Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 18 mars 2021 [1]

Affaire C-546/18

FN,
GM,
Adler Real Estate AG,
HL,
Petrus Advisers LLP
autres parties à la procédure :
Übernahmekommission

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Autriche)]

« Renvoi préjudiciel – Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Caractère définitif des décisions prises à l'issue de procédures administratives – Directive 2004/25/CE – Interprétation en conformité avec le droit de l'Union »

I. Introduction

1. Le contexte de la présente affaire est caractérisé par deux procédures distinctes engagées par l'Übernahmekommission (Commission des offres publiques d'acquisition, Autriche) (ci-après la « commission des OPA »). La première procédure (de constatation) a établi les faits (objectifs) constitutifs d'une violation des règles relatives aux offres publiques d'acquisition obligatoires. En vertu des règles procédurales autrichiennes, une fois que les conclusions de la procédure de constatation deviennent définitives, ces appréciations objectives s'imposent dans le cadre de la seconde procédure (de sanction administrative) visant à déterminer si les critères (subjectifs) de l'infraction alléguée sont également remplis et à quel moment des sanctions doivent être infligées aux personnes concernées.

2. C'est dans ce contexte que le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Autriche), invoquant l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et la directive 2004/25/CE [2] (ci-après la « directive sur les offres publiques d'acquisition »), s'interroge, en substance, sur les droits procéduraux que le droit de l'Union confère aux personnes qui n'ont pas été parties au « premier tour » de la procédure de

[1] Langue originale : l'anglais.

[2] Directive du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (JO 2004, L 142, p. 12).

constatation, mais qui peuvent être exposées, en raison de leurs positions respectives au sein des structures sociétaires des entreprises parties à la première procédure, à des sanctions qui leur seraient infligées dans le cadre du « second tour » de la procédure administrative.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

3. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive sur les offres publiques d'acquisition, les États membres désignent une ou plusieurs autorités pour le contrôle d'une offre en ce qui concerne les règles adoptées ou introduites en application de cette directive. Aux termes de son article 4, paragraphe 5 :

« Les autorités de contrôle disposent de tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, dont le devoir de veiller à ce que les parties à l'offre respectent les règles adoptées ou introduites en application de la présente directive. »

4. L'article 5, paragraphe 1, de cette directive prévoit l'obligation de lancer une offre publique d'acquisition. Cette obligation naît à chaque fois « qu'une personne physique ou morale détient, à la suite d'une acquisition faite par elle-même ou par des personnes agissant de concert avec elle, des titres d'une société au sens de l'article 1er, paragraphe 1, qui, additionnés à toutes les participations en ces titres qu'elle détient déjà et à celles des personnes agissant de concert avec elle, lui confèrent directement ou indirectement un pourcentage déterminé de droits de vote dans cette société lui donnant le contrôle de cette société ».

5. Aux termes de l'article 17 de la directive sur les offres publiques d'acquisition, intitulé « Sanctions » :

« Les États membres déterminent les sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues sont effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard à la date prévue à l'article 21, paragraphe 1, et toute modification ultérieure de celles-ci dans les meilleurs délais. »

B. Le droit autrichien

6. L'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (loi générale relative aux procédures administratives de 1991, ci-après l'« AVG ») régit le contentieux administratif en Autriche. L'article 24 du Verwaltungsstrafgesetz 1991 (loi relative aux sanctions administratives de 1991) précise que, sauf disposition contraire, l'AVG s'applique également aux procédures de sanction administrative.

7. Le Bundesgesetz betreffend Übernahurggebote (loi fédérale relative aux offres publiques d'acquisition) (BGBl. I, nº 127/1998, ci-après l'« ÜbG ») régit les aspects matériels et procéduraux des acquisitions publiques d'actions et d'autres titres de sociétés cotées.

8. L'article 1er, paragraphe 6, de l'ÜbG définit la notion d'« action de concert ». En vertu de l'article 23, paragraphe 1, de cette loi, lorsqu'il est établi que les parties « agissent de concert », les actions ou titres détenus en commun dans une société visée sont additionnés aux fins de l'application des articles 22 à 22b de ladite loi.

9. L'article 22 de l'ÜbG porte sur l'obligation de soumettre une offre publique d'acquisition. Cette obligation incombe « à toute personne qui prend une participation de contrôle indirecte ou directe dans une société visée [...] dans un délai de 20 jours boursiers ». Le paragraphe 22a de cette même loi étend cette obligation d'offre publique d'acquisition aux parties agissant de concert lorsqu'elles acquièrent une « participation de contrôle ».

10. L'article 30, paragraphe 2, de l'ÜbG dispose que l'AVG s'applique aux procédures engagées par la commission des OPA.

III. Les faits, la procédure nationale et les questions préjudicielles

11. Le 22 novembre 2016, la commission des OPA a rendu une décision (ci-après la « décision de constatation ») contre Adler Real Estate AG (ci-après « Adler »), Mountain Peak Trading LLP (ci-après « Mountain Peak »), Westgrund AG, Petrus Advisers LLP (ci-après « Petrus ») et GM (une personne physique). Cette décision a été rendue dans le cadre de la procédure concernant l'acquisition de « participations importantes » en actions avec droit de vote de 31,36 % dans Conwert Immobilien SE (ci-après « Conwert »), et le non-respect de l'obligation de soumettre une offre publique d'acquisition.

12. Dans le cadre de la procédure de constatation, la commission des OPA a conclu que, lors de l'attribution réciproque des droits de vote au titre de l'article 23, paragraphe 1, de l'ÜbG, une participation de contrôle au sens de l'article 22 de cette loi avait été acquise. La commission des OPA était parvenue à cette conclusion quant au seuil de participation sur la base des critères de regroupement des « entités juridiques agissant de concert » visés à l'article 1er, paragraphe 6, de ladite loi. En vertu de l'article 23, paragraphe 1, de la même loi, ces droits de vote au sein de Conwert auraient donc dû être attribués réciproquement à Adler, Mountain Peak Trading, Westgrund, Petrus et GM pour la première fois le 29 septembre 2015. En principe, en vertu de l'article 22a, paragraphe 1, de l'ÜbG, cette acquisition d'une « participation importante » par des « personnes agissant de concert » aurait dû donner lieu à une offre publique d'acquisition obligatoire pour Conwert dans un délai de 20 jours boursiers.

13. Par décision du 1er mars 2017, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) a rejeté un recours formé contre la décision de constatation. La décision de constatation est devenue définitive.

14. Par la suite, la commission des OPA a engagé une procédure de sanction pénale administrative à l'encontre, notamment, de GM, HL et FN (toutes étant des personnes physiques). La responsabilité de HL et de FN découlait de leurs fonctions de membre du conseil d'administration d'Adler et de directeur de Petrus, respectivement, au moment de l'infraction alléguée.

15. Le 29 janvier 2018, la commission des OPA a rendu sa décision à l'encontre de GM (en tant que personne physique), de HL (en qualité de membre du conseil d'administration d'Adler) et de FN (en qualité de directeur de Petrus) (ci-après la « décision de sanction administrative »). La commission des OPA a infligé à GM, HL et FN des sanctions administratives, et a retenu la responsabilité subsidiaire des sociétés représentées par HL et FN.

16. Pour parvenir à cette décision, la commission des OPA a fondé ses conclusions factuelles sur la décision de constatation, et en particulier sa conclusion essentielle selon laquelle, sur la base d'un accord conclu le 29 septembre 2015, les parties concernées « avaient agi de concert » au sens de l'article 22a de l'ÜbG. En ne soumettant pas à la commission des OPA une offre publique d'acquisition obligatoire dans le délai légal de 20 jours boursiers, GM, HL et FN se seraient rendus coupables d'avoir violé l'article 22a, paragraphe 1, de l'ÜbG, lu en combinaison avec l'article 22, paragraphe 1, de cette loi. À ce titre, la commission des OPA a infligé des amendes à GM, HL et FN, et a retenu la responsabilité subsidiaire d'Adler et de Petrus pour les amendes infligées à HL et FN.

17. Des recours ont été introduits contre la décision de sanction administrative devant le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), la juridiction de renvoi. Cette juridiction relève que, selon le droit autrichien relatif aux procédures administratives, une décision de constatation définitive prise par une autorité administrative lie celle-ci ainsi que les autres autorités administratives et les juridictions appelées à se prononcer sur la même situation de fait et de droit que celle qui a été tranchée par la décision de constatation antérieure. La condition préalable à la reconnaissance de ces effets contraignants est l'existence de l'identité des parties. Les mêmes effets contraignants s'imposent aussi aux juridictions administratives, sous réserve, à nouveau, qu'il y ait identité des parties dans les deux procédures.

18. S'agissant de GM, la juridiction de renvoi considère qu'il existe une identité des parties aux fins des procédures qui sous-tendent la décision de constatation et la décision de sanction administrative. En ce qui concerne GM, elle estime également que toutes les autres conditions nécessaires pour que la décision de constatation produise des effets contraignants sont remplies du point de vue du droit national.

19. En ce qui concerne HL et FN, la juridiction de renvoi doute de l'existence d'une identité des parties dans les procédures de constatation et de sanction administrative. Elle fait observer que HL et FN n'étaient pas présents en tant que « parties » lors de la procédure de constatation, mais qu'ils ont seulement agi en tant que représentants des sociétés Adler (pour laquelle HL agissait en tant que membre du conseil d'administration) et Petrus (pour laquelle FN agissait en tant que directeur). Ce statut de « partie » pour HL et FN (en tant que personnes physiques) ne s'est vérifié qu'au cours de la procédure de sanction administrative. Néanmoins, au cours de cette procédure, la commission des OPA a constaté l'existence d'« effets contraignants étendus » (« *erweiterte Bindungswirkung* ») résultant de la décision de constatation également à l'égard de HL et FN (en tant que personnes physiques).

20. C'est dans ce contexte factuel et juridique que le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les articles 4 et 17 de la directive [2004/25], lus à la lumière du principe d'effectivité du droit de l'Union, s'opposent-ils à une interprétation en vertu de laquelle une décision définitive de l'autorité de contrôle visée à l'article 4 de [cette directive] constatant une violation des dispositions de droit interne transposant [ladite] directive commise par une personne ne revêt aucun caractère contraignant dans le cadre d'une procédure de sanction administrative menée ultérieurement par cette autorité de contrôle contre cette personne, de sorte que cette dernière peut à nouveau invoquer l'ensemble des moyens et des éléments de preuve pour contester, en fait et en droit, la violation déjà constatée antérieurement par cette décision définitive ?

2) Les articles 4 et 17 de la directive [2004/25], lus à la lumière du principe d'effectivité du droit de l'Union, s'opposent-ils à une interprétation en vertu de laquelle une décision définitive de l'autorité de contrôle visée à l'article 4 de [cette directive] constatant une violation des dispositions de droit interne transposant [ladite] directive commise par une personne morale ne revêt aucun caractère contraignant dans le cadre d'une procédure de sanction administrative menée ultérieurement par cette autorité de contrôle contre l'organe de représentation de cette personne morale, de sorte que ladite personne (l'organe) peut à nouveau invoquer l'ensemble des moyens et des éléments de preuve pour contester, en fait et en droit, la violation déjà constatée antérieurement par cette décision définitive ?

3) (En cas de réponse négative à la première question) L'article 47 de la [Charte] s'oppose-t-il à une pratique nationale en vertu de laquelle un caractère contraignant est reconnu à une décision définitive de l'autorité de contrôle visée à l'article 4 de la directive [2004/25] constatant une violation des dispositions de droit interne transposant cette directive commise par une personne, dans le cadre d'une procédure de sanction administrative menée ultérieurement par cette autorité de contrôle contre celle-ci, de sorte qu'elle ne peut plus contester, en fait et en droit, la violation constatée antérieurement de façon définitive ?

4) (En cas de réponse négative à la deuxième question) L'article 47 de la [Charte] s'oppose-t-il à une pratique nationale en vertu de laquelle un caractère contraignant est reconnu à une décision définitive de l'autorité de contrôle visée à l'article 4 de la directive [2004/25] constatant une violation des dispositions de droit interne transposant cette directive commise par une personne morale, dans le cadre d'une procédure de sanction administrative menée ultérieurement par cette autorité de contrôle contre l'organe de représentation de cette personne morale, de sorte que celle-ci (l'organe) ne peut plus contester, en fait et en droit, la violation constatée antérieurement de façon définitive ? »

21. Des observations écrites ont été déposées par Adler, HL, GM, la commission des OPA ainsi que par la Commission européenne. À l'exception de la Commission, ces parties ont également répondu aux questions de la Cour.

IV. Analyse

22. Les présentes conclusions sont structurées de la manière suivante. Je commencerai par exposer ma lecture du droit national et, sur cette base, je proposerai une simplification des questions posées par la juridiction de renvoi (A). J'exposerai ensuite le critère de référence applicable en droit de l'Union (B), avant d'examiner la présente affaire (C).

A. Le contexte (législatif national) et les questions posées

23. À première vue, les quatre questions formulées par la juridiction de renvoi, replacées dans le maillage complexe des règles et des procédures nationales, semblent effectivement assez compliquées. Par ailleurs, ces questions semblent être relativement vastes en ce qu'elles touchent d'une manière générale : l'effectivité du droit de l'Union, le statut ou l'effet contraignant des décisions administratives définitives, éventuellement combiné à l'obligation de réexaminer ces décisions définitives, et les droits fondamentaux dans les procédures infligeant des sanctions pénales.

24. À mon avis, la présente affaire peut être abordée de manière beaucoup plus circonscrite. Des indications utiles peuvent peut-être être fournies à la juridiction de renvoi sans examiner toutes les subtilités du droit national, exposées de manière assez détaillée par la juridiction de renvoi, ainsi que les éléments de la jurisprudence nationale contraires. Aussi captivantes que puissent être ces discussions, je ne suis pas sûr qu'elles soient effectivement nécessaires dans le cadre de la présente affaire. Je préfère plutôt me concentrer sur le problème pratique qui se pose, notamment sous l'angle des droits de la défense et de l'accès à un tribunal, pour les justiciables faisant l'objet de ces procédures.

25. Pour ce faire, trois points doivent d'abord être abordés. Premièrement, quel est exactement le problème qui se pose en droit national ? Deuxièmement, comment la Charte et son article 47 interagissent-ils avec la directive sur les offres publiques d'acquisition et s'inscrivent-ils dans le cadre de la présente affaire ? Troisièmement, ces deux points m'obligent à reformuler et à simplifier les questions posées par la juridiction de renvoi, si possible sans perdre de vue le problème.

26. Premièrement, aux fins de la présente affaire, il est essentiel de comprendre deux éléments du droit administratif national : d'une part, les règles de procédure régissant la manière dont la commission des OPA mène ses procédures administratives en cas d'infractions présumées aux règles relatives aux offres publiques d'acquisition obligatoires, et, d'autre part, les règles de procédure nationales qui confèrent un effet contraignant aux décisions administratives devenues définitives.

27. La commission des OPA a le pouvoir d'ouvrir une enquête, notamment pour déterminer si un détenteur de valeurs mobilières a omis de soumettre une offre publique d'acquisition obligatoire au sens de l'article 22, paragraphe 1, de l'ÜbG, lors de l'acquisition de « participations importantes » dans une société visée. Cette commission peut aussi le faire lorsqu'un groupe de parties agit « de concert » pour acquérir une telle participation [3].

[3] Article 22a, paragraphe 1, de l'ÜbG.

28. Toutefois, la procédure est scindée en deux appréciations des éléments *objectifs* et *subjectifs* du défaut de soumission d'une offre publique d'acquisition obligatoire [4]. Comme les parties l'expliquent, ces deux appréciations sont effectuées séparément, étant précisé que l'appréciation *objective* du point de savoir si une partie a omis de soumettre une offre publique d'acquisition obligatoire a lieu dans le cadre d'une procédure de constatation et est tranchée par une décision de constatation. Néanmoins, la procédure de constatation ne règle pas la question de la responsabilité pénale. Cette dernière est traitée dans le cadre d'une appréciation ultérieure visant à établir les éléments *subjectifs* caractérisant l'existence d'une responsabilité administrative, qui semble équivaloir à une sanction de nature pénale.

29. Le *contrôle juridictionnel* éventuel de chacune de ces appréciations suit des voies différentes. La commission des OPA explique que la procédure de constatation et la procédure de sanction administrative sont soumises à des instances de recours différentes. La procédure de *constatation* peut faire l'objet d'un recours devant l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême). Toutefois, il a été jugé que le contrôle de la Cour suprême dans de tels cas était limité aux seules questions de droit. Les questions de fait ne peuvent pas être soumises à son contrôle. En revanche, la procédure de sanction administrative peut être contestée devant le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) et, dans certains cas, elle peut également l'être devant le Verwaltungsgerichtshof (tribunal administratif supérieur, Autriche). Le tribunal administratif fédéral a une « compétence de pleine juridiction » pour contrôler la décision résultant de la procédure de sanction administrative en droit et en fait. Toutefois, cette compétence semble être soumise à l'effet contraignant d'une décision préalable prise par la commission des OPA ou toute autre autorité ou juridiction, qui est devenue définitive.

30. La commission des OPA soutient qu'elle agit, par rapport aux deux instances de recours, en tant que « juridiction de première instance ». Ainsi existe-t-il, pour les procédures de constatation et de sanction administrative, au moins deux instances de recours.

31. La juridiction de renvoi explique que, dès lors qu'une décision administrative prise par la commission des OPA est devenue définitive, ladite commission elle-même ainsi que les autres autorités administratives sont liées par cette décision antérieure. Par ailleurs, cette décision produit ensuite les mêmes effets à l'égard du tribunal administratif fédéral, dans l'hypothèse où cette juridiction est appelée à se prononcer sur la même situation de fait et de droit que celle dont a été saisie la commission des OPA. Ainsi, la structure « à deux tours » de la procédure devant la commission des OPA implique, en pratique, que la procédure de sanction administrative ultérieure portant sur les éléments (subjectifs) du défaut de soumission d'une offre publique d'acquisition obligatoire est liée par la force contraignante des appréciations (objectives) antérieures de la procédure de constatation, dès lors qu'une décision clôturant cette procédure est devenue définitive.

32. En résumé, c'est là que réside, selon mon analyse, le problème pratique. Ce qui a été décidé dans le cadre de la « première » procédure de constatation s'impose dans toutes les procédures ultérieures, tant administratives que judiciaires. De plus, ou plutôt surtout, cet « effet contraignant » ne se produit pas seulement dans le cadre d'une procédure ultérieure à l'égard des mêmes parties (identité des parties dans les procédures ultérieures) [5]. Il se produit aussi, ce qui est très important, dans des situations où cette « identité » semble pour le moins discutable (par

[4] En application des articles 33 et 35 de l'ÜbG.

[5] Comme ce devrait normalement être le cas en droit national, comme la juridiction de renvoi l'a relevé, voir point 17 des présentes conclusions.

exemple, lorsque des personnes sont sanctionnées au « deuxième » tour à titre personnel alors qu'au « premier » tour, seule leur entreprise avait participé formellement à la procédure de constatation).

33. Deuxièmement, dans le contexte d'un tel système, la juridiction de renvoi soulève quatre questions. Les *première* et *deuxième* questions évoquent la compatibilité des règles procédurales autrichiennes relatives au caractère définitif des décisions administratives sous l'angle de la préservation des effets substantiels des articles 4 et 17 de la directive sur les offres publiques d'acquisition. Les deux questions diffèrent au sujet de l'identité ou de l'absence d'identité des parties dans la procédure ultérieure.

34. Les articles 4 et 17 de la directive sur les offres publiques d'acquisition traitent de la nomination et des pouvoirs d'une autorité de contrôle ainsi que des sanctions imposées aux violations des dispositions nationales prises en application de cette directive. Toutefois, on ne voit pas, et la juridiction de renvoi n'explique pas, comment ces dispositions peuvent fournir des indications sur les questions spécifiques soulevées dans la présente procédure.

35. Les *troisième* et *quatrième* questions soulèvent la même problématique sous l'angle de la Charte. En substance, elles visent à déterminer si l'article 47 de la Charte s'oppose à des règles procédurales nationales prévoyant qu'une décision prise par une autorité administrative sur des infractions aux règles nationales en matière d'offres publiques d'acquisition, qui est devenue définitive, lie cette même autorité administrative dans le cadre d'une procédure de sanction (administrative) ultérieure. La troisième question vise à obtenir des indications sur cette compatibilité dans l'hypothèse d'une identité des parties dans les deux procédures menées par ladite autorité administrative. La quatrième question soulève la même interrogation dans l'hypothèse d'une absence d'identité des parties.

36. Lues conjointement, les quatre questions posées par la juridiction de renvoi semblent ainsi se juxtaposer en donnant sa « pleine efficacité » à la directive sur les offres publiques d'acquisition dans le respect des droits procéduraux protégés, notamment, par la Charte. La juridiction de renvoi semble vouloir dire qu'il existe une certaine tension entre ces deux objectifs. En effet, elle laisserait entendre qu'il peut y avoir soit effectivité des sanctions, soit protection des droits fondamentaux, mais pas les deux. Elle pourrait même laisser entendre également que, pour qu'une sanction soit « effective », elle ne devrait pas être trop gênée par les droits des parties.

37. Je ne pense pas que cette hypothèse de départ soit pertinente.

38. Au contraire, il est constant que la réglementation autrichienne relative à la surveillance des offres publiques d'acquisition, telle qu'elle figure notamment dans l'ÜbG, constitue une mise en œuvre de la directive sur les offres publiques d'acquisition, et donc du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. Toute procédure nationale menée dans le cadre de la directive sur les offres publiques d'acquisition doit ainsi être compatible avec l'article 47 de la Charte et les droits garantis par le droit de l'Union.

39. Ainsi, le véritable enjeu, à mon avis, n'est pas que l'on doive choisir entre la « pleine effectivité » et les « droits fondamentaux ». La vraie question est plutôt celle de savoir si les règles procédurales autrichiennes, telles qu'appliquées et établies par la présente affaire, sont compatibles avec les articles 4 et 17 de la directive sur les offres publiques d'acquisition, lus en combinaison avec l'article 47 de la Charte et les droits garantis par le droit de l'Union.

40. Troisièmement, vues sous cet angle, les quatre questions posées par la juridiction de renvoi se résument à deux, voire une seule, avec deux sous-questions. Dès lors, les questions posées peuvent, en substance, être reformulées par la question de savoir si l'application des règles procédurales nationales, telle qu'elle ressort de la présente affaire, est compatible avec les articles 4 et 17 de la directive sur les offres publiques d'acquisition, lus à la lumière du principe du respect des droits de la défense et/ou de l'article 47 de la Charte. Cette question primordiale comporte deux sous-questions : une hypothèse dans laquelle il y a identité des parties dans les procédures (première et troisième questions) et une autre dans laquelle cette identité fait défaut (deuxième et quatrième questions).

41. La juridiction de renvoi pose ces questions en accordant une attention particulière à la procédure de sanction administrative. Toutefois, comme cela apparaît clairement, cette procédure n'est pas à l'origine du problème. Ce problème débute « en amont » par la protection de ces droits au cours de la procédure de constatation par la commission des OPA et par le contrôle restreint des conclusions qui en résultent devant l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), ces questions se posant alors « en aval », dans le cadre de la procédure de sanction (administrative) ultérieure (et éventuellement d'une autre).

42. Compte tenu de l'importance de la procédure de constatation, je commencerai donc par les deuxième et quatrième questions et la protection des droits fondamentaux des parties qui n'ont pas participé à la procédure de constatation et qui n'ont (dès lors) pas pu contester les conclusions formulées dans la décision de constatation (C.1). Ce n'est qu'ensuite que j'examinerai les première et troisième questions ainsi que la situation de l'identité des parties dans les procédures, quoique de manière succincte (C.2). Toutefois, au préalable, je rappellerai les normes relatives aux droits fondamentaux applicables aux deux séries de questions (B).

B. Les exigences du droit de l'Union

1. La procédure administrative et les droits de la défense

43. Le respect des droits de la défense constitue un principe général du droit de l'Union qui trouve à s'appliquer dès lors que l'administration se propose de prendre à l'encontre d'une personne un acte qui lui fait grief[6]. Dans ces conditions, le destinataire de cette décision doit être mis en mesure de faire valoir ses observations *avant* que celle-ci soit prise[7]. Ces droits sont indispensables dans *toute* procédure aboutissant à une décision faisant grief à la partie concernée, qu'elle soit de nature civile, pénale, administrative ou autre[8].

6 Voir arrêts du 22 octobre 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, point 38 et jurisprudence citée) ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 84), et du 16 octobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, point 39 et jurisprudence citée).

7 Arrêts du 19 février 2009, Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, points 42 et 43) ; du 5 novembre 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, point 47), et du 16 octobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, point 41).

8 Arrêts du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (C-550/07 P, EU:C:2010:512, point 92 et jurisprudence citée) ; du 5 mars 2015, Commission e.a./Versalis e.a. (C-93/13 et C-123/13 P, EU:C:2015:150, point 94 ainsi que jurisprudence citée), et du 6 octobre 2020, Bank Refah Kargaran/Conseil (C-134/19 P, EU:C:2020:793, point 56).

44. Il est essentiel que le respect des droits subjectifs de la défense d'une partie soit garanti *par les autorités administratives* dans le cadre de leurs procédures [9]. Ces droits doivent être disponibles au moment où ils entrent en ligne de compte [10]. C'est le seul moyen de garantir que l'autorité concernée tienne compte de toutes les informations pertinentes et que la personne concernée soit autorisée à corriger les erreurs éventuelles et à faire valoir des éléments qui militent dans le sens qu'une décision faisant grief ne soit pas prise [11].

2. Les procédures juridictionnelles et l'article 47 de la Charte

45. L'article 47, premier alinéa, de la Charte prévoit le droit à un recours effectif devant un tribunal. Les éléments essentiels constitutifs de ce droit sont le principe d'égalité des armes, y compris le principe du contradictoire [12], et le principe d'égalité procédurale [13]. En imposant l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à l'autre [14], l'article 47 de la Charte vise également à protéger les droits de la défense [15].

46. Il est vrai que l'éventail complet des garanties découlant de l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, auquel correspondent les articles 47 et 48 de la Charte, ne joue que dans les procédures susceptibles d'aboutir à une sanction revêtant un caractère « pénal » [16]. Toutefois, il ressort également clairement du libellé de l'article 47 de la Charte que cette disposition n'est pas limitée aux procédures conduisant à l'adoption de sanctions « pénales » uniquement. En effet, cette disposition établit un noyau de droits qui doivent être protégés dans le cadre de toute procédure juridictionnelle [17].

[9] Voir arrêts du 26 septembre 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, point 83 et jurisprudence citée), ainsi que du 17 mars 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, point 33 et jurisprudence citée).

[10] Voir, en ce sens, arrêts du 22 novembre 2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744, point 90) ; du 16 octobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, points 47 à 49), et du 2 février 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, points 42 et 44 ainsi que jurisprudence citée).

[11] Arrêts du 21 décembre 2011, France/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, point 65 et jurisprudence citée) ; du 5 novembre 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, point 47), et du 16 octobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, point 41).

[12] Arrêt du 21 septembre 2010, Suède e.a./API et Commission (C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, EU:C:2010:541, point 88 et jurisprudence citée).

[13] Arrêt du 30 juin 2016, Toma et Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, point 36 et jurisprudence citée).

[14] Arrêt du 17 juillet 2014, Sánchez Morcillo et Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, point 49).

[15] Arrêts du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 67), et du 24 juin 2019, Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême) (C-619/18, EU:C:2019:531, point 77 et jurisprudence citée).

[16] Voir, en ce sens, arrêt du 2 février 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, points 42 et 43). Voir, également, Cour EDH, 10 décembre 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. et Edizioni del Roma S.R.L. c. Italie (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 et jurisprudence citée).

[17] Voir, en ce sens, arrêts du 17 décembre 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, point 56 et jurisprudence citée), et du 2 février 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, point 37 et jurisprudence citée).

47. Le contrôle du respect dudit noyau de droits doit pouvoir être effectué, en droit et en fait, par un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte [18]. D'après la jurisprudence, cet organe doit être d'origine légale, permanent, avoir un caractère obligatoire, respecter une procédure qui soit contradictoire, appliquer des règles de droit et être indépendant (tant sur le plan interne que sur le plan externe) [19].

48. Si tel n'est pas le cas, pour que le contrôle juridictionnel prévu à l'article 47, premier alinéa, de la Charte soit effectif, ce contrôle requiert qu'au moins *une instance* dispose d'une *compétence de pleine juridiction* [20]. L'étendue du contrôle effectué par un tel « tribunal » peut être limitée, par exemple, aux questions de droit [21]. Toutefois, dans ce cas, l'autorité administrative compétente pour rendre la décision en question doit *elle-même* remplir tous les critères d'un « tribunal » aux fins de l'article 47 de la Charte [22]. Ainsi, il doit y avoir, d'une manière ou d'une autre, au moins une instance pleinement indépendante, qui soit considérée comme un « tribunal » au sens de l'article 47, premier alinéa, de la Charte, et qui soit habilitée à examiner l'affaire en pleine juridiction, c'est-à-dire tant au regard des éléments de droit que de ces éléments de fait.

C. La présente espèce

1. Des parties différentes dans la procédure administrative ultérieure

49. La juridiction de renvoi explique que, au cours de la procédure de constatation, la commission des OPA a examiné si l'on pouvait considérer (objectivement) que les parties à la procédure avaient « agi de concert » pour acquérir des « participations importantes » dans Conwert et si cela avait dû déclencher l'obligation de soumettre une offre publique d'acquisition. Dans le cadre de la procédure (de sanction administrative) ultérieure, la commission des OPA s'est ensuite estimée liée par ces constatations (objectives) pour déterminer les éléments subjectifs du défaut de soumission d'une offre publique d'acquisition obligatoire. Elle a considéré que ces effets contraignants s'imposaient bien que la procédure de constatation et la procédure de sanction administrative n'aient pas concerné les mêmes participants.

50. À mon avis, cela soulève clairement des questions relevant du droit de l'Union au regard des deux aspects que je viens d'évoquer : du point de vue de l'exercice des droits de la défense des parties concernées (a) et de l'impossibilité de contrôle par une juridiction disposant d'une compétence de « pleine juridiction » (b).

18 Voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 43 à 46). Voir, également, Cour EDH, 10 décembre 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. et Edizioni del Roma S.R.L. c. Italie (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 et jurisprudence citée).

19 Arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, point 38 et jurisprudence citée). Voir également, en ce qui concerne l'aspect « interne » de l'indépendance, arrêt du 19 novembre 2019, A.K. e.a. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême) (C-585/18, C-624/18 et C-625/18, EU:C:2019:982, point 122).

20 Arrêts du 6 novembre 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, point 49), et du 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, points 54 à 56 et jurisprudence citée).

21 Voir, en ce sens, arrêt du 19 septembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, point 61). Voir, également, Cour EDH, 18 janvier 2000, Pesti et Frodl c. Autriche (CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 et jurisprudence citée), et du 22 novembre 1985, Bryan c. Royaume-Uni (CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

22 Voir, en ce sens, arrêt du 19 septembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, points 61 et 62). Voir, également, Cour EDH, 27 octobre 2009, Crompton c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, § 70 à 73).

a) L'exercice des droits de la défense

51. HL explique que, pendant la procédure de constatation, il n'a pas pu exercer ses droits de la défense parce qu'il n'était pas désigné comme « partie » à la procédure (« *Parteistellung* »). HL était simplement considéré comme un « participant » (« *Beteiligter* ») aux fins de la procédure de constatation. En droit autrichien, ces statuts sont apparemment assortis de garanties et de droits procéduraux différents. Ainsi, HL explique qu'il n'a pas été informé de la procédure de constatation. Il n'a pas pu prendre connaissance du dossier ni exercer son droit de garder le silence ou de faire appel de la décision de constatation. Ce n'est que lorsque la procédure de sanction administrative a été engagée que HL a pu prétendument exercer ces droits, mais seulement dans le cadre de cette seconde procédure. Or, à ce moment-là, la décision de constatation, qui, entre-temps, était devenue définitive, liait déjà la commission des OPA quant à l'appréciation objective du fait que les parties avaient « agi de concert ». Dès lors, HL s'est vu dès le départ imputer objectivement les agissements d'Adler en raison de sa qualité de membre du conseil d'administration de cette société, sans pouvoir exercer ses droits (propres et personnels) de la défense.

52. Dans sa réponse à une question posée par la Cour, la commission des OPA soutient que HL a pu participer à la procédure de constatation, qu'il a eu le droit de garder le silence au titre de l'article 51 de l'AVG, et qu'il a eu le droit de se défendre au cours de cette procédure. La commission des OPA relève également que HL a été, en effet, « personnellement » convoqué à l'audience de la procédure de constatation, qu'il y était présent et qu'il y a participé. Cela impliquerait que HL a pu exercer certains de ses droits procéduraux subjectifs.

53. Il appartient encore à la juridiction de renvoi de déterminer les circonstances factuelles de la présente affaire ainsi que l'interprétation actuelle du droit national, laquelle semble quelque peu contestée.

54. D'après le dossier, je crois comprendre que, pendant la procédure de constatation, HL a participé en tant que *membre du conseil d'administration* de la société Adler, agissant au nom et pour le compte de cette société, mais pas à titre personnel. En fait, rien ne semble indiquer que sa responsabilité personnelle ait fait l'objet d'une enquête objective de la commission des OPA dans le cadre de la procédure de constatation. C'est l'implication de la société qui avait fait l'objet d'une enquête. La participation *personnelle* de HL semble n'être intervenue que pendant la procédure de sanction administrative.

55. La commission des OPA semble toutefois soutenir que, malgré le défaut de concordance entre les deux procédures, HL aurait pu exercer ses droits de la défense *personnels* au cours de la procédure de constatation par l'intermédiaire d'Adler, lorsqu'il représentait cette dernière entité en sa qualité de membre du conseil d'administration, puisque les deux parties partageaient les mêmes intérêts (« *Interessengleichlauf* »).

56. Je ne suis pas d'accord avec ce raisonnement pour (au moins) deux raisons.

57. Premièrement, on ne peut ignorer la probabilité relativement évidente qu'un *conflit d'intérêts* et/ou un manquement aux obligations fiduciaires se produisent pour les dirigeants de sociétés qui sont placés dans la situation décrite par la commission des OPA. Certes, on peut tout à fait considérer que, d'un point de vue plus général, tant la société que son ou ses dirigeant(s) ou d'autres membres de ses organes directeurs sont susceptibles de partager le même intérêt à ce que leur société ne soit pas reconnue coupable de violation des règles relatives aux offres

publiques d'acquisition. Toutefois, en ce qui concerne les autres problèmes susceptibles de se poser à plus long terme, peut-on réellement exclure qu'un dirigeant de société ou un membre du conseil d'administration se trouve dans une situation où il doit choisir entre les intérêts supérieurs de la société et son propre intérêt, notamment dans le cadre de ce qui semble être une responsabilité personnelle administrative ultérieure des dirigeants de sociétés, assortie de sanctions de nature pénale ?

58. Deuxièmement, les droits de la défense ont un caractère *subjectif*. En vertu d'une jurisprudence constante, ces droits ne sauraient être transférés à une autre personne, physique ou morale, et ne peuvent certainement pas être exercés au nom d'une autre personne [23]. Ce sont les parties concernées elles-mêmes qui doivent être en mesure d'exercer effectivement les droits que leur confère le droit de l'Union, indépendamment de la nature de la procédure dont elles font l'objet.

59. Ainsi, sans vouloir paraître trop formaliste, je ne peux souscrire à la prémisse selon laquelle une personne physique agissant au nom et pour le compte d'une société (et dont on pense donc normalement qu'elle agit *en tant que cette société*, en représentant légal d'une personne morale) est effectivement la même que celle qui agit dans son intérêt personnel et pour son propre compte. Cela est d'autant plus vrai lorsque, au fil de ces procédures, les intérêts des deux personnes sont susceptibles de diverger, si ce n'est d'entrer purement et simplement en conflit.

60. En l'espèce, il apparaît que HL, à titre personnel, n'a pu exercer *ses* droits de la défense qu'au cours de la procédure de sanction administrative. Or, à ce moment-là, la décision de constatation était déjà devenue définitive. Celle-ci s'imposait donc dans la procédure de sanction administrative s'agissant des éléments « objectifs » de l'enquête menée par la commission des OPA quant à un éventuel manquement à l'obligation de faire une offre publique d'acquisition. Cela a eu pour effet de préjuger le comportement de HL, sans que ce dernier ait pu faire valoir son point de vue *avant* l'adoption de cette décision [24].

b) Défaut d'accès à un tribunal disposant d'une compétence de « pleine juridiction »

61. GM, HL et Adler estiment que, dans les circonstances de l'espèce, l'article 47 de la Charte s'oppose à la reconnaissance de l'effet contraignant de la décision de constatation aux fins de la procédure de sanction administrative. S'agissant de l'article 47, premier alinéa, de la Charte, ces parties font valoir que, eu égard au contrôle juridictionnel limité dont dispose l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), la reconnaissance de l'effet contraignant de la décision de constatation, une fois qu'elle est devenue définitive, dans le cadre de la procédure de sanction administrative ultérieure et d'une procédure juridictionnelle devant le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), porte atteinte à leur droit à une protection juridictionnelle effective découlant de la Charte.

62. La commission des OPA ne partage pas ces positions. Elle fait valoir que les garanties procédurales qui sous-tendent à la fois la procédure de constatation et la procédure de sanction administrative sont telles que les décisions qui en résultent sont prises par un « tribunal » indépendant et impartial au sens de l'article 47 de la Charte. Étant donné que la commission des

[23] Voir, par exemple, arrêts du 9 juin 2011, Evropaïki Dynamiki/BCE (C-401/09 P, EU:C:2011:370, point 49), et du 10 septembre 2015, Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, point 73). Voir également, plus récemment, arrêt du 19 septembre 2019, Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Commission (T-228/17, EU:T:2019:619, point 36).

[24] Arrêt du 5 novembre 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, points 46 et 47 et jurisprudence citée).

OPA agit donc, dans les deux cas, en tant que « juridiction de première instance », limitant ainsi le niveau de contrôle de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) aux seules questions de droit, celle-ci est compatible avec l'article 47 de la Charte.

63. La logique des exigences du premier alinéa de l'article 47 de la Charte requiert une appréciation en deux parties [25]. Premièrement, il convient de déterminer si la commission des OPA doit effectivement, comme elle le prétend, être considérée comme un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte (1). Deuxièmement, si tel n'est pas le cas, la question est de savoir si ses décisions sont soumises au contrôle d'une juridiction disposant d'une compétence de « pleine juridiction » (2).

1) La commission des OPA est-elle un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte ?

64. L'une des conditions cumulatives requises pour caractériser l'existence d'un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte est tirée du caractère « indépendant » de l'autorité [26]. Celui-ci vise l'égale distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci [27]. En d'autres termes, l'instance concernée ne peut pas intervenir en qualité de partie dans sa propre cause en violation du principe « nemo judex in sua causa » [28].

65. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur tous les éléments requis pour satisfaire aux critères d'un « tribunal », tels que fixés par l'article 47 de la Charte, il apparaît que la commission des OPA ne satisfait pas au critère relatif à l'« indépendance ».

66. En réponse à une question posée par la Cour, GM relève que, en vertu de l'article 29, paragraphe 1, de l'ÜbG, la commission des OPA est responsable de la mise en œuvre de l'ÜbG et s'est donc vu attribuer des pouvoirs d'office étendus, y compris le pouvoir d'engager des procédures de constatation et de sanction administrative. Dans le cadre de ces procédures, la Commission des OPA statue elle-même sur la portée et l'objet de la procédure et procède également à l'instruction de celle-ci. Sous réserve de confirmation par la juridiction de renvoi, il ressort de l'article 33, paragraphe 4, de l'ÜbG que, dans le cadre d'une procédure engagée sur la base d'une demande motivée, la commission des OPA est seule compétente pour décider de la poursuite de la procédure, même si ladite demande est retirée ultérieurement.

67. Ainsi, en résumé, la commission des OPA semble avoir un certain nombre de « casquettes » en droit national : celles d'enquêteur, de procureur, ainsi que celle de « juge ». Rien n'indique que cette commission opère en interne sur la base d'une séparation fonctionnelle nette entre, d'une part, les services de cette autorité chargés de l'instruction et de la prise de décision dans le cadre de la mise en œuvre de la directive sur les offres publiques d'acquisition et, d'autre part, un organe statuant sur les réclamations introduites contre les décisions prises par ces services [29].

68. En effet, il apparaît que, dans les procédures juridictionnelles ultérieures relatives à des contestations de procédures de constatation ou de sanction administrative de la commission des OPA, cette dernière agit en tant que défendeur de sa propre cause pour défendre ses décisions

[25] Exposée au point 48 des présentes conclusions.

[26] Voir point 47 des présentes conclusions.

[27] Voir, par exemple, arrêt du 22 décembre 2010, RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, points 38 à 40 et jurisprudence citée).

[28] Voir, en ce sens, arrêt du 21 janvier 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, point 62 et jurisprudence citée). Voir, également, Cour EDH, 10 décembre 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. et Edizioni del Roma S.R.L. c. Italie (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

[29] Voir arrêt du 21 janvier 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, points 72 à 77).

devant la juridiction autrichienne compétente [30]. Elle n'intervient donc pas en tant que tiers impartial entre l'auteur présumé de l'infraction, d'une part, et l'autorité administrative chargée de contrôler le respect des offres publiques d'acquisition, d'autre part.

69. Naturellement, tous ces éléments relèvent de la compétence de la juridiction de renvoi. Toutefois, au vu des réponses fournies à la Cour, et pour les raisons exposées dans les points précédents des présentes conclusions, je ne suis pas convaincu que la commission des OPA remplisse les critères d'un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte. Je tiens à souligner qu'une telle ébauche de conclusion, qu'il appartient là encore à la seule juridiction de renvoi de vérifier, ne remet nullement en cause le fait que certaines autorités administratives nationales sont dotées d'un niveau d'indépendance avancé et possèdent le niveau d'expertise le plus élevé dans leurs domaines d'activité respectifs.

70. Cependant, ce n'est pas ce qui définit un tribunal « indépendant ». Conformément à l'article 47, premier alinéa, de la Charte, un tribunal indépendant se caractérise par son indépendance totale, tant « interne » qu'« externe ». C'est un *tiers* indépendant par rapport aux deux parties concernées. Dans cette logique, une chambre décisionnelle faisant partie d'une autorité administrative, voire des chambres d'appel très indépendantes sur le plan fonctionnel faisant partie d'une autorité administrative tendent encore à être rattachées à l'administration publique et non au pouvoir judiciaire [31].

71. Dans la mesure où il semblerait que la commission des OPA ne soit pas un « tribunal » au sens de l'article 47, premier alinéa, de la Charte, la question qui se pose est donc celle de savoir si, en l'espèce, les juridictions nationales compétentes conservent une « compétence de pleine juridiction » pour contrôler les décisions de la commission des OPA.

2) Y a-t-il un contrôle par une juridiction disposant d'une compétence de « pleine juridiction » ?

72. Le contrôle juridictionnel des décisions de la commission des OPA semble différer selon la procédure en cause. D'une part, les conclusions résultant de la procédure de *constatation* peuvent faire l'objet d'un recours devant l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême). Le contrôle de cette juridiction est limité aux seules questions de droit [32]. Ladite juridiction ne semble donc pas avoir une compétence de « pleine juridiction » pour réexaminer les questions de fait [33]. D'autre part, les conclusions résultant de la procédure de *sanction administrative* peuvent faire l'objet d'un recours devant le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) (qui est, en l'espèce, la juridiction de renvoi elle-même) [34]. Cette juridiction semble avoir une compétence de « pleine juridiction » pour réexaminer les conclusions de la commission des OPA en droit et en fait.

30 Voir arrêt du 21 janvier 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, point 42).

31 Voir, par analogie, la jurisprudence concernant la recevabilité des demandes de décision préjudicielle présentées par diverses chambres ou organes (de contrôle ou quasi judiciaires) de l'administration publique, par exemple arrêts du 31 mai 2005, Syfait e.a. (C-53/03, EU:C:2005:333, points 31 à 37), ou du 30 mai 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, points 34 à 38).

32 Voir, plus en détail, point 29 des présentes conclusions.

33 Voir, à cet égard, article 30a, paragraphes 1 et 2, de l'ÜbG. En revanche, voir, par exemple, la procédure de contrôle prévue par le droit allemand contre une décision de la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (autorité fédérale de surveillance financière, Allemagne), qui permet un contrôle en droit et en fait. Voir article 48 du Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (loi allemande relative aux acquisitions de titres et aux offres publiques d'acquisition).

34 Article 35, paragraphe 3, de l'ÜbG.

73. Toutefois, la juridiction de renvoi explique qu'elle n'exerce pas, en pratique, une compétence de « pleine juridiction », car elle ne peut pas contrôler la décision de constatation de la commission des OPA. Elle relève que, en raison des effets contraignants étendus que les règles de procédure autrichiennes attachent aux décisions administratives définitives, la juridiction de renvoi est liée par les conclusions (devenues définitives) de la commission des OPA dans la décision de constatation et ne peut pas contrôler ces conclusions.

74. En résumé, le droit national met en place un système par lequel la commission des OPA, qui i) ne remplit pas les critères d'un « tribunal », rend une décision, laquelle ii) ne peut pas faire l'objet d'un contrôle complet par la Cour suprême, et qui, iii) lorsqu'elle est devenue définitive, iv) lie non seulement cette commission elle-même dans les procédures ultérieures caractérisées par une identité des parties (selon une interprétation plutôt extensive de cet organisme), de la cause et de l'objet, mais aussi v) toute juridiction habituellement chargée de contrôler ces procédures connexes.

75. Si tel est bien le cas, cette situation est, à mon sens, contraire à l'article 47 de la Charte et à l'exigence de protection juridictionnelle effective.

76. Je souligne que cette incompatibilité survient *à l'égard de tout participant* à la « première » procédure de constatation, car il semble n'y avoir aucun « tribunal » de pleine juridiction, comme l'exige l'article 47, premier alinéa, de la Charte. À ce premier problème s'en ajoute *un autre* qui est lié à la situation particulière des parties qui n'ont même pas participé à la première procédure de constatation.

2. Les mêmes parties dans la procédure ultérieure

77. GM fait valoir que, s'il a bien participé en tant que « partie » à la procédure de constatation, il n'a pas été informé du fait que cette procédure pouvait conduire à l'adoption d'une sanction « pénale » à l'issue de la procédure de sanction administrative. Il relève également que, au cours de la procédure de constatation, il n'a pas bénéficié du droit de garder le silence.

78. La commission des OPA estime que tous les droits fondamentaux de GM ont été respectés au cours des procédures de constatation et de sanction administrative.

79. S'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ces circonstances, l'élément essentiel aux fins de la protection des droits fondamentaux de GM est le même que celui qui a été évoqué au sujet des situations particulières de HL et d'Adler. D'une certaine manière, le problème qui se pose lors du premier tour est *le même pour toutes les parties*. Il convient seulement de noter que, dans le contexte spécifique d'une identité des parties dans la procédure ultérieure, la question supplémentaire de l'absence des droits de la défense ne peut pas se poser (sous réserve, bien sûr, que ces droits, nés lors du « premier tour », aient pu être exercés au moment où ils sont entrés en ligne de compte).

80. Au-delà de cela, je ne vois pas pourquoi, en principe, les appréciations objectives d'une procédure administrative antérieure ne pourraient pas être invoquées dans une procédure administrative parallèle, ou ultérieure, découlant des mêmes faits [35]. Il est de pratique courante

[35] Voir mes conclusions dans l'affaire Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, point 39).

que les décisions administratives ultérieures se basent sur les conclusions, les informations, voire les éléments de preuve établis dans leurs décisions antérieures, voire dans les décisions d'autres autorités administratives.

81. Toutefois, l'essentiel pour tous ces « transferts de dossiers » est que la partie concernée doit rester en mesure d'exercer pleinement ses droits de la défense dès lors que ces droits sont ou seraient entrés en ligne de compte [36]. Il est impossible que cette partie soit soudainement mise devant le « fait accompli », ce qui préjugerait grandement sa position, sans que cette partie ait jamais eu la possibilité de faire valoir ses arguments.

82. Dans la mesure où il apparaît que GM était partie aux deux procédures, agissant à la fois à titre personnel et en son nom propre, les questions structurelles liées au défaut d'identité des parties dans les différentes procédures ne se posent pas [37]. La question de savoir si ses droits de la défense ont été respectés au cas particulier, dans l'une et l'autre des deux procédures, est du ressort de la juridiction de renvoi.

3. Remarque finale

83. Il me semble nécessaire de souligner que les présentes conclusions ne remettent nullement en question la possibilité pour le droit national d'étendre l'effet contraignant des décisions administratives, devenues définitives, aux procédures ultérieures. Il est, là encore, plutôt courant qu'une décision puisse constituer le fondement d'une autre décision, ou soit prise en compte dans une procédure différente [38]. Bien souvent, l'efficacité administrative ainsi que l'égalité et la prévisibilité de l'action administrative plaident en effet en faveur d'une extension de certaines conclusions aux procédures ultérieures [39].

84. La question de savoir si, et comment, l'ordre juridique national souhaite conférer des effets contraignants aux décisions administratives définitives relève de l'autonomie procédurale des États membres. La protection des droits fondamentaux du droit de l'Union ne limite cette autonomie que dans la mesure où il est nécessaire d'instaurer une protection effective desdits droits [40].

85. Il est également clair que les États membres ne sont pas tenus de mettre en place un système de décisions administratives, dans lequel l'autorité administrative remplit elle-même les critères d'un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte. Toutefois, en droit de l'Union, lorsque des droits tirés du droit de l'Union sont en cause, le contrôle (juridictionnel) des décisions de cette administration se déplace alors d'un cran « en amont » vers les juridictions nationales compétentes.

86. Si l'on replace dans ce contexte la réflexion exposée dans les présentes conclusions, il apparaît que la combinaison spécifique des choix institutionnels et procéduraux opérés par le législateur national est problématique pour deux raisons. Premièrement, dans le cadre de la procédure de

[36] Voir point 44 des présentes conclusions.

[37] Voir points 54 à 60 des présentes conclusions.

[38] En matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), voir, par exemple, arrêt du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, points 68 et 90). Voir, également, mes conclusions dans l'affaire Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, point 39 et jurisprudence citée).

[39] Bien que des raisons d'efficacité administrative ne puissent constituer une « solution miracle » pour restreindre la protection des droits fondamentaux. Voir, en ce sens, arrêt du 30 juin 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, point 48).

[40] Voir, en ce sens, arrêt du 11 novembre 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, point 40 et jurisprudence citée).

constatation, il doit exister, à un moment donné, la possibilité de contester la décision devant un tribunal disposant d'une « compétence de pleine juridiction » dans le cas où les parties souhaiteraient le faire. Deuxièmement, la protection des droits (par nature) subjectifs ne permet pas de procéder à une « mise en cause par procuration » dans le cadre des procédures administratives, qui placerait les justiciables dans une situation où leur affaire serait partiellement préjugée par des conclusions afférentes à leur comportement, qui ont été établies dans une procédure antérieure à laquelle ils n'étaient pas parties.

V. Conclusion

87. Je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles du Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Autriche) :

Les articles 4 et 17 de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition, lus en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits de la défense, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'application de règles procédurales nationales qui ont pour effet d'empêcher les parties concernées d'exercer pleinement leurs droits de la défense dans le cadre d'une procédure de sanction administrative ultérieure établissant la responsabilité subjective d'une infraction prévue par la directive 2004/25 ou qui ne donnent pas aux parties l'accès à un recours effectif devant un tribunal prévu à l'article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux.