Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 18 maart 2021 [1]

Zaak C-546/18

FN,
GM,
Adler Real Estate AG,
HL,
Petrus Advisers LLP,
in tegenwoordigheid van:
Übernahmekommission

[verzoek van het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Definitieve karakter van besluiten ter afsluiting van administratieve procedures – Richtlijn 2004/25/EG – Unierechtconforme uitlegging"

I. Inleiding

1. De context van de onderhavige zaak wordt gevormd door twee afzonderlijke procedures die de Übernahmekommission (overnamecommissie, Oostenrijk) heeft ingeleid. In de eerste (declaratoire) procedure zijn de (objectieve) feiten van een inbreuk op de regels inzake verplichte openbare overnamebiedingen vastgesteld. Volgens de Oostenrijkse procedureregels is de administratieve autoriteit in de tweede (administratieve straf)procedure, zodra de vaststellingen uit de declaratoire procedure definitief zijn geworden, bij de beoordeling of ook aan de (subjectieve) criteria voor de gestelde inbreuk is voldaan en de oplegging van sancties aan de betrokken personen, gebonden aan die objectieve vaststellingen.

2. In die context onderzoekt het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) in het kader van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en richtlijn 2004/25/EG [2] (hierna: „richtlijn 2004/25" of „overnamerichtlijn") in essentie in welke procedurele rechten het Unierecht voorziet voor personen die geen partij waren in de „eerste fase" – de declaratoire procedure –, maar aan wie uit

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PB 2004, L 142, blz. 12).

hoofde van hun respectieve functies binnen de bedrijfsstructuren van de vennootschappen die partij waren in de „tweede fase" – de administratieve procedure – sancties kunnen worden opgelegd.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

3. Artikel 4, lid 1, van de overnamerichtlijn bepaalt dat de lidstaten een of meer autoriteiten aanwijzen die belast zijn met het toezicht op een bod dat onder de krachtens deze richtlijn vastgestelde of ingevoerde voorschriften valt. In artikel 4, lid 5, van die richtlijn wordt bepaald:

„De toezichthoudende autoriteiten beschikken over alle bevoegdheden die nodig zijn voor de uitoefening van hun taken, waartoe met name behoort de taak er zorg voor te dragen dat de partijen bij het bod de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde voorschriften naleven."

4. Artikel 5, lid 1, van die richtlijn bevat de verplichting om een overnamebod uit te brengen. Die verplichting ontstaat wanneer „een natuurlijke of rechtspersoon die, ten gevolge van eigen verwerving of verwerving door in onderling overleg met hem handelende personen, effecten van een vennootschap als bedoeld in artikel 1, lid 1, in zijn bezit krijgt welke – in voorkomend geval samen met de effecten die hij reeds bezit en de effecten die in het bezit zijn van in onderling overleg met hem handelende personen –, rechtstreeks of middellijk een bepaald percentage van de stemrechten in de vennootschap vertegenwoordigen waarmee de zeggenschap over de vennootschap wordt verkregen […]".

5. Artikel 17 van de overnamerichtlijn, met het opschrift „Sancties", luidt:

„De lidstaten bepalen de sancties voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, en treffen alle maatregelen die nodig zijn om de oplegging van die sancties te verzekeren. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op de in artikel 21, lid 1, vermelde datum van de desbetreffende bepalingen in kennis en delen haar alle latere wijzigingen ervan zo spoedig mogelijk mede."

B. Oostenrijks recht

6. Het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet bestuursprocesrecht van 1991; hierna: „AVG") regelt de procedures van administratieve autoriteiten in Oostenrijk. § 24 van het Verwaltungsstrafgesetz 1991 (wet inzake administratieve strafprocedures van 1991) bepaalt dat, behoudens andersluidende bepalingen, het AVG ook van toepassing is in administratieve strafprocedures.

7. Het Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote (federale wet betreffende het openbaar overnamebod; hierna: „ÜbG"), BGBl. I nr. 127/1998, regelt materiële en procedurele aspecten voor openbare overnames van aandelen en andere effecten van beursgenoteerde vennootschappen.

8. § 1, lid 6, ÜbG omschrijft het begrip „in onderling overleg handelen". Ingevolge § 23, lid 1, worden, wanneer wordt vastgesteld dat partijen „in onderling overleg handelen", de in gemeenschappelijk bezit zijnde aandelen of effecten in een doelvennootschap voor de toepassing van de §§ 22 tot en met 22b ÜbG samengeteld.

9. § 22 ÜbG betreft de verplichting om een overnamebod uit te brengen. Die verplichting moet binnen 20 beurswerkdagen worden nagekomen door „[e]enieder die een directe of indirecte controlerende deelneming in een doelvennootschap verwerft". § 22a ÜbG breidt die verplichting tot het uitbrengen van een overnamebod uit tot in onderling overleg handelende partijen wanneer zij een „controlerende deelneming" verwerven.

10. Volgens § 30, lid 2, ÜbG is het AVG van toepassing op procedures die door de Übernahmekommission worden ingeleid.

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

11. Op 22 november 2016 heeft de Übernahmekommission een beschikking (hierna: „vaststellingsbeschikking") gegeven tegen Adler Real Estate AG (hierna: „Adler"), Mountain Peak Trading LLP (hierna: „Mountain Peak"), Westgrund AG (hierna: „Westgrund"), Petrus Advisers Ltd (hierna: „Petrus"), en GM (een natuurlijke persoon). Die beschikking werd gegeven in het kader van een onderzoek naar de verwerving van een „belangrijke deelneming" in de vorm van aandelen met stemrecht van 31,36 % in Conwert Immobilien SE (hierna: „Conwert"), en de daarmee verband houdende niet-nakoming van de verplichting om een openbaar overnamebod uit te brengen.

12. In de declaratoire procedure heeft de Übernahmekommission vastgesteld dat ingevolge de wederzijdse toerekening van stemrechten overeenkomstig § 23, lid 1, ÜbG, een controlerende deelneming in de zin van § 22 ÜbG was verkregen. De Übernahmekommission was tot de vaststelling gekomen dat die drempelwaarde was bereikt op basis van het in § 1, lid 6, ÜbG neergelegde cumulatieve criterium voor „in onderling overleg handelende rechtssubjecten". Die stemrechten in Conwert hadden derhalve overeenkomstig § 23, lid 1, ÜbG voor het eerst op 29 september 2015 wederzijds moeten worden toegerekend aan Adler, Mountain Peak, Westgrund, Petrus en GM. Ingevolge § 22a, punt 1, ÜbG had die verwerving van een „belangrijke deelneming" door „in onderling overleg handelende personen" in beginsel moeten leiden tot een verplicht overnamebod op Conwert binnen een termijn van 20 beurswerkdagen.

13. Bij beslissing van 1 maart 2017 heeft het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) een beroep tegen de vaststellingsbeschikking verworpen. De voorlopige beschikking werd daarmee definitief.

14. Vervolgens heeft de Übernahmekommission een administratieve strafprocedure ingeleid tegen onder meer GM, HL en FN (allen natuurlijke personen). De aansprakelijkheid van HL en FN vloeide voort uit hun functie als respectievelijk lid van de raad van bestuur van Adler en directeur van Petrus ten tijde van de vermeende overtreding.

15. Op 29 januari 2018 heeft de Übernahmekommission haar beschikking tegen GM (als natuurlijk persoon), HL (als lid van de raad van bestuur van Adler) en FN (als directeur van Petrus) gegeven (hierna: „administratieve strafbeschikking"). De Übernahmekommission legde GM, HL en FN administratieve sancties op en oordeelde dat de respectieve door HL en FN vertegenwoordigde vennootschappen subsidiair aansprakelijk waren.

16. Bij die beschikking heeft de Übernahmekommission zich wat de feitelijke vaststellingen betreft, gebaseerd op de vaststellingsbeschikking, met name met betrekking tot de cruciale vaststelling dat de betrokken partijen op basis van een overeenkomst van 29 september 2015 „in onderling overleg hebben gehandeld" in de zin van § 22a ÜbG. De Übernahmekommission was van oordeel dat, aangezien GM, HL en FN haar niet binnen de wettelijke termijn van 20 beurswerkdagen een verplicht overnamebod hadden gedaan, zij § 22a, lid 1, ÜbG, gelezen in samenhang met § 22, lid 1, ÜbG, hadden geschonden. Op grond daarvan legde de Übernahmekommission GM, HL en FN geldboeten op en stelde zij Adler en Petrus subsidiair aansprakelijk voor de aan HL en FN opgelegde geldboeten.

17. Tegen de bestuurlijke strafbeschikking is administratief beroep ingesteld bij het Bundesverwaltungsgericht, de verwijzende rechter. Die rechter merkt op dat volgens het Oostenrijkse administratief procesrecht een definitieve beslissing van een administratieve autoriteit over een prealabele kwestie bindend is voor (dezelfde en andere) administratieve autoriteiten en rechterlijke instanties die uitspraak moeten doen over dezelfde feitelijke en juridische situatie als die waarover bij de eerdere beslissing over die kwestie uitspraak is gedaan. Die bindende kracht geldt alleen wanneer er sprake is van identiteit van partijen. Diezelfde bindende kracht moet ook door bestuursrechters in acht worden genomen, eveneens op voorwaarde dat het identieke partijen betreft.

18. Wat GM betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat er sprake is van identiteit van partijen in het kader van de procedures die ten grondslag liggen aan de vaststellingsbeschikking en de administratieve strafbeschikking. Tevens is hij van oordeel dat met betrekking tot GM aan alle andere nationaalrechtelijke vereisten voor de bindende kracht van de vaststellingsbeschikking is voldaan.

19. Wat HL en FN betreft, betwijfelt de verwijzende rechter of er in de declaratoire procedure en de administratieve strafprocedure sprake is van identiteit van partijen. Hij merkt op dat HL en FN tijdens de voorafgaande procedures niet als „partij" aanwezig waren, maar alleen optraden als vertegenwoordigers van de vennootschappen Adler (waarvoor HL als lid van de raad van bestuur optrad) en Petrus (waarvoor FN als directeur optrad). Alleen in de administratieve strafprocedure hadden HL en FN (als natuurlijke personen) de status van „partij". Niettemin heeft de Übernahmekommission tijdens de administratieve strafprocedure vastgesteld dat de vaststellingsbeschikking ook voor HL en FN (als natuurlijke personen) een „uitgebreide bindende kracht" (*erweiterte Bindungswirkung*) had.

20. In die feitelijke en juridische context heeft het Bundesverwaltungsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staan de artikelen 4 en 17 van [richtlijn 2004/25] – gelezen in het licht van het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel – in de weg aan een uitlegging volgens welke aan een definitief besluit van de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van [richtlijn 2004/25] waarbij is vastgesteld dat een persoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van [richtlijn 2004/25], in een vervolgens door deze toezichthoudende autoriteit

aangespannen administratieve strafprocedure tegen die persoon geen bindende kracht wordt toegekend, zodat aan die persoon opnieuw alle feitelijke en juridische verweer- en bewijsmiddelen ter beschikking staan om de in het reeds definitief geworden besluit vastgestelde inbreuk te betwisten?

2) Staan de artikelen 4 en 17 van [richtlijn 2004/25] – gelezen in het licht van het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel – in de weg aan een uitlegging volgens welke aan een definitief besluit van de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van [richtlijn 2004/25] waarbij is vastgesteld dat een rechtspersoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van [richtlijn 2004/25], in een vervolgens door deze toezichthoudende autoriteit aangespannen administratieve strafprocedure tegen het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan van die rechtspersoon geen bindende kracht wordt toegekend, zodat aan die persoon (het orgaan) alle feitelijke en juridische verweer- en bewijsmiddelen ter beschikking staan om de in het reeds definitief geworden besluit vastgestelde inbreuk te betwisten?

3) Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord: staat artikel 47 van het [Handvest] in de weg aan een nationale praktijk volgens welke een definitief besluit van de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van [richtlijn 2004/25] waarbij is vastgesteld dat een persoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van [richtlijn 2004/25], in een vervolgens door deze toezichthoudende autoriteit aangespannen administratieve strafprocedure tegen die persoon bindende kracht heeft, zodat die persoon wordt belet de reeds onherroepelijk vastgestelde inbreuk feitelijk en rechtens te betwisten?

4) Indien vraag 2 ontkennend wordt beantwoord: staat artikel 47 van het [Handvest] in de weg aan een nationale praktijk volgens welke een definitief besluit van de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van [richtlijn 2004/25] waarbij is vastgesteld dat een rechtspersoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van [richtlijn 2004/25], in een vervolgens door deze toezichthoudende autoriteit aangespannen administratieve strafprocedure tegen het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan van die persoon bindende kracht heeft, zodat die persoon (het orgaan) wordt belet de reeds onherroepelijk vastgestelde inbreuk feitelijk en rechtens te betwisten?”

21. Adler, HL, GM, de Übernahmekommission en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van de Commissie, hebben die partijen ook geantwoord op de schriftelijke vragen van het Hof.

IV. Analyse

22. De onderhavige conclusie is als volgt opgebouwd. Eerst zet ik uiteen hoe ik het nationale recht begrijp en op basis daarvan stel ik een vereenvoudiging van de vragen van de verwijzende rechter voor (A). Vervolgens licht ik de Unierechtelijke maatstaf toe (B), en tot slot ga ik in op de onderhavige zaak (C).

A. Nationale toepasselijke bepalingen en gestelde vragen

23. Op het eerste gezicht lijken de vier vragen van de verwijzende rechter in het licht van het complexe geheel van nationale regels en procedures inderdaad vrij ingewikkeld. Verder zijn zij mijns inziens vrij verstrekkend, aangezien zij in het algemeen betrekking hebben op de

doeltreffendheid van het Unierecht, de status of de bindende kracht van definitieve administratieve besluiten – mogelijkerwijs gekoppeld aan de verplichting om op die definitieve besluiten terug te komen –, en de grondrechten in procedures waarbij strafrechtelijke sancties worden opgelegd.

24. Ik ben van mening dat de onderhavige zaak op een veel eenvoudigere wijze kan worden benaderd. Wellicht kunnen aan de verwijzende rechter nuttige aanwijzingen worden gegeven zonder in te gaan op alle bijzonderheden van het nationale recht, die door de verwijzende rechter vrij gedetailleerd zijn uiteengezet, en op de deels tegenstrijdige nationale rechtspraak. Dergelijke uiteenzettingen kunnen weliswaar intrigerend zijn, maar ik ben er niet zeker van dat zij in de context van de onderhavige zaak werkelijk noodzakelijk zijn. Ik richt mijn aandacht liever op het praktische probleem dat zich voordoet, met name vanuit het oogpunt van de rechten van de verdediging en de toegang tot de rechter, voor de personen die het voorwerp zijn van dergelijke procedures.

25. Daartoe moeten eerst drie kwesties worden besproken. In de eerste plaats, waar gaat het precies om in het nationale recht? In de tweede plaats, hoe verhouden het Handvest en artikel 47 ervan zich tot de overnamerichtlijn en in welke mate zijn zij van toepassing op de onderhavige zaak? In de derde plaats moet ik, ingevolge die twee kwesties, de door de verwijzende rechter opgeworpen vragen herformuleren en vereenvoudigen, zonder daarbij het probleem uit het oog te verliezen.

26. In de eerste plaats is het met het oog op de onderhavige zaak essentieel om twee aspecten van het nationale administratieve recht te begrijpen: ten eerste de procedureregels over de wijze waarop de Übernahmekommission haar administratieve procedures voor vermeende inbreuken op de regels inzake verplichte overnamebiedingen voert, en ten tweede de nationale procedureregels die bindende kracht verlenen aan definitief geworden administratieve besluiten.

27. De Übernahmekommission is bevoegd om een onderzoek in te stellen, onder meer om na te gaan of een effectenhouder bij de verwerving van „belangrijke deelnemingen” in een doelvennootschap heeft nagelaten een verplicht overnamebod in de zin van § 22, lid 1, ÜbG uit te brengen. Zij kan dit ook doen wanneer een groep van partijen „in onderling overleg handelt” om dergelijke deelnemingen te verwerven. [3]

28. De procedure is echter opgesplitst in een vaststelling van de *objectieve* en de *subjectieve* aspecten van de niet-nakoming van de verplichting tot het uitbrengen van een overnamebod. [4] Zoals de partijen uiteenzetten, vinden die twee vaststellingen afzonderlijk plaats, waarbij de *objectieve* vaststelling of een partij heeft nagelaten een verplicht overnamebod uit te brengen wordt onderzocht in een declaratoire procedure en in een vaststellingsbeschikking wordt beoordeeld. In de declaratoire procedure wordt echter geen uitspraak gedaan over de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Over die aansprakelijkheid wordt geoordeeld in het kader van een latere vaststelling of de *subjectieve* bestanddelen voor het bestaan van een bestuursrechtelijke aansprakelijkheid aanwezig zijn, welke vaststelling in voorkomend geval tot een sanctie van strafrechtelijke aard leidt.

29. De mogelijke *rechterlijke toetsing* van elk van die vaststellingen verloopt op verschillende wijze. De Übernahmekommission zet uiteen dat in de declaratoire procedure en de administratieve strafprocedure bij verschillende instanties beroep moet worden ingesteld. In de

[3] § 22a, punt 1, van de ÜbG.

[4] Overeenkomstig §§ 33 en 35 van de ÜbG.

declaratoire procedure kan beroep worden ingesteld bij het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk). Evenwel is verklaard dat de toetsing door het Oberste Gerichtshof in dergelijke zaken beperkt is tot rechtsvragen. Die rechter kan geen feitelijke gegevens toetsen. In de administratieve strafprocedure kan beroep worden ingesteld bij het Bundesverwaltungsgericht, en in bepaalde gevallen ook bij het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk). Het Bundesverwaltungsgericht heeft „volledige bevoegdheid" om het in het kader van de administratieve strafprocedure genomen besluit in rechte en in feite te toetsen. Die bevoegdheid blijkt echter onderworpen te zijn aan de bindende kracht van eerdere, definitief geworden beschikkingen van de Übernahmekommission of een andere autoriteit of rechterlijke instantie.

30. De Übernahmekommission stelt dat zij ten aanzien van beide beroepsinstanties als „rechter in eerste aanleg" optreedt. Zowel voor de declaratoire procedure als voor de administratieve strafprocedure zijn er bijgevolg minstens twee beroepsinstanties.

31. De verwijzende rechter verklaart dat zodra een administratief besluit van de Übernahmekommission definitief is geworden, de Übernahmekommission zelf, evenals andere administratieve autoriteiten, aan dat eerdere besluit gebonden zijn. Verder geldt diezelfde bindende kracht dan tevens voor het Bundesverwaltungsgericht, indien het wordt verzocht zich uit te spreken over dezelfde feitelijke en juridische situatie als die welke aan de Übernahmekommission was voorgelegd. De „tweeledige" structuur van de procedure bij de Übernahmekommission betekent dus dat zodra een besluit in het kader van de declaratoire procedure definitief is geworden, de latere administratieve strafprocedure over de (subjectieve) aspecten van het niet uitbrengen van een verplicht overnamebod in de praktijk gebonden is aan de bindende kracht van de eerdere (objectieve) vaststellingen van de declaratoire procedure.

32. Daar ligt volgens mij in essentie het praktische probleem. Hetgeen in de „eerste", declaratoire procedure is beslist, is bindend voor alle volgende, zowel administratieve als gerechtelijke procedures. Verder, of eerder bovenal, geldt die „bindende kracht" niet alleen voor verschillende procedures waarbij dezelfde partijen betrokken zijn (identiteit van partijen in verschillende procedures).[5] Zij geldt ook, en dat is van cruciaal belang, in situaties waarin die „identiteit" op zijn minst betwistbaar lijkt (bijvoorbeeld wanneer personen in de „tweede" fase op persoonlijke titel worden gesanctioneerd, terwijl in de „eerste" fase alleen hun vennootschap formeel aan de declaratoire procedure heeft deelgenomen).

33. In de tweede plaats stelt de verwijzende rechter tegen de achtergrond van een dergelijke regeling vier vragen. De *eerste* en de *tweede* vraag betreffen de verenigbaarheid van de Oostenrijkse nationale procedureregels inzake het definitieve karakter van administratieve besluiten vanuit het oogpunt van het behoud van de materiële werking van de artikelen 4 en 17 van de overnamerichtlijn. De twee vragen verschillen van elkaar wat de kwestie van identiteit of niet-identiteit van partijen in de verschillende procedures betreft.

34. De artikelen 4 en 17 van de overnamerichtlijn hebben betrekking op de aanwijzing en de bevoegdheden van een toezichthoudende autoriteit en het opleggen van sancties wegens overtreding van de ter uitvoering van die richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. Het is echter niet duidelijk, en de verwijzende rechter verklaart niet, hoe die bepalingen enige aanwijzing kunnen geven over de in casu aan de orde gestelde specifieke kwesties.

[5] Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, is dat naar nationaal recht normaal gesproken de voorwaarde – zie punt 17 van deze conclusie.

35. De *derde* en de *vierde* vraag benaderen dezelfde kwestie vanuit het oogpunt van het Handvest. Met die vragen wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 47 van het Handvest in de weg staat aan nationale procedureregels op grond waarvan een definitief geworden besluit van een administratieve autoriteit met betrekking tot inbreuken op de nationale bepalingen inzake openbare overnamebiedingen, bindende kracht heeft voor diezelfde administratieve autoriteit in een latere (administratieve) strafprocedure. De derde vraag strekt ertoe aanwijzingen te verkrijgen over die verenigbaarheid waarbij ervan wordt uitgegaan dat er bij die twee door diezelfde administratieve autoriteit gevoerde procedures sprake is van identiteit van partijen. De vierde vraag beoogt hetzelfde maar dan vanuit het oogpunt dat er geen sprake is van identiteit van partijen.

36. In onderlinge samenhang gelezen, lijken de vier vragen van de verwijzende rechter derhalve de verlening van „volle werking" aan de overnamerichtlijn tegenover de eerbiediging van de door, onder meer, het Handvest beschermde procedurele rechten te stellen. Schijnbaar suggereert de verwijzende rechter dat er tussen die twee doelstellingen een zekere spanning bestaat. Hij lijkt er immers stilzwijgend van uit te gaan dat er ofwel sprake is van doeltreffendheid van de sancties, ofwel van bescherming van de grondrechten, maar niet van beide. Mogelijkerwijs gaat hij er tevens stilzwijgend van uit dat een sanctie, wil zij „doeltreffend" zijn, niet al te zeer mag worden verstoord door de rechten van de partijen.

37. Dat is mijns inziens geen goed uitgangspunt.

38. Daarentegen staat buiten kijf dat de Oostenrijkse bepalingen inzake het toezicht op openbare overnamebiedingen, welke bepalingen onder meer zijn opgenomen in de ÜbG, uitvoering geven aan de overnamerichtlijn, en dus Unierecht zijn in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest. Elke nationale procedure die in het kader van de overnamerichtlijn wordt gevoerd, moet derhalve verenigbaar zijn met artikel 47 van het Handvest en met alle door het Unierecht gewaarborgde rechten.

39. Het werkelijke probleem is mijns inziens dus niet dat moet worden gekozen tussen „volle werking" en „grondrechten". De eigenlijke vraag is veeleer of de Oostenrijkse procedureregels, zoals die in de onderhavige zaak zijn toegepast en daaruit blijken, verenigbaar zijn met de artikelen 4 en 17 van de overnamerichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest en de door het Unierecht gewaarborgde rechten.

40. In de derde plaats kunnen de vier vragen van de verwijzende rechter in het licht van het bovenstaande tot twee vragen of veeleer tot een vraag met twee subvragen worden gereduceerd. De gestelde vragen kunnen dus in essentie worden geherformuleerd teneinde te vernemen of de toepassing van de nationale procedureregels, zoals die uit de onderhavige zaak blijkt, verenigbaar is met de artikelen 4 en 17 van de overnamerichtlijn, gelezen in het licht van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging en/of artikel 47 van het Handvest. Deze overkoepelende vraag bevat nog twee subvragen: een vraag die het geval betreft van identiteit van partijen in de verschillende procedures (vragen 1 en 3) en een vraag die het geval betreft waarin die identiteit ontbreekt (vragen 2 en 4).

41. Die vragen worden gesteld met een bijzondere aandacht voor de administratieve strafprocedure. Zoals duidelijk wordt, is die procedure echter niet de oorsprong van het probleem. Het probleem begint in een eerder stadium met de bescherming van dergelijke rechten tijdens de declaratoire procedure bij de Übernahmekommission en de beperkte toetsing

van de daaruit voortvloeiende vaststellingen bij het Oberste Gerichtshof. Die kwesties worden vervolgens „stroomafwaarts" overgedragen naar de latere (administratieve) strafprocedure (en mogelijk verdere procedures).

42. Gezien het belang van de declaratoire procedure begin ik dus met de vragen 2 en 4, en de bescherming van de grondrechten van de partijen die niet aan de declaratoire procedure hebben deelgenomen en (derhalve) niet in staat waren om de in de vaststellingsbeschikking gedane vaststellingen aan te vechten (C.1). Pas daarna behandel ik, zij het slechts kort, de vragen 1 en 3 en de situatie van identiteit van de partijen in de verschillende procedures (C.2). Eerst schets ik echter de grondrechtennorm die op beide reeksen vragen van toepassing is (B).

B. Unierechtelijke vereisten

1. Administratieve procedures en de rechten van de verdediging

43. De eerbiediging van de rechten van de verdediging is een algemeen beginsel van Unierecht dat van toepassing is wanneer de administratie voornemens is een bezwarend besluit ten aanzien van een bepaalde persoon vast te stellen. [6] In die omstandigheden moet de adressaat van dat besluit de gelegenheid worden gegeven om zijn of haar opmerkingen kenbaar te maken *voordat* dit besluit wordt genomen. [7] Die rechten zijn onontbeerlijk in *elke* procedure die kan leiden tot een bezwarend besluit voor de betrokken partij, ongeacht of die procedure een civielrechtelijk, strafrechtelijk, administratief of ander karakter heeft. [8]

44. Het is van essentieel belang dat de eerbiediging van de subjectieve rechten van de verdediging van een partij *door administratieve autoriteiten* bij de uitvoering van hun procedures wordt gewaarborgd. [9] Die rechten moeten kunnen worden ingeroepen op het moment waarop zij in het geding komen. [10] Alleen op die manier kan worden gegarandeerd dat de betrokken instantie rekening houdt met alle relevante gegevens en dat de betrokkene in staat wordt gesteld een vergissing te corrigeren en ervoor te pleiten dat een bezwarend besluit niet wordt genomen. [11]

6 Zie arresten van 22 oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 84), en 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

7 Arresten van 19 februari 2009, Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, punten 42 en 43); 5 november 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, punt 47), en 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punt 41).

8 Arresten van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 5 maart 2015, Commissie e.a./Versalis e.a. (C-93/13 en C-123/13 P, EU:C:2015:150, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 oktober 2020, Bank Refah Kargaran/Raad (C-134/19 P, EU:C:2020:793, punt 56).

9 Zie arresten van 26 september 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 17 maart 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

10 Zie in die zin arresten van 22 november 2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744, punt 90); 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punten 47-49), en 2 februari 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, punten 42 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 Arresten van 21 december 2011, Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 5 november 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, punt 47), en 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punt 41).

2. Gerechtelijke procedures en artikel 47 van het Handvest

45. Artikel 47, eerste alinea, van het Handvest voorziet in het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. De belangrijkste onderdelen van dat recht zijn het beginsel van „equality of arms", daaronder begrepen het beginsel van hoor en wederhoor [12], en het beginsel van processuele gelijkheid. [13] Door het opleggen van de verplichting om aan elke partij een redelijke mogelijkheid te bieden om haar zaak onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij ten opzichte van de andere partij niet wezenlijk wordt benadeeld [14], heeft artikel 47 van het Handvest ook betrekking op de rechten van de verdediging. [15]

46. Het is juist dat alle waarborgen die voortvloeien uit artikel 6, leden 2 en 3, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: „EVRM"), waarmee de artikelen 47 en 48 van het Handvest overeenstemmen, alleen gelden in het kader van procedures die kunnen leiden tot een sanctie van „strafrechtelijke" aard. [16] Uit de bewoordingen van artikel 47 van het Handvest blijkt echter ook dat die bepaling niet beperkt is tot procedures die leiden tot de oplegging van „strafrechtelijke" sancties alleen. Die bepaling stelt immers een kern van rechten vast die in alle gerechtelijke procedures moeten worden beschermd. [17]

47. De toetsing van de eerbiediging van die kern van rechten moet zowel in rechte als in feite door een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest kunnen worden verricht. [18] Volgens de rechtspraak moet een dergelijk orgaan een wettelijke grondslag, een permanent karakter, verplichte rechtsmacht en een procedure op tegenspraak hebben, de regels van het recht toepassen en (intern en extern) onafhankelijk zijn. [19]

48. Met het oog op de doeltreffendheid van de rechterlijke toetsing krachtens artikel 47, eerste alinea, van het Handvest is standaard ten minste in *één aanleg volledige bevoegdheid* vereist. [20] De draagwijdte van de toetsing door een dergelijke „rechterlijke instantie" kan bijvoorbeeld zijn beperkt tot rechtsvragen. [21] In dat geval moet de administratieve autoriteit die bevoegd is om het betrokken besluit te geven, echter *zelf* voldoen aan alle criteria van een „rechterlijke instantie" in

12 Arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 Arrest van 30 juni 2016, Toma en Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 Arrest van 17 juli 2014, Sánchez Morcillo en Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 49).

15 Arresten van 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 67), en 24 juni 2019, Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy) (C-619/18, EU:C:2019:531, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 Zie in die zin arrest van 2 februari 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, punten 42 en 43). Zie ook Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM"), 10 december 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L en Edizioni del Roma S.R.L. tegen Italië (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Zie in die zin arresten van 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 2 februari 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Zie in die zin arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 43-46). Zie ook EHRM 10 december 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. en Edizioni del Roma S.R.L. tegen Italië (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Arrest van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook, wat het „interne" aspect van onafhankelijkheid betreft, arrest van 19 november 2019, A. K. e.a. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy) (C-585/18, C-624/18 en C-625/18, EU:C:2019:982, punt 122).

20 Arresten van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 49), en 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punten 54-56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Zie in die zin arrest van 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punt 61). Zie ook arresten EHRM, 18 januari 2000, Pesti en Frodl tegen Oostenrijk (ECLI:CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 22 november 1985, Bryan tegen Verenigd Koninkrijk (ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

de zin van artikel 47 van het Handvest.[22] Op een of andere manier moet er dus ten minste één volledig onafhankelijke instantie zijn die als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest kan worden aangemerkt en die bij de beoordeling van de zaak volledige bevoegdheid heeft, dat wil zeggen dat zij zich zowel over de juridische als over de feitelijke aspecten uitspreekt.

C. De onderhavige zaak

1. Verschillende partijen in opeenvolgende administratieve procedures

49. De verwijzende rechter verklaart dat de Übernahmekommission tijdens de declaratoire procedure heeft onderzocht of de gedragingen van de procespartijen (objectief) konden worden aangemerkt als die van personen die met het oog op de verwerving van „belangrijke deelnemingen" in Conwert „in onderling overleg handelden" en of dat had moeten leiden tot het verplicht uitbrengen van een openbaar overnamebod. In de daaropvolgende administratieve strafprocedure achtte de Übernahmekommission zich vervolgens, bij de beoordeling van de subjectieve aspecten van de niet-nakoming van de verplichting tot het uitbrengen van een openbaar overnamebod aan die (objectieve) vaststellingen gebonden. Zij was van mening dat er sprake was van bindende kracht in weerwil van het feit dat de declaratoire en de administratieve strafprocedure niet dezelfde procespartijen betroffen.

50. Dat doet mijns inziens duidelijk problemen rijzen in het licht van het Unierecht, en wel in beide zojuist geschetste opzichten: de uitoefening van de rechten van de verdediging van de betrokken partijen (a) en het ontbreken van een mogelijkheid tot toetsing door een rechterlijke instantie met „volledige bevoegdheid" (b).

(a) Uitoefening van de rechten van de verdediging

51. HL verklaart dat hij zijn rechten van verdediging niet heeft kunnen uitoefenen tijdens de declaratoire procedure, aangezien hij niet als „partij" bij de procedure was aangewezen (*Parteistellung*). In plaats daarvan was HL in het kader van die procedure slechts als „deelnemer" (*Beteiligter*) aangemerkt. Naar Oostenrijks recht blijken aan die statussen verschillende procedurele rechten en waarborgen te zijn verbonden. HL verklaart bijvoorbeeld dat hij niet in kennis is gesteld van de declaratoire procedure, dat hij het dossier niet heeft kunnen inzien, zijn zwijgrecht niet heeft kunnen uitoefenen en geen beroep heeft kunnen instellen tegen de vaststellingsbeschikking. Pas na de inleiding van de administratieve strafprocedure heeft hij die rechten kunnen uitoefenen, maar alleen in het kader van die tweede procedure. Op dat moment was de vaststellingsbeschikking, die inmiddels definitief was geworden, echter al bindend voor de Übernahmekommission wat betreft de objectieve vaststelling dat de partijen „in onderling overleg hadden gehandeld". De handelingen van Adler werden HL derhalve van meet af aan objectief toegerekend op grond van zijn functie van lid van de raad van bestuur van die vennootschap, zonder dat hij zijn (eigen en persoonlijke) rechten van verdediging kon uitoefenen.

52. In haar antwoord op een vraag van het Hof stelt de Übernahmekommission dat HL aan de declaratoire procedure kon deelnemen, op grond van § 51 AVG zwijgrecht had en het recht had om zich tijdens die procedure te verdedigen. De Übernahmekommission merkt ook op dat HL

[22] Zie in die zin arrest van 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punten 61 en 62). Zie ook EHRM, 27 oktober 2009, Crompton tegen Verenigd Koninkrijk (ECLI:CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 70-73).

inderdaad „persoonlijk" was uitgenodigd voor de terechtzitting van de declaratoire procedure, daarbij aanwezig was en daaraan heeft deelgenomen. Dat betekent volgens haar dat HL een aantal van zijn subjectieve procedurele rechten heeft kunnen uitoefenen.

53. Het staat aan de verwijzende rechter om in casu de feitelijke omstandigheden vast te stellen alsook de bestaande uitlegging van het nationale recht, die enigszins omstreden lijkt.

54. Uit het dossier maak ik op dat HL aan de declaratoire procedure heeft deelgenomen als *lid van de raad van bestuur* van Adler, waarbij hij optrad voor en namens die vennootschap, maar niet op persoonlijke titel. In feite zijn er geen aanwijzingen dat de Übernahmekommission zijn persoonlijke aansprakelijkheid tijdens de declaratoire procedure objectief heeft onderzocht. Het onderzoek was gericht op de betrokkenheid van de vennootschap. De *persoonlijke* betrokkenheid van HL lijkt pas tijdens de administratieve strafprocedure aan de orde te zijn gekomen.

55. De Übernahmekommission lijkt echter te betogen dat HL, ondanks het feit dat de partijen in beide procedures verschilden, zijn *persoonlijke* rechten van verdediging tijdens de declaratoire procedure indirect via Adler had kunnen uitoefenen, toen hij, als lid van de raad van bestuur, laatstgenoemde rechtspersoon vertegenwoordigde, aangezien beide partijen dezelfde belangen hadden (*Interessengleichlauf*).

56. Om (ten minste) twee redenen ben ik het niet eens met die logica.

57. Ten eerste kan niet worden voorbijgegaan aan het nogal duidelijke risico van een *belangenconflict* en/of schending van de fiduciaire verplichtingen voor directeuren van vennootschappen die in de door de Übernahmekommission beschreven positie worden geplaatst. Het is zeker grotendeels juist om ervan uit te gaan dat, wat het grotere geheel betreft, zowel de vennootschap als haar directeur(en) of andere leden van haar bestuursorganen er waarschijnlijk hetzelfde belang bij hebben dat hun vennootschap niet schuldig wordt bevonden aan het schenden van de regels inzake overnamebiedingen. Kan echter met betrekking tot andere kwesties die mogelijkerwijs rijzen wanneer een persoon directeur van een vennootschap of lid van de raad van bestuur is, werkelijk worden uitgesloten dat die persoon zich niet in een positie bevindt waarin hij moet kiezen tussen het vennootschapsbelang en zijn eigen belang, met name in de context van een eventuele latere administratieve persoonlijke aansprakelijkheid voor directeuren van vennootschappen, aan welke aansprakelijkheid strafrechtelijke sancties zijn verbonden?

58. Ten tweede hebben de rechten van de verdediging een *subjectief* karakter. Volgens vaste rechtspraak kunnen die rechten niet worden overgedragen aan een andere natuurlijke of rechtspersoon en kunnen zij al helemaal niet namens een andere persoon worden uitgeoefend.[23] Het zijn de betrokken partijen zelf die de hun door het Unierecht toegekende rechten daadwerkelijk moeten kunnen uitoefenen, ongeacht de aard van de procedures waaraan zij worden onderworpen.

59. Zonder een al te formalistische zienswijze te willen aannemen, kan ik dus niet instemmen met de premisse dat het feitelijk hetzelfde is of een natuurlijke persoon nu optreedt voor en namens een vennootschap (en dus gewoonlijk wordt beschouwd als iemand die *als de vennootschap* optreedt, als een wettelijke vertegenwoordiger van een rechtspersoon) of in zijn persoonlijk

[23] Zie bijvoorbeeld arresten van 9 juni 2011, Evropaïki Dynamiki/ECB (C-401/09 P, EU:C:2011:370, punt 49), en 10 september 2015, Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, punt 73). Zie ook meer recent arrest van 19 september 2019, Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Commissie (T-228/17, EU:T:2019:619, punt 36).

belang en voor eigen rekening handelt. Dat geldt a fortiori in omstandigheden waarin de belangen van beide personen in de loop van die procedures kunnen uiteenlopen, of zelfs rechtstreeks met elkaar in conflict kunnen komen.

60. In casu lijkt het erop dat HL *zijn* rechten van verdediging op persoonlijke titel alleen tijdens de administratieve strafprocedure heeft kunnen uitoefenen. Op dat tijdstip was de vaststellingsbeschikking echter al definitief geworden. Derhalve was de administratieve strafprocedure gebonden aan de „objectieve" aspecten van het onderzoek van de Übernahmekommission naar een mogelijke niet-nakoming van de verplichting tot het uitbrengen van een overnamebod. Dat had tot gevolg dat werd vooruitgelopen op het gedrag van HL, zonder dat hij zijn standpunt kenbaar kon maken *voordat* die beschikking werd gegeven. [24]

(b) Geen toegang tot een rechterlijke instantie met „volledige bevoegdheid"

61. GM, HL en Adler zijn van mening dat artikel 47 van het Handvest zich in de onderhavige omstandigheden verzet tegen de erkenning van de bindende kracht van de vaststellingsbeschikking in het kader van de administratieve strafprocedure. Wat artikel 47, eerste alinea, van het Handvest betreft, betogen die partijen dat, gelet op de beperkte rechterlijke toetsingsbevoegdheid van het Oberste Gerichtshof, de erkenning van de bindende kracht van de vaststellingsbeschikking, zodra deze definitief is geworden, in het kader van de latere administratieve strafprocedure en in de gerechtelijke procedure bij het Bundesverwaltungsgericht, hun in het Handvest neergelegde recht op effectieve rechterlijke bescherming ondermijnt.

62. De Übernahmekommission is het daar niet mee eens. Zij betoogt dat de procedurele waarborgen die zowel aan de declaratoire procedure als aan de administratieve strafprocedure zijn verbonden, ervoor zorgen dat de besluiten die daaruit voortvloeien door een onafhankelijke en onpartijdige „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest worden gegeven. Aangezien de Übernahmekommission aldus in beide gevallen optreedt als „rechter in eerste aanleg", is de beperking van de toetsingsbevoegdheid van het Oberste Gerichtshof tot rechtsvragen verenigbaar met artikel 47 van het Handvest.

63. De logica van de vereisten van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest verlangt een tweeledige beoordeling. [25] Ten eerste, of de Übernahmekommission inderdaad, zoals zij beweert, als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest kan worden aangemerkt (1). Ten tweede, wanneer dat niet het geval is, of haar beslissingen vatbaar zijn voor toetsing door een rechter met „volledige bevoegdheid" (2).

(1) Is de Übernahmekommission een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest?

64. Een van de cumulatieve voorwaarden om te kunnen spreken van een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest is dat de betrokken autoriteit „onafhankelijk" is. [26] Die voorwaarde heeft betrekking op het houden van gelijke afstand ten opzichte van de partijen bij

[24] Arrest van 5 november 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, punten 46 en 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[25] Uiteengezet in punt 48 van deze conclusie.

[26] Zie punt 47 van deze conclusie.

het geding en hun respectieve belangen met betrekking tot het voorwerp van het geding.[27] Met andere woorden, de betrokken instantie mag niet, in strijd met het beginsel „nemo judex in sua causa", optreden als partij in haar eigen zaak.[28]

65. Zonder dat het nodig is om alle vereisten te doorlopen waaraan moet zijn voldaan om als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest te kunnen worden aangemerkt, blijkt dat de Übernahmekommission niet aan het criterium inzake „onafhankelijkheid" voldoet.

66. Als antwoord op een vraag van het Hof merkt GM op dat de Übernahmekommission overeenkomstig § 29, lid 1, ÜbG verantwoordelijk is voor de uitvoering van de ÜbG en derhalve uitgebreide ambtelijke bevoegdheden heeft gekregen, waaronder de bevoegdheid tot het inleiden van declaratoire procedures en administratieve strafprocedures. In dergelijke procedures beslist de Übernahmekommission zelf over de omvang en het voorwerp van de procedure, en voert zij in het kader van die procedure zelf het onderzoek uit. Onder voorbehoud van bevestiging door de verwijzende rechter blijkt uit § 33, lid 4, ÜbG dat de Übernahmekommission in een procedure die op grond van een met redenen omkleed verzoek is ingeleid, als enige bevoegd is om, ook wanneer dat verzoek later wordt ingetrokken, te beslissen over de voortzetting van de procedure.

67. Samengevat lijkt de Übernahmekommission dus naar nationaal recht een aantal „petten" op te hebben: die van onderzoeker, aanklager, en „rechter". Uit niets blijkt dat er bij de Übernahmekommission intern sprake is van een duidelijke functionele scheiding tussen, enerzijds, de afdelingen van die autoriteit die belast zijn met onderzoek en besluitvorming in het kader van de uitvoering van de overnamerichtlijn en, anderzijds, een instantie die uitspraak doet op bezwaren tegen besluiten van die afdelingen.[29]

68. In latere gerechtelijke procedures waarbij wordt opgekomen tegen de beslissingen van de declaratoire of administratieve strafprocedures van de Übernahmekommission blijkt deze laatste immers als verweerster in haar eigen zaak op te treden om haar besluiten bij de bevoegde Oostenrijkse rechter te verdedigen.[30] Zij treedt dus niet op als onpartijdige derde tussen, enerzijds, de vermeende overtreder en, anderzijds, de administratieve autoriteit die belast is met de controle op de naleving van de regels van overnamebiedingen.

69. Uiteraard staat het aan de verwijzende rechter om over al die aspecten uitspraak te doen. Gelet op de aan het Hof verstrekte antwoorden en om de redenen die ik in de voorgaande punten van de onderhavige conclusie heb uiteengezet, ben ik er echter niet van overtuigd dat de Übernahmekommission voldoet aan de criteria van een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest. Ik wil benadrukken dat een dergelijke voorzichtige slotsom, die opnieuw uitsluitend door de verwijzende rechter moet worden geverifieerd, geenszins afdoet aan het feit dat bepaalde nationale administratieve autoriteiten over een grote onafhankelijkheid beschikken en de hoogste deskundigheid bezitten op hun respectieve werkgebieden.

70. Dat is evenwel niet wat een „onafhankelijke" rechterlijke instantie definieert. Een onafhankelijke rechterlijke instantie in de zin van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest wordt gekenmerkt door haar volledige, zowel „interne" als „externe", onafhankelijkheid. Zij is een

[27] Zie bijvoorbeeld arrest van 22 december 2010, RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, punten 38-40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[28] Zie in die zin arrest van 21 januari 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook EHRM, 10 december 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. en Edizioni del Roma S.R.L. tegen Italië (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

[29] Zie arrest van 21 januari 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, punten 72-77).

[30] Ibid., punt 42.

onafhankelijke *derde* ten opzichte van beide betrokken partijen. Binnen die logica maken besluitvormingskamers die deel uitmaken van een administratieve autoriteit, of zelfs functioneel zeer onafhankelijke beroepskamers die deel uitmaken van een administratieve autoriteit, nog steeds eerder deel uit van het openbaar bestuur dan van de rechterlijke macht. [31]

71. Aangezien de Übernahmekommission geen „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest lijkt te zijn, rijst de vraag of de bevoegde nationale rechterlijke instanties in casu over „volledige bevoegdheid" beschikken om de beslissingen van de Übernahmekommission te toetsen.

(2) Is er sprake van toetsing door een rechter met „volledige bevoegdheid"?

72. De rechterlijke toetsing van besluiten van de Übernahmekommission lijkt te verschillen naargelang van de procedure. Ten eerste kan tegen de in de *declaratoire* procedure gegeven beslissingen beroep worden ingesteld bij het Oberste Gerichtshof. De toetsing door die rechter is beperkt tot rechtsvragen. [32] Hij lijkt dus niet over „volledige bevoegdheid" te beschikken om feitelijke kwesties te toetsen. [33] Ten tweede kan tegen de beslissing die voortvloeit uit de *administratieve strafprocedure* beroep worden ingesteld bij het Bundesverwaltungsgericht (dat in casu zelf de verwijzende rechter is). [34] Die rechter lijkt over de „volledige bevoegdheid" te beschikken om de beslissing van de Übernahmekommission rechtens en feitelijk te toetsen.

73. De verwijzende rechter legt echter uit dat hij in de praktijk geen „volledige bevoegdheid" uitoefent, aangezien hij de vaststellingsbeschikking van de Übernahmekommission niet kan toetsen. Hij merkt op dat hij – wegens de ruime bindende kracht die definitieve administratieve besluiten op grond van de Oostenrijkse procedureregels genieten – gebonden is aan de (thans definitieve) vaststellingen van de Übernahmekommission in de vaststellingsbeschikking, en die vaststellingen niet kan toetsen.

74. Samengevat geldt in het nationale recht een regeling waarbij de Übernahmekommission, die (i) niet als „rechterlijke instantie" kan worden aangemerkt, een beschikking geeft die (ii) niet volledig door het Oberste Gerichtshof kan worden getoetst, en die (iii) zodra zij definitief is geworden, (iv) niet alleen voor de Übernahmekommission zelf bindend is in toekomstige procedures waarbij er sprake is van identiteit van partijen (welk begrip door die autoriteit eerder ruim wordt uitgelegd), oorzaak en doel, maar ook (v) voor elke rechterlijke instantie die gewoonlijk belast is met het toezicht op die samenhangende procedures.

75. Indien dit inderdaad het geval is, is een dergelijke situatie mijns inziens in strijd met artikel 47 van het Handvest en met de eis van een effectieve rechterlijke bescherming.

[31] Zie naar analogie, uit de rechtspraak over de ontvankelijkheid van verzoeken om een prejudiciële beslissing die zijn ingediend door verschillende (beroeps- of quasirechterlijke) kamers van overheidsorganen, bijvoorbeeld arresten van 31 mei 2005, Syfait e.a. (C-53/03, EU:C:2005:333, punten 31-37), en 30 mei 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punten 34-38).

[32] Zie meer in detail punt 29 van deze conclusie.

[33] Zie in dit verband § 30a, leden 1 en 2, ÜbG. Zie daarentegen bijvoorbeeld de beroepsprocedure die naar Duits recht openstaat tegen een besluit van de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (federale autoriteit voor het toezicht op financiële dienstverlening, Duitsland), in het kader van welke procedure het recht en de feiten kunnen worden getoetst. Zie § 48 van het Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Duitse wet inzake verwerving van effecten en overnames).

[34] § 35, lid 3, van de ÜbG.

76. Ik benadruk dat die strijdigheid zich voordoet *voor elke betrokkene* bij de „eerste", declaratoire procedure, aangezien er geen sprake blijkt te zijn van een „rechterlijke instantie" met volledige bevoegdheid, zoals artikel 47, eerste alinea, van het Handvest vereist. Naast dit eerste probleem is er nog een *ander*, dat betrekking heeft op de specifieke situatie van de partijen die niet eens aan de eerste declaratoire procedure hebben deelgenomen.

2. Dezelfde partijen in de latere procedures

77. GM betoogt dat hij weliswaar als „partij" aan de declaratoire procedure heeft deelgenomen, maar dat hij niet in kennis was gesteld van het feit dat die procedure kon leiden tot de oplegging van een „strafrechtelijke" sanctie in het kader van de administratieve strafprocedure. Hij merkt ook op dat hem tijdens de declaratoire procedure geen zwijgrecht is verleend.

78. De Übernahmekommission stelt dat alle grondrechten van GM tijdens de declaratoire en de administratieve strafprocedure zijn geëerbiedigd.

79. Hoewel het aan de verwijzende rechter staat om die omstandigheden te verifiëren, is wat de bescherming van de grondrechten van GM betreft het kernprobleem hetzelfde als dat wat voor de specifieke omstandigheden van HL en Adler is aangevoerd. In zekere zin is het probleem dat zich in de eerste fase voordoet *voor alle partijen hetzelfde*. Alleen in de specifieke context waarin de partijen in alle procedures dezelfde zijn, doet de bijkomende kwestie van het ontbreken van de rechten van de verdediging zich mogelijkerwijs niet voor (uiteraard op voorwaarde dat die rechten, die in de „eerste fase" zijn ontstaan, hadden kunnen worden uitgeoefend op het moment waarop zij aan de orde kwamen).

80. Afgezien daarvan zie ik geen reden waarom objectieve vaststellingen van een eerdere administratieve procedure in beginsel niet zouden kunnen worden aangevoerd in een parallelle of latere administratieve procedure die op dezelfde feiten is gebaseerd.[35] Het is gebruikelijk dat latere administratieve besluiten uitgaan van de vaststellingen, informatie of zelfs bewijselementen die zijn verkregen in het kader van eerdere besluiten of zelfs besluiten van andere administratieve autoriteiten.

81. Waar het echter op neerkomt bij al die overnames van vaststellingen uit andere procedures is dat de betrokken partij haar rechten van verdediging steeds volledig moet kunnen uitoefenen wanneer die rechten in het geding zijn of zouden zijn gekomen.[36] Een dergelijke partij mag niet plots voor een voldongen feit worden geplaatst, waarbij in essentie in aanzienlijke mate op haar situatie wordt vooruitgelopen zonder dat zij ooit de gelegenheid heeft gehad om haar standpunt uiteen te zetten.

82. Aangezien blijkt dat GM in beide procedures partij was en zowel in eigen persoon als op persoonlijke titel optrad, doen de structurele problemen die voortvloeien uit het ontbreken van de identiteit van partijen in de verschillende procedures, zich niet voor.[37] Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de rechten van verdediging van GM in het concrete geval in elk van beide procedures al dan niet zijn geëerbiedigd.

[35] Zie mijn conclusie in de zaak Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, punt 39).

[36] Zie punt 44 van deze conclusie.

[37] Zie punten 54-60 van deze conclusie.

3. Een slotopmerking

83. Mijns inziens moet erop worden gewezen dat de onderhavige conclusie geenszins de mogelijkheid ter discussie stelt dat de bindende kracht van definitief geworden administratieve besluiten op grond van het nationale recht wordt uitgebreid tot andere procedures. Het is, zoals ik reeds heb aangegeven, vrij gebruikelijk dat een besluit de basis kan vormen voor een ander besluit, of in een andere procedure in aanmerking wordt genomen. [38] Vaker wel dan niet pleiten de administratieve doeltreffendheid, de gelijkheid en de voorspelbaarheid van bestuurshandelingen inderdaad voor het uitbreiden van bepaalde vaststellingen tot andere procedures. [39]

84. Of en hoe de nationale rechtsorde bindende kracht wil verbinden aan definitieve besluiten van administratieve autoriteiten, wordt overgelaten aan de procedurele autonomie van de lidstaten. De Unierechtelijke bescherming van grondrechten beperkt die autonomie slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een doeltreffende bescherming van die rechten. [40]

85. Het is ook duidelijk dat de lidstaten niet verplicht zijn te voorzien in een stelsel van administratieve besluiten waarbij de administratieve autoriteit zelf voldoet aan de criteria van „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 47 van het Handvest. Wanneer het gaat om aan het Unierecht ontleende rechten, vereist het Unierecht echter dat de (rechterlijke) toetsing van de besluiten van die administratieve autoriteit een stap „stroomopwaarts" verschuift naar de bevoegde nationale rechterlijke instanties.

86. Vanuit die context wordt in de onderhavige conclusie alleen aangegeven dat de specifieke combinatie van institutionele en procedurele keuzes van de nationale wetgever om twee redenen problematisch is. Ten eerste moet in het kader van de declaratoire procedure op enig moment de mogelijkheid bestaan om de vaststellingsbeschikking, indien de partijen dat wensen, bij een rechterlijke instantie met „volledige bevoegdheid" aan te vechten. Ten tweede laat de bescherming van (naar hun aard) subjectieve rechten geen „indirecte toerekening" toe in andere administratieve procedures, waarbij personen in een situatie komen te verkeren waarin gedeeltelijk op hun zaak wordt vooruitgelopen op grond van vaststellingen betreffende hun gedrag die in een eerdere procedure waarbij zij geen partij waren, zijn gedaan.

V. Conclusie

87. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesverwaltungsgericht als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 4 en 17 van richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de rechten van de verdediging, moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan de toepassing van nationale procedureregels die de betrokken partijen in feite beletten om hun rechten van verdediging ten volle uit te oefenen in het kader van een latere administratieve strafprocedure waarin de

[38] Zie met betrekking tot btw bijvoorbeeld arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punten 68 en 90). Zie ook mijn conclusie in de zaak Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[39] Hoewel redenen van administratieve doeltreffendheid niet als algemene rechtvaardiging kunnen fungeren om de bescherming van grondrechten te beperken. Zie in die zin arrest van 30 juni 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, punt 48).

[40] Zie in die zin arrest van 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

subjectieve aansprakelijkheid voor een uit richtlijn 2004/25 voortvloeiende inbreuk wordt vastgesteld, of die de partijen geen toegang bieden tot een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest.”