przepisów krajowych wydanych w celu dokonania transpozycji dyrektywy 2004/25/WE, nie przysługuje moc wiążąca w ramach prowadzonego

następnie przez ten organ nadzoru postępowania karno-administracyjnego wobec organu uprawnionego do reprezentacji tej osoby prawnej, w związku z czym osoba ta (organ) ma ponownie do dyspozycji wszelkie zarzuty faktyczne i prawne oraz środki dowodowe, aby zakwestionować naruszenie prawa stwierdzone już w ostatecznej decyzji?

3) (W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:) Czy art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej stoi na przeszkodzie praktyce krajowej, zgodnie z którą ostatecznej decyzji organu nadzoru przewidzianego w art. 4 dyrektywy 2004/25/WE, stwierdzającej naruszenie przez osobę przepisów krajowych wydanych w celu dokonania transpozycji dyrektywy 2004/25/WE, przysługuje moc wiążąca w ramach prowadzonego następnie przez ten organ nadzoru postępowania karno-administracyjnego wobec tej samej osoby, tak że osoba ta nie może kwestionować pod względem faktycznym i prawnym stwierdzonego już prawomocnie naruszenia prawa?

4) (W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie drugie:) Czy art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej stoi na przeszkodzie praktyce krajowej, zgodnie z którą ostatecznej decyzji organu nadzoru przewidzianego w art. 4 dyrektywy 2004/25/WE, stwierdzającej naruszenie przez osobę prawną przepisów krajowych wydanych w celu dokonania transpozycji dyrektywy 2004/25/WE, przysługuje moc wiążąca w ramach prowadzonego następnie przez ten organ nadzoru postępowania karno-administracyjnego wobec organu uprawnionego do reprezentacji tej osoby prawnej, tak że osoba ta (organ) nie może kwestionować pod względem faktycznym i prawnym stwierdzonego już prawomocnie naruszenia prawa?”.

21. Uwagi na piśmie przedstawili Adler, HL, GM, komisja do spraw przejęć, jak również Komisja Europejska. Wspomniane strony, z wyjątkiem Komisji, udzieliły także odpowiedzi na pytania na piśmie skierowane przez Trybunał.

IV. Analiza

22. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. Rozpocznę od przedstawienia mojej interpretacji prawa krajowego i na tej podstawie zaproponuję uproszczenie pytań skierowanych przez sąd odsyłający (A). Następnie przedstawię kryteria mające zastosowanie w świetle prawa Unii (B), po czym przejdę do niniejszej sprawy (C).

A. (Krajowy) kontekst (normatywny) i pytania prejudycjalne

23. Na pierwszy rzut oka cztery pytania sformułowane przez sąd odsyłający, rozpatrywane w kontekście złożonej sieci krajowych przepisów i procedur, wydają się rzeczywiście dość skomplikowane. Co więcej, pytania te wydają się dość daleko idące i dotyczą ogólnie: skuteczności prawa Unii; statusu lub mocy wiążącej ostatecznych decyzji administracyjnych, potencjalnie w powiązaniu z obowiązkiem ponownego zbadania tych ostatecznych decyzji; oraz praw podstawowych w postępowaniach zakończonych nałożeniem sankcji karnych.

24. Moim zdaniem do niniejszej sprawy można podejść w sposób znacznie bardziej zawężony. Być może można udzielić sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek bez angażowania się we wszystkie zawiłości prawa krajowego, przedstawione dość szczegółowo przez sąd odsyłający, jak również elementy sprzecznego orzecznictwa krajowego. Takie dyskusje mogą być intrygujące, ale

nie jestem pewien, czy są one rzeczywiście konieczne w kontekście niniejszej sprawy. Zamiast tego wolę skupić się na praktycznym problemie, jaki wyłania się, w szczególności z punktu widzenia prawa do obrony i dostępu do sądu, dla osób biorących udział w takim postępowaniu.

25. Aby móc to uczynić, należy na początku omówić trzy elementy. Po pierwsze, na czym dokładnie polega problem w prawie krajowym? Po drugie, w jaki sposób karta i jej art. 47 współgrają z dyrektywą w sprawie ofert przejęcia i wpisują się w obraz niniejszej sprawy? Po trzecie, oba te punkty zmuszają mnie do przeformułowania i uproszczenia pytań postawionych przez sąd odsyłający, bez uszczerbku, mam nadzieję, dla głównego problemu.

26. Po pierwsze, dla celów niniejszej sprawy zasadnicze znaczenie ma zrozumienie dwóch elementów krajowego prawa administracyjnego: z jednej strony przepisów proceduralnych dotyczących sposobu prowadzenia przez komisję do spraw przejęć postępowań administracyjnych w sprawie domniemanych naruszeń przepisów dotyczących obowiązkowych ofert przejęcia, a z drugiej strony krajowych przepisów proceduralnych nadających moc wiążącą ostatecznym decyzjom administracyjnym.

27. Komisja do spraw przejęć jest uprawniona do wszczęcia postępowania wyjaśniającego między innymi w celu ustalenia, czy posiadacz papierów wartościowych nie złożył obowiązkowej oferty przejęcia w rozumieniu § 22 ust. 1 ÜbG po nabyciu „znaczących pakietów akcji" w spółce będącej przedmiotem oferty. Może to również uczynić w przypadku, gdy grupa stron „działała w porozumieniu" w celu nabycia takich pakietów akcji [3].

28. Postępowanie jest jednak podzielone na ustalenie *obiektywnych* i *subiektywnych* elementów niezłożenia obowiązkowej oferty przejęcia [4]. Jak wyjaśniają strony, te dwa ustalenia dokonywane są oddzielnie, przy czym *obiektywne* ustalenie, czy dana strona nie złożyła obowiązkowej oferty przejęcia, jest rozpatrywane w postępowaniu wyjaśniającym i rozstrzygane w drodze decyzji wstępnej. Postępowanie wyjaśniające nie rozstrzyga jednak kwestii odpowiedzialności karnej. Odpowiedzialność ta jest przedmiotem późniejszego rozstrzygnięcia w celu ustalenia *subiektywnych* elementów istnienia odpowiedzialności administracyjnej, która wydaje się równoznaczna z sankcją o charakterze karnym.

29. Ewentualna *kontrola sądowa* każdego z tych ustaleń przebiega w odmienny sposób. Komisja do spraw przejęć wyjaśnia, że postępowanie wyjaśniające i postępowanie karno-administracyjne podlegają różnym instancjom odwoławczym. Na postępowanie *wyjaśniające* środki odwoławcze można składać do Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego, Austria). Stwierdzono jednak, że kontrola sądu najwyższego w takich przypadkach ogranicza się wyłącznie do kwestii prawnych. Kwestie faktyczne nie mogą być przedmiotem badania. Natomiast postępowanie karno-administracyjne może zostać zaskarżone do Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Austria), a w niektórych przypadkach może zostać również zaskarżone do Verwaltungsgerichtshof (wyższego sądu administracyjnego, Austria). Federalny sąd administracyjny posiada „pełnię kompetencji orzeczniczych" w zakresie kontroli decyzji wydanej w wyniku postępowania karno-administracyjnego co do prawa i co do faktów. Wydaje się jednak, że kompetencje te są uzależnione od wiążącego charakteru wcześniejszej decyzji wydanej przez komisję do spraw przejęć lub inny organ lub sąd, a która stała się ostateczna.

[3] Paragraf 22a pkt 1 ÜbG.

[4] Zgodnie z §§ 33 i 35 ÜbG.

30. Komisja do spraw przejęć utrzymuje, że w odniesieniu do obu instancji odwoławczych występuje jako „sąd pierwszej instancji". W związku z tym, zarówno w przypadku postępowania wyjaśniającego, jak i postępowania karno-administracyjnego, istnieją co najmniej dwie instancje odwoławcze.

31. Sąd odsyłający wyjaśnia, że z chwilą, gdy decyzja administracyjna wydana przez komisję do spraw przejęć stanie się ostateczna, sama komisja, jak również inne organy administracyjne, są związane tą wcześniejszą decyzją. Ponadto takie same skutki powstają wtedy również dla federalnego sądu administracyjnego, jeżeli sąd ten miałby rozstrzygać w przedmiocie tego samego stanu faktycznego i prawnego, który był rozpatrywany przed komisją do spraw przejęć. „Dwuetapowa" struktura postępowania przed komisją do spraw przejęć oznacza zatem w praktyce, że późniejsze postępowanie karno-administracyjne dotyczące (subiektywnych) elementów niezłożenia obowiązkowej oferty przejęcia jest związane mocą wiążącą wcześniejszych (obiektywnych) ustaleń z postępowania wyjaśniającego, z chwilą gdy decyzja wydana w tym postępowaniu stanie się ostateczna.

32. Krótko mówiąc, na tym właśnie polega, jak rozumiem, problem praktyczny. To, co zostało postanowione w „pierwszym" postępowaniu wyjaśniającym, wiąże wszystkie późniejsze postępowania, zarówno administracyjne, jak i sądowe. Ponadto, a raczej przede wszystkim, ta „moc wiążąca" nie powstaje jedynie w ramach różnych postępowań w odniesieniu do tych samych stron (tożsamość stron w ramach różnych postępowań)[5]. Powstaje ona również, co raczej kluczowe, w sytuacjach, w których taka „tożsamość" wydaje się co najmniej dyskusyjna (na przykład gdy osoby fizyczne są karane w „drugiej" turze jako osoby prywatne, podczas gdy w „pierwszej" turze jedynie ich przedsiębiorstwo było formalnie uczestnikiem postępowania wyjaśniającego).

33. Po drugie, w kontekście takiego systemu sąd odsyłający stawia cztery pytania. Pytania *pierwsze* i *drugie* dotyczą zgodności austriackich krajowych przepisów proceduralnych dotyczących ostatecznego charakteru decyzji administracyjnych z punktu widzenia zachowania materialnych skutków art. 4 i 17 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia. Oba pytania różnią się w kwestii tożsamości stron lub jej braku w ramach wszystkich postępowań.

34. Artykuły 4 i 17 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia dotyczą powoływania i uprawnień organu nadzoru oraz nakładania sankcji za naruszenie środków krajowych przyjętych zgodnie z tą dyrektywą. Nie jest jednak oczywiste, a sąd odsyłający nie wyjaśnia, w jaki sposób przepisy te mogą dostarczyć jakichkolwiek wskazówek w odniesieniu do konkretnych kwestii podniesionych w niniejszym postępowaniu.

35. Pytania *trzecie* i *czwarte* dotyczą tej samej kwestii z punktu widzenia karty. Zasadniczo pytania te odnoszą się do ustalenia, czy art. 47 karty stoi na przeszkodzie temu, by krajowe przepisy proceduralne, które uznają, że decyzja organu administracyjnego dotycząca naruszeń krajowych przepisów w zakresie ofert przejęcia, która stała się ostateczna, wiąże ten sam organ administracyjny w późniejszym postępowaniu karnym (karno-administracyjnym). Pytanie trzecie ma na celu uzyskanie wskazówek co do tej zgodności z punktu widzenia istnienia tożsamości stron między dwoma postępowaniami prowadzonymi przez wspomniany organ administracyjny. W pytaniu czwartym podniesiono tę samą kwestię z perspektywy braku tożsamości stron.

[5] Co, jak zauważył sąd odsyłający, byłoby normalnie warunkiem na gruncie prawa krajowego – zob. powyżej pkt 17 niniejszej opinii.

36. Cztery pytania postawione przez sąd odsyłający, rozpatrywane łącznie, wydają się zatem zestawiać kwestię nadania „pełnej skuteczności" dyrektywie w sprawie ofert przejęcia z przestrzeganiem praw proceduralnych chronionych między innymi przez kartę. Sąd odsyłający zdaje się sugerować istnienie pewnego napięcia między tymi dwoma celami. W istocie wydaje się, że milczące założenie jest takie, iż możliwa jest albo skuteczność sankcji, albo ochrona praw podstawowych, ale nie oba te cele. Być może istnieje nawet dalej idące milczące założenie, a mianowicie, że jeżeli sankcja ma być „skuteczna", nie powinna być zbytnio ograniczana przez prawa stron.

37. Nie sądzę, aby było to dobre założenie wyjściowe.

38. Bezsporne jest natomiast, że austriackie przepisy dotyczące nadzoru nad ofertami przejęcia, zawarte między innymi w ÜbG, stanowią stosowanie dyrektywy w sprawie ofert przejęcia, a tym samym prawa Unii, dla celów art. 51 ust. 1 karty. Wszelkie postępowania krajowe prowadzone w kontekście dyrektywy w sprawie ofert przejęcia muszą być zatem zgodne z art. 47 karty oraz wszelkimi prawami gwarantowanymi przez prawo Unii.

39. W związku z tym, moim zdaniem, prawdziwym problemem nie jest konieczność wyboru między „pełną skutecznością" a „prawami podstawowymi". Chodzi raczej o to, czy austriackie przepisy proceduralne, tak jak zostały zastosowane i przedstawione w niniejszej sprawie, są zgodne z art. 4 i 17 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia w związku z art. 47 karty oraz z prawami gwarantowanymi przez prawo Unii.

40. Po trzecie, w tym świetle cztery pytania skierowane przez sąd odsyłający stają się dwoma, a raczej jednym, z dwoma pytaniami szczegółowymi. W związku z tym pytania prejudycjalne można zasadniczo przeformułować w ten sposób, że dotyczą one kwestii, czy stosowanie krajowych przepisów proceduralnych, jak wynika z niniejszej sprawy, jest zgodne z art. 4 i 17 dyrektywy w sprawie ofert przejęcia, w świetle zasady poszanowania prawa do obrony lub art. 47 karty. To nadrzędne pytanie składa się z dwóch dalszych pytań szczegółowych: scenariusz, w którym występuje tożsamość stron we wszystkich postępowaniach (pytania pierwsze i trzecie), oraz scenariusz, w którym brak jest takiej tożsamości (pytania drugie i czwarte).

41. Pytania te postawiono ze szczególnym uwzględnieniem postępowania karno-administracyjnego. Jednakże, jak staje się jasne, postępowanie to nie jest źródłem problemu. Problem ten zaczyna się na wyższym poziomie i dotyczy ochrony takich praw w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez komisję do spraw przejęć i ograniczonej kontroli wynikających z niego ustaleń przed sądem najwyższym, a następnie kwestie te są przenoszone na niższe poziomy do kolejnego postępowania karnego (karno-administracyjnego) (i potencjalnie dalszych postępowań).

42. Biorąc pod uwagę znaczenie postępowania wyjaśniającego, rozpocznę zatem od pytań drugiego i czwartego oraz ochrony praw podstawowych stron, które nie uczestniczyły w postępowaniu wyjaśniającym i (w związku z tym) nie mogły zakwestionować ustaleń poczynionych w decyzji wstępnej (C.1). Dopiero potem przejdę do pytań pierwszego i trzeciego oraz sytuacji tożsamości stron w ramach tych postępowań, choć tylko pokrótce (C.2). Zanim jednak to uczynię, przedstawię w zarysie standard praw podstawowych mający zastosowanie do obu grup pytań (B).

B. Wymogi prawa Unii

1. Postępowanie administracyjne i prawo do obrony

43. Przestrzeganie prawa do obrony stanowi ogólną zasadę prawa Unii, która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję, która wiąże się z niekorzystnymi dla niej skutkami [6]. W takich okolicznościach adresat niekorzystnej decyzji musi mieć możliwość bycia wysłuchanym i przedstawienia swoich uwag *przed* wydaniem tej decyzji [7]. Poszanowanie tych praw jest niezbędne we *wszystkich* postępowaniach mających doprowadzić do wydania niekorzystnej dla danej strony decyzji, niezależnie od tego, czy mają one charakter cywilny, karny, administracyjny czy inny [8].

44. Zasadniczo poszanowanie podmiotowych praw strony do obrony musi być zapewnione *przez organy administracyjne* w toku prowadzonych przez nie postępowań [9]. Prawa te muszą być dostępne w momencie, w którym zaczynają wchodzić w grę [10]. Tylko w ten sposób można zapewnić, aby dany organ uwzględnił wszystkie elementy mające znaczenie dla sprawy, a osoba, której to dotyczy, mogła skorygować ewentualne błędy i podnieść elementy przemawiające za nieprzyjmowaniem niekorzystnej decyzji [11].

2. Postępowanie sądowe i art. 47 karty

45. Artykuł 47 akapit pierwszy karty przewiduje prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem. Kluczowymi elementami tego prawa są zasada równości broni, w tym zasada kontradyktoryjności [12], oraz zasada równości procesowej [13]. Nakładając obowiązek przyznania każdej ze stron rozsądnej możliwości przedstawienia swojej sprawy w warunkach niestawiających jej w wyraźnie mniej korzystnej sytuacji w stosunku do strony przeciwnej [14], art. 47 karty dotyczy również ochrony prawa do obrony [15].

6 Zobacz wyroki: z dnia 22 października 2013 r., Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 84); z dnia 16 października 2019 r., Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

7 Wyroki: z dnia 19 lutego 2009 r., Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, pkt 42–43); z dnia 5 listopada 2014 r., Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, pkt 47); z dnia 16 października 2019 r., Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, pkt 41).

8 Wyroki: z dnia 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisja (C-550/07 P, EU:C:2010:512, pkt 92 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 5 marca 2015 r., Komisja i in./Versalis i in. (C-93/13 i C-123/13 P, EU:C:2015:150, pkt 94 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 6 października 2020 r., Bank Refah Kargaran/Rada (C-134/19 P, EU:C:2020:793, pkt 56).

9 Zobacz wyroki: z dnia 26 września 2013 r., Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 17 marca 2016 r., Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

10 Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 22 listopada 2012 r., M. (C-277/11, EU:C:2012:744, pkt 90); z dnia 16 października 2019 r., Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, pkt 47–49); z dnia 2 lutego 2021 r., Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, pkt 42, 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

11 Wyroki: z dnia 21 grudnia 2011 r., Francja/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 5 listopada 2014 r., Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, pkt 47); z dnia 16 października 2019 r., Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, pkt 41).

12 Wyrok z dnia 21 września 2010 r., Szwecja i in./API i Komisja (C-514/07 P, C-528/07 P i C-532/07 P, EU:C:2010:541, pkt 88 i przytoczone tam orzecznictwo).

13 Wyrok z dnia 30 czerwca 2016 r., Toma i Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

14 Wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Sánchez Morcillo i Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, pkt 49).

15 Wyroki: z dnia 25 lipca 2018 r., Minister for Justice and Equality (Nieprawidłowości w systemie sądownictwa) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 67); z dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja/Polska (Niezależność Sądu Najwyższego) (C-619/18, EU:C:2019:531, pkt 77 i przytoczone tam orzecznictwo).

46. Prawdą jest, że pełny zakres gwarancji wynikających z art. 6 ust. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (zwanej dalej „EKPC"), którym odpowiadają art. 47 i 48 karty, powstaje tylko w kontekście postępowań mogących doprowadzić do nałożenia sankcji o charakterze „karnym" [16]. Jednakże z brzmienia art. 47 karty wynika również, że postanowienie to nie ogranicza się do postępowań, które prowadzą do nałożenia wyłącznie sankcji „karnych". Postanowienie to ustanawia bowiem zespół praw, które muszą być chronione we wszystkich postępowaniach sądowych [17].

47. Kontrola przestrzegania tego zbioru praw musi być możliwa, zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym, przez „sąd" w rozumieniu art. 47 karty [18]. Dla celów orzecznictwa taki organ musi posiadać takie właściwości jak: ustawowa podstawa prawna organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradyktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (wewnętrzna i zewnętrzna) [19].

48. Z założenia, aby kontrola sądowa na podstawie art. 47 akapit pierwszy karty była skuteczna, wymaga ona *pełnej kompetencji orzeczniczej* przynajmniej *w jednej instancji* [20]. Zakres kontroli dokonywanej przez taki „sąd" może być ograniczony, na przykład, wyłącznie do kwestii prawnych [21]. Jednakże w takim przypadku organ administracyjny właściwy do wydania spornej decyzji musi *sam* spełniać wszystkie kryteria „sądu" do celów art. 47 karty [22]. Wobec tego, w taki czy inny sposób, musi istnieć co najmniej jedna w pełni niezależna instancja, która będzie mogła zostać uznana za „sąd" w rozumieniu art. 47 akapit pierwszy karty i która jest uprawniona do oceny sprawy z uwagi na pełną kompetencję orzeczniczą, to znaczy obejmującą zarówno elementy prawne, jak i faktyczne.

C. Niniejsza sprawa

1. Inne strony w późniejszym postępowaniu administracyjnym

49. Sąd odsyłający wyjaśnia, że w ramach postępowania wyjaśniającego komisja do spraw przejęć zbadała, czy zachowanie stron postępowania można (obiektywnie) uznać za „działanie w porozumieniu" w celu nabycia „znaczących pakietów akcji" w Conwert i czy powinno to skutkować obowiązkiem złożenia obowiązkowej oferty przejęcia. W późniejszym postępowaniu

[16] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, pkt 42, 43). Zobacz także wyrok ETPC z dnia 10 grudnia 2020 r. w sprawie Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. i Edizioni del Roma S.R.L. przeciwko Włochom (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

[17] Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in. (C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 2 lutego 2021 r., Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

[18] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 43–46). Zobacz także wyrok ETPC z dnia 10 grudnia 2020 r. w sprawie Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. i Edizioni del Roma S.R.L. przeciwko Włochom (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 i przytoczone tam orzecznictwo).

[19] Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także, w odniesieniu do „wewnętrznego" aspektu niezawisłości, wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., A. K. i in. (Niezależność izby dyscyplinarnej sądu najwyższego) (C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, pkt 122).

[20] Wyroki: z dnia 6 listopada 2012 r., Otis i in. (C-199/11, EU:C:2012:684, pkt 49); z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 54–56 i przytoczone tam orzecznictwo).

[21] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 19 września 2006 r., Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 61). Zobacz także wyroki ETPC: z dnia 18 stycznia 2000 r. w sprawie Pesti i Frodl przeciwko Austrii (ECLI:CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 22 listopada 1985 r. w sprawie Bryan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

[22] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 19 września 2006 r., Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 61, 62). Zobacz także wyrok ETPC z dnia 27 października 2009 r. w sprawie Crompton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (ECLI:CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 70–73).

(karno-administracyjnym) komisja do spraw przejęć uznała, że jest związana tymi (obiektywnymi) ustaleniami w celu określenia subiektywnych elementów niezłożenia obowiązkowej oferty przejęcia. Komisja uznała, że owa moc wiążąca powstała pomimo tego, że postępowanie wyjaśniające i postępowanie karno-administracyjne nie dotyczyły tych samych uczestników.

50. Moim zdaniem w oczywisty sposób rodzi to problemy na gruncie prawa Unii w obu przedstawionych powyżej wymiarach: z perspektywy wykonywania prawa do obrony zainteresowanych stron (a) oraz braku możliwości kontroli przez sąd posiadający „pełnię kompetencji orzeczniczych" (b).

a) Wykonanie prawa do obrony

51. HL wyjaśnia, że w toku postępowania wyjaśniającego nie mógł skorzystać ze swojego prawa do obrony, ponieważ nie wskazano go jako „strony" postępowania („*Parteistellung*"). Przyznano mu jedynie status „uczestnika" („*Beteiligter*") dla celów postępowania wyjaśniającego. Zgodnie z prawem austriackim statusy te wiążą się najwyraźniej z różnymi prawami i gwarancjami procesowymi. HL wyjaśnia na przykład, że nie został poinformowany o postępowaniu wyjaśniającym, nie miał możliwości wglądu do akt, skorzystania ze swojego prawa do zachowania milczenia ani odwołania się od decyzji wstępnej. HL mógł rzekomo skorzystać z tych praw dopiero po wszczęciu postępowania karno-administracyjnego, ale tylko w ramach tego drugiego postępowania. Jednakże w tym momencie decyzja wstępna, która w owym czasie stała się ostateczna, była już wiążąca dla komisji do spraw przejęć w zakresie obiektywnego stwierdzenia, że strony „działały w porozumieniu". Dlatego HL od początku obiektywnie przypisywano działania Adler ze względu na jego pozycję członka zarządu tej spółki, przy czym nie mógł on skorzystać ze swojego (własnego i osobistego) prawa do obrony.

52. W odpowiedzi na pytanie skierowane przez Trybunał komisja do spraw przejęć argumentuje, że HL mógł uczestniczyć w postępowaniu wyjaśniającym, miał prawo do zachowania milczenia zgodnie z § 51 AVG i miał prawo do obrony w toku tego postępowania. Komisja do spraw przejęć zauważa również, że HL rzeczywiście został „osobiście" wezwany na rozprawę w ramach postępowania wyjaśniającego, stawił się na nią i brał w niej udział. Oznaczałoby to, że HL mógł skorzystać z niektórych przysługujących mu podmiotowych praw procesowych.

53. Do sądu odsyłającego należy ustalenie okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, jak również istniejącej wykładni prawa krajowego, która wydaje się nieco sporna.

54. Z akt sprawy rozumiem, że w trakcie postępowania wyjaśniającego HL uczestniczył jako *członek zarządu* spółki Adler, działając w imieniu i na rzecz tej spółki, ale nie we własnym imieniu. W rzeczywistości wydaje się, że brak jest okoliczności wskazującej na to, aby w postępowaniu wyjaśniającym jego odpowiedzialność osobista była obiektywnie badana przez komisję do spraw przejęć. Przedmiotem dochodzenia było zaangażowanie spółki. Wydaje się, że kwestię *osobistego* zaangażowania HL podniesiono dopiero w trakcie postępowania karno-administracyjnego.

55. Komisja do spraw przejęć zdaje się jednak twierdzić, że pomimo rozbieżności stron w obu postępowaniach HL mógł skorzystać ze swojego *osobistego* prawa do obrony w postępowaniu wyjaśniającym pośrednio przez Adler, reprezentując tę ostatnią osobę prawną jako członek zarządu, ponieważ obie strony łączy wspólny interes („*Interessengleichlauf*").

56. Ta logika nie przemawia do mnie (przynajmniej) z dwóch powodów.

57. Po pierwsze, nie można nie zauważyć, że w przypadku dyrektorów przedsiębiorstw, którzy znaleźli się w sytuacji opisanej przez komisję do spraw przejęć, istnieje całkiem poważne ryzyko wystąpienia *konfliktu interesów* lub naruszenia obowiązków powierniczych. Z pewnością w dużej mierze słuszne jest założenie, że w szerszym ujęciu zarówno przedsiębiorstwo, jak i jego dyrektor (dyrektorzy) lub inni członkowie jego organów kierowniczych będą prawdopodobnie mieli ten sam interes w tym, by uchronić ich przedsiębiorstwo przed uznaniem je za winne naruszenia przepisów dotyczących ofert przejęcia. Jeśli jednak chodzi o inne kwestie, które mogą pojawić się po drodze, czy naprawdę można wykluczyć sytuację, w której dyrektor przedsiębiorstwa lub członek zarządu stanie w obliczu wyboru między najlepszym interesem przedsiębiorstwa a swoim własnym, zwłaszcza w kontekście tego, co wydaje się skutkiem w postaci późniejszej osobistej odpowiedzialności administracyjnej dyrektorów przedsiębiorstw, a także nakładanych sankcji o charakterze karnym?

58. Po drugie, prawo do obrony ma charakter *podmiotowy*. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawa te nie mogą być przenoszone na inną osobę, fizyczną lub prawną, a już na pewno nie mogą być wykonywane w imieniu innej osoby [23]. To same zainteresowane strony muszą mieć możliwość skutecznego wykonywania praw przyznanych im na gruncie prawa Unii, niezależnie od charakteru postępowania, którego są przedmiotem.

59. Tym samym, pragnąc uniknąć nadmiernie formalistycznego tonu, nie mogę przyjąć założenia, że osoba fizyczna działająca w imieniu i na rzecz spółki (a więc zwykle uważana za działającą *jako spółka*, przedstawiciel ustawowy osoby prawnej) jest w rzeczywistości tożsama z tą osobą, działającą w swoim osobistym interesie i na swój własny rachunek. Jest to tym bardziej prawdziwe w okolicznościach, w których w trakcie tych procedur interesy obu osób mogą być rozbieżne, jeśli nie wręcz sprzeczne.

60. W niniejszej sprawie wydaje się, że HL, działając we własnym imieniu, mógł skorzystać ze *swojego* prawa do obrony jedynie w toku postępowania karno-administracyjnego. Jednakże w tamtym momencie decyzja wstępna stała się już ostateczna. Miała ona więc wiążący charakter w kontekście postępowania karno-administracyjnego w odniesieniu do „obiektywnych" elementów dochodzenia komisji do spraw przejęć w sprawie możliwego naruszenia obowiązku złożenia obowiązkowej oferty przejęcia. Skutkowało to przesądzeniem o postępowaniu HL, który nie miał możliwości przedstawienia swoich racji, *zanim* wydano tę decyzję [24].

b) Brak dostępu do sądu posiadającego „pełnię kompetencji orzeczniczych"

61. GM, HL i Adler uważają, że w okolicznościach niniejszej sprawy art. 47 karty stoi na przeszkodzie uznaniu mocy wiążącej decyzji wstępnej dla celów postępowania karno-administracyjnego. W odniesieniu do art. 47 akapit pierwszy karty strony te podnoszą, że w świetle ograniczonej kontroli sądowej, jaką dysponuje sąd najwyższy, uznanie mocy wiążącej decyzji wstępnej, gdy stała się ona ostateczna, w ramach późniejszego postępowania karno-administracyjnego i w ramach postępowania sądowego przed Bundesverwaltungsgericht (federalnym sądem administracyjnym, Austria) narusza ich prawo do skutecznej ochrony sądowej wynikające z karty.

[23] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 9 czerwca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EBC (C-401/09 P, EU:C:2011:370, pkt 49); z dnia 10 września 2015 r., Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, pkt 73). Zobacz także ostatnio wyrok z dnia 19 września 2019 r., Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Komisja (T-228/17, EU:T:2019:619, pkt 36).

[24] Wyrok z dnia 5 listopada 2014 r., Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, pkt 46, 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

62. Komisja do spraw przejęć sprzeciwia się tym poglądom. Podnosi ona, że gwarancje proceduralne, na których opierają się zarówno postępowanie wyjaśniające, jak i karno-administracyjne, są tego rodzaju, że decyzje wydane w ich następstwie podejmuje niezawisły i bezstronny „sąd" w rozumieniu art. 47 karty. Biorąc pod uwagę status komisji do spraw przejęć jako „sądu pierwszej instancji" w obu przypadkach, ograniczenie kontroli sądu najwyższego wyłącznie do kwestii prawnych jest zgodne z art. 47 karty.

63. Logika wymogów art. 47 akapit pierwszy karty wymaga dwuetapowej oceny [25]. Po pierwsze, czy komisję do spraw przejęć można rzeczywiście, jak twierdzi, uznać za „sąd" w rozumieniu art. 47 karty (1). Po drugie, jeżeli nie, czy jej decyzje podlegają kontroli sądu posiadającego „pełnię kompetencji orzeczniczych" (2).

1) Czy komisja do spraw przejęć jest „sądem" w rozumieniu art. 47 karty?

64. Jedną z kumulatywnych przesłanek uznania danego organu za „sąd" w rozumieniu art. 47 karty jest jego „niezawisłość" [26]. Zapewnia to jednakowy dystans do stron sporu i ich interesów w odniesieniu do jego przedmiotu [27]. Innymi słowy, dany organ nie może występować jako strona we własnej sprawie z naruszeniem zasady „nemo judex in sua causa" [28].

65. Bez konieczności analizowania wszystkiego, co jest wymagane do spełnienia kryteriów „sądu" w świetle art. 47 karty, wydaje się, że komisja do spraw przejęć nie spełnia kryterium związanego z „niezawisłością".

66. W odpowiedzi na pytanie Trybunału GM zauważa, że zgodnie z § 29 ust. 1 ÜbG komisja do spraw przejęć jest odpowiedzialna za wykonanie ÜbG i dlatego przyznano jej szerokie uprawnienia z urzędu, w tym prawo do wszczynania postępowań wyjaśniających i karno-administracyjnych. W takich postępowaniach komisja do spraw przejęć sama decyduje o ich zakresie i przedmiocie oraz sama przeprowadza dochodzenie w ramach tego postępowania. Z zastrzeżeniem potwierdzenia przez sąd odsyłający z § 33 ust. 4 ÜbG wynika, że w postępowaniach wszczętych na podstawie uzasadnionego wniosku komisja do spraw przejęć posiada wyłączną kompetencję do decydowania o tym, czy kontynuować postępowanie, nawet jeśli wspomniany wniosek zostanie później wycofany.

67. Tak więc, w skrócie, komisja do spraw przejęć wydaje się pełnić szereg funkcji zgodnie z prawem krajowym: śledczego, prokuratora, jak również „sędziego". Nic nie wskazuje na to, by komisja ta działała wewnętrznie w oparciu o ścisły rozdział funkcjonalny pomiędzy, z jednej strony, departamentami tego organu odpowiedzialnymi za dochodzenie i wydawanie decyzji w kontekście wykonania dyrektywy w sprawie ofert przejęcia a, z drugiej strony, organem orzekającym w sprawie skarg złożonych na decyzje podjęte przez te departamenty [29].

[25] Przedstawionej powyżej w pkt 48 niniejszej opinii.

[26] Zobacz powyżej pkt 47 niniejszej opinii.

[27] Zobacz na przykład wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, pkt 38–40 i przytoczone tam orzecznictwo).

[28] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także wyrok ETPC z dnia 10 grudnia 2020 r. w sprawie Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. i Edizioni del Roma S.R.L. przeciwko Włochom (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

[29] Zobacz wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 72–77).

68. W istocie wydaje się, że w późniejszych postępowaniach sądowych dotyczących środków odwoławczych wniesionych od postępowania wyjaśniającego lub karno-administracyjnego komisji do spraw przejęć ta ostatnia występuje jako pozwany we własnej sprawie, broniąc swoich decyzji przed właściwym sądem austriackim [30]. Tym samym nie działa ona jako bezstronna osoba trzecia między domniemanym sprawcą naruszenia z jednej strony a organem administracyjnym odpowiedzialnym za kontrolę zgodności z ofertami przejęcia z drugiej strony.

69. Naturalnie wszystkie te elementy powinny zostać poddane ocenie sądu odsyłającego. Jednakże, w świetle odpowiedzi udzielonych Trybunałowi i z powodów przedstawionych we wcześniejszych punktach niniejszej opinii, nie jestem przekonany, czy komisja do spraw przejęć spełnia kryteria „sądu" w rozumieniu art. 47 karty. Pragnę podkreślić, że taki wstępny wniosek, którego weryfikacja ponownie należy wyłącznie do sądu odsyłającego, w żaden sposób nie podważa faktu, że niektóre krajowe organy administracyjne będą obdarzone wysokim stopniem niezależności i będą dysponować najwyższym poziomem wiedzy fachowej w swoich dziedzinach działalności.

70. Jednakże to nie ten aspekt definiuje „niezawisły" sąd. Niezawisły sąd zgodnie z art. 47 akapit pierwszy karty charakteryzuje się całkowitą niezawisłością, zarówno „wewnętrzną", jak i „zewnętrzną". Pełni on funkcję niezależnej *strony trzeciej* w stosunku do obu zainteresowanych stron. Zgodnie z tą logiką izby decyzyjne wchodzące w skład organu administracyjnego, a nawet bardzo niezależne funkcjonalnie izby odwoławcze, które są częścią organu administracyjnego, nadal zwykle zalicza się do administracji publicznej, a nie jako należące do wymiaru sprawiedliwości [31].

71. Ponieważ wydaje się, że komisja do spraw przejęć nie jest „sądem" w rozumieniu art. 47 akapit pierwszy karty, powstaje zatem pytanie, czy w niniejszej sprawie właściwe sądy krajowe zachowują „pełnię kompetencji orzeczniczych" w zakresie kontroli decyzji tej komisji.

2) Czy występuje kontrola przez sąd posiadający „pełnię kompetencji orzeczniczych"?

72. Kontrola sądowa decyzji komisji do spraw przejęć wydaje się różnić w zależności od postępowania, którego dotyczy. Z jednej strony, od ustaleń poczynionych w toku postępowania *wyjaśniającego* można odwołać się do sądu najwyższego. Kontrola tego sądu ogranicza się wyłącznie do kwestii prawnych [32]. Nie wydaje się zatem, aby miał on „pełnię kompetencji orzeczniczych" do badania kwestii faktycznych [33]. Z drugiej strony, ustalenia poczynione w toku postępowania *karno-administracyjnego* mogą być przedmiotem odwołania do federalnego sądu administracyjnego (który w niniejszej sprawie jest sądem odsyłającym) [34]. Sąd ten wydaje się posiadać „pełnię kompetencji orzeczniczych" w zakresie kontroli ustaleń komisji do spraw przejęć pod względem prawnym i faktycznym.

[30] Ibid., pkt 42.

[31] Zobacz analogicznie, z orzecznictwa dotyczącego dopuszczalności wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wydanych przez różne izby (kontroli lub quasi-sądowe) organów w strukturach administracji publicznej, na przykład wyrok z dnia 31 maja 2005 r., Syfait i in. (C-53/03, EU:C:2005:333, pkt 31–37); z dnia 30 maja 2002 r., Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, pkt 34–38).

[32] Zobacz bardziej szczegółowo pkt 29 niniejszej opinii.

[33] Zobacz w tym względzie § 30a ust. 1 i 2 ÜbG. Zobacz z kolei na przykład postępowanie kontrolne dostępne na gruncie prawa niemieckiego odnośnie do decyzji Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (federalnego urzędu nadzoru usług finansowych), które dopuszcza kontrolę pod względem prawnym i faktycznym. Zobacz § 48 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (niemieckiej ustawy o nabywaniu papierów wartościowych i przejmowaniu przedsiębiorstw).

[34] Paragraf 35 ust. 3 ÜbG.

73. Sąd odsyłający wyjaśnia jednak, że w praktyce nie wykonuje „pełni kompetencji orzeczniczych", ponieważ nie może dokonać kontroli decyzji wstępnej komisji do spraw przejęć. Sąd ten zauważa, że z uwagi na szeroką moc wiążącą przewidzianą w austriackich przepisach proceduralnych dla ostatecznych decyzji administracyjnych sąd odsyłający jest związany (już ostatecznymi) ustaleniami komisji do spraw przejęć zawartymi w decyzji wstępnej i nie może dokonać kontroli tych ustaleń.

74. Podsumowując, prawo krajowe wprowadza system, w ramach którego komisja do spraw przejęć, która (i) nie spełnia przesłanek „sądu", wydaje decyzję, która (ii) nie może podlegać pełnej kontroli sądu najwyższego i która (iii) w następstwie uzyskania waloru ostateczności (iv) wiąże nie tylko samą komisję do spraw przejęć w przyszłych postępowaniach, w których występuje tożsamość stron (interpretowana przez ten organ dość szeroko), przyczyny i przedmiotu, lecz także (v) każdy sąd, któremu powierzono zadanie polegające na kontroli tych powiązanych postępowań.

75. Jeżeli tak w istocie jest, to taka sytuacja jest moim zdaniem sprzeczna z art. 47 karty i wymogiem skutecznej ochrony sądowej.

76. Pragnę podkreślić, że niezgodność ta dotyczy *każdego uczestnika* „pierwszego" postępowania wstępnego, ponieważ wydaje się, że nie mamy do czynienia z „sądem" posiadającym pełnię kompetencji orzeczniczych, jak wymaga tego art. 47 akapit pierwszy karty. Do tego początkowego problemu dochodzi *dodatkowy*, dotyczący szczególnej sytuacji stron, które nawet nie uczestniczyły w pierwszym postępowaniu wyjaśniającym.

2. Tożsamość stron w późniejszym postępowaniu

77. GM argumentuje, że chociaż uczestniczył w charakterze „strony" w postępowaniu wyjaśniającym, nie został poinformowany o fakcie, że postępowanie to może prowadzić do nałożenia sankcji „karnej" w drodze postępowania karno-administracyjnego. Zauważa on również, że w toku postępowania wyjaśniającego nie zapewniono mu prawa do zachowania milczenia.

78. Komisja do spraw przejęć stoi na stanowisku, że wszystkie prawa podstawowe GM były przestrzegane w trakcie postępowania wyjaśniającego i postępowania karno-administracyjnego.

79. Wprawdzie weryfikacja tych okoliczności należy do sądu odsyłającego, jednak z punktu widzenia ochrony praw podstawowych GM wniosek jest taki sam, jak ten przywołany w odniesieniu do szczególnych okoliczności dotyczących HL i Adler. W pewnym sensie problem powstały w pierwszej turze *dotyczy w takim samym stopniu wszystkich stron*. Tyle tylko, że w szczególnym kontekście, w którym strony są tożsame w całym postępowaniu, dodatkowa kwestia braku prawa do obrony może nie powstać (oczywiście z zastrzeżeniem, że te prawa, które powstały w „pierwszej turze", mogły być wykonywane, gdy zaistniała taka konieczność).

80. Poza tym nie widzę powodu, dla którego, co do zasady, obiektywne ustalenia wcześniejszego postępowania administracyjnego nie mogłyby być podstawą w równoległym lub późniejszym postępowaniu administracyjnym w związku z tymi samymi okolicznościami faktycznymi[35]. Jest

[35] Zobacz moja opinia w sprawie Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, pkt 39).

powszechną praktyką, że późniejsze decyzje administracyjne przyjmują za podstawę ustalenia, informacje, a nawet elementy materiału dowodowego ustalone w poprzednich decyzjach lub nawet decyzjach innych organów administracyjnych.

81. Jednakże zasadniczą kwestią w przypadku wszystkich tego rodzaju „transferów między aktami spraw" jest to, że zainteresowana strona musi zachować możliwość pełnego korzystania ze swojego prawa do obrony, gdy zaistniała lub mogłaby zaistnieć taka konieczność [36]. Nie może być tak, że taka strona zostaje nagle postawiona w obliczu „fait accompli", w sposób istotny przesądzającego o jej pozycji, bez możliwości przedstawienia przez nią swojej sprawy.

82. W zakresie, w jakim wydaje się, że GM był stroną w obu postępowaniach, działając zarówno we własnym imieniu, jak i osobiście, nie pojawiają się kwestie strukturalne wynikające z braku tożsamości stron w różnych postępowaniach [37]. To, czy jego prawo do obrony było respektowane w konkretnej sprawie w którymkolwiek z dwóch postępowań, jest kwestią do rozstrzygnięcia przez sąd odsyłający.

3. Uwaga końcowa

83. Uważam za konieczne zaznaczyć, że niniejsza opinia w żaden sposób nie kwestionuje możliwości rozszerzenia przez prawo krajowe mocy wiążącej decyzji administracyjnych, które stały się ostateczne, tak aby obejmowała ona też inne postępowania. Pragnę powtórzyć, że dość powszechne jest, że jedna decyzja może stanowić podstawę innej decyzji lub jest uwzględniana w innym postępowaniu [38]. Najczęściej skuteczność administracyjna, wraz z zapewnieniem równości i przewidywalnością działań administracyjnych, rzeczywiście przemawia za rozszerzeniem pewnych ustaleń na różne postępowania [39].

84. To, czy i w jaki sposób w krajowym porządku prawnym przewidziano intencję nadania mocy wiążącej ostatecznym decyzjom organów administracyjnych, pozostawia się autonomii proceduralnej państw członkowskich. Ochrona praw podstawowych w prawie Unii ogranicza tę autonomię jedynie w zakresie, w jakim jest ona niezbędna do ustanowienia skutecznej ochrony tych praw [40].

85. Jest również jasne, że państwa członkowskie nie są zobowiązane do ustanowienia systemu decyzji administracyjnych, w ramach którego sam organ administracyjny spełnia kryteria „sądu" w rozumieniu art. 47 karty. Jednakże zgodnie z prawem Unii, gdy chodzi o prawa wywodzące się z prawa Unii, kontrola (sądowa) decyzji tego organu administracyjnego przechodzi na wyższy poziom do właściwych sądów krajowych.

86. W tym kontekście w niniejszej opinii sugeruje się jedynie, że szczególne połączenie wyborów instytucjonalnych i proceduralnych dokonanych przez ustawodawcę krajowego jest problematyczne z dwóch powodów. Po pierwsze, w ramach postępowania wyjaśniającego musi istnieć, na pewnym etapie, możliwość wniesienia środka odwoławczego od decyzji wstępnej do

[36] Zobacz powyżej pkt 44 niniejszej opinii.

[37] Zobacz powyżej pkt 54–60 niniejszej opinii.

[38] W odniesieniu do VAT zob. na przykład wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 68, 90). Zobacz także moja opinia w sprawie Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

[39] Chociaż względy skuteczności administracyjnej nie mogą działać jako „cudowny środek" służący ograniczaniu ochrony praw podstawowych. Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 30 czerwca 2011 r., Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, pkt 48).

[40] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 11 listopada 2015 r., Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

sądu posiadającego „pełnię kompetencji orzeczniczych”, jeżeli takie jest życzenie stron. Po drugie, ochrona podmiotowych (ze swej natury) praw nie pozwala na czynienie założeń na podstawie ustaleń dokonanych w innym postępowaniu w ramach postępowania administracyjnego, w którym jednostki znajdują się w sytuacji, gdzie ich sprawa jest częściowo przesądzona na podstawie ustaleń dotyczących ich zachowania dokonanych w poprzednim postępowaniu, w którym nie były one stronami.

V. Wnioski

87. Proponuję, aby na pytania prejudycjalne skierowane przez Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny, Austria) Trybunał odpowiedział w sposób następujący:

„Artykuły 4 i 17 dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i prawem do obrony należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie stosowaniu krajowych przepisów proceduralnych, które skutkują uniemożliwieniem zainteresowanym stronom pełnego wykonywania ich prawa do obrony w toku późniejszego postępowania karno-administracyjnego, w którym ustalana jest odpowiedzialność podmiotowa z tytułu naruszenia wynikającego z dyrektywy 2004/25/WE, lub które nie zapewniają stronom dostępu do skutecznego środka prawnego przed sądem na podstawie art. 47 akapit pierwszy karty”.