Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 18 de março de 2021 [1]

Processo C-546/18

FN,
GM,
Adler Real Estate AG,
HL,
Petrus Advisers LLP
sendo interveniente:
Übernahmekommission

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Áustria)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Finalidade das decisões tomadas no encerramento de processos administrativos — Diretiva 2004/25/CE — Interpretação conforme com o direito da União»

I. Introdução

1. O contexto do presente processo é constituído por dois processos distintos instaurados pela Übernahmekommission (Entidade Supervisora das Ofertas Públicas de Aquisição de Empresas Cotadas em Bolsa, Áustria) (a seguir «Übernahmekommission»). O primeiro processo (preliminar) determinou os factos (objetivos) de uma infração às regras aplicáveis às ofertas públicas de aquisição obrigatórias. Nos termos do direito processual austríaco, quando as conclusões do processo preliminar se tornam definitivas, o segundo processo (contraordenacional) está vinculado a essas determinações objetivas ao apreciar se os critérios (subjetivos) da alegada infração estão igualmente preenchidos e ao impor sanções às pessoas em causa.

2. É neste contexto que o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Áustria), invocando o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») e a Diretiva 2004/25/CE [2] (a seguir «Diretiva OPA»), se interroga, no essencial, sobre os direitos processuais que o direito da União confere às pessoas que não foram partes no «primeiro *round*»

[1] Língua original: inglês.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição (JO 2004, L 142, p. 12).

do processo preliminar, mas que podem enfrentar, devido às suas respetivas posições no seio das estruturas societárias das empresas que foram partes no primeiro processo, sanções que lhes são impostas no «segundo *round*» de processos administrativos.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

3. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva OPA, os Estados-Membros designam uma ou mais autoridades para a supervisão das ofertas regidas por regras por aqueles aprovadas ou introduzidas em aplicação da presente diretiva. Em conformidade com o n.º 5 do artigo 4.º:

«As autoridades de supervisão devem dispor de todos os poderes necessários para o exercício das suas funções, entre as quais se inclui o dever de assegurar que as partes na oferta respeitem as regras aprovadas ou introduzidas em aplicação da presente diretiva.»

4. O artigo 5.º, n.º 1, desta diretiva prevê o dever de lançar uma oferta pública de aquisição. Este dever surge sempre que «uma pessoa singular ou coletiva, na sequência de uma aquisição efetuada por si ou por pessoas que com ela atuam em concertação, venha a deter valores mobiliários de uma sociedade a que se refere o n.º 1 do artigo 1.º que, adicionados a uma eventual participação que já detenha e à participação detida pelas pessoas que com ela atuam em concertação, lhe confiram direta ou indiretamente uma determinada percentagem dos direitos de voto nessa sociedade, permitindo-lhe dispor do controlo da mesma […]».

5. Nos termos do artigo 17.º da Diretiva OPA, sob a epígrafe «Sanções»:

«Os Estados-Membros determinam o regime das sanções aplicáveis às infrações das disposições nacionais adotadas em aplicação da presente diretiva e tomam todas as medidas necessárias para assegurar a respetiva aplicação. As sanções previstas neste âmbito devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. Os Estados-Membros devem notificar estas disposições à Comissão até à data fixada no n.º 1 do artigo 21.º, bem como qualquer alteração posterior das mesmas o mais rapidamente possível.»

B. Direito austríaco

6. A Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Lei Geral do Procedimento Administrativo de 1991, a seguir «AVG») regula os procedimentos das autoridades administrativas na Áustria. O § 24 da Verwaltungsstrafgesetz 1991 (Lei das Contraordenações de 1991) dispõe que, salvo disposição em contrário, a AVG também é aplicável ao processo de contraordenação.

7. A Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote (Lei Federal das Ofertas Públicas de Aquisição), BGBl. I, n.º 127/1998 (a seguir «ÜbG») regula aspetos substantivos e processuais das ofertas públicas para a aquisição de ações e outros valores mobiliários de empresas cotadas.

8. O § 1, n.º 6, da ÜbG define a expressão «atuar em concertação». Nos termos do n.º 1 do § 23, sempre que as partes «atuam em concertação», as ações ou valores mobiliários detidos mutuamente numa sociedade visada são agregados para efeitos da aplicação dos §§ 22 a 22b da ÜbG.

9. O § 22 da ÜbG diz respeito ao dever de lançar uma oferta pública de aquisição. Este dever incumbe a «[q]ualquer pessoa que obtenha, direta ou indiretamente, uma participação de controlo numa sociedade visada […] no prazo de 20 dias de negociação». O § 22a da referida lei estende igualmente este dever de oferta pública de aquisição às partes que atuam em concertação aquando da aquisição de uma «participação de controlo».

10. O § 30, n.º 2, da ÜbG dispõe que a AVG é aplicável a processos instaurados pela Übernahmekommission.

III. Matéria de facto, tramitação do processo principal e questões prejudiciais

11. Em 22 de novembro de 2016, a Übernahmekommission proferiu uma decisão (a seguir «decisão preliminar») contra a Adler Real Estate AG (a seguir «Adler»), a Mountain Peak Trading LLP (a seguir «Mountain Peak»), a Westgrund AG (a seguir «Westgrund»), a Petrus Advisers LLP (a seguir «Petrus») e GM (uma pessoa singular). Esta decisão foi proferida no âmbito de um processo relativo à aquisição de uma «participação qualificada» de 31,36 % de ações com direito de voto na Conwert Immobilien SE (a seguir «Conwert»), e ao incumprimento do dever de apresentar uma oferta pública de aquisição obrigatória.

12. No processo preliminar, a Übernahmekommission considerou que, da imputação recíproca dos direitos de voto nos termos do § 23, n.º 1, da ÜbG, resultou uma participação de controlo na aceção do § 22 da ÜbG. A Übernahmekommission chegou a esta conclusão de princípio com base nos critérios de agregação aplicáveis «às pessoas coletivas que atuam em concertação» estabelecidos no § 1, n.º 6, da ÜbG. Por conseguinte, em conformidade com o § 23, n.º 1, da ÜbG, estes direitos de voto na Conwert deveriam ter sido objeto de uma imputação recíproca à Adler, à Mountain Peak, à Westgrund, à Petrus, e a GM pela primeira vez em 29 de setembro de 2015. Em princípio, nos termos do ponto 1 do § 22a da ÜbG, tal aquisição de uma «participação qualificada» por parte de «pessoas que atuam em concertação» deveria ter conduzido a uma oferta pública de aquisição obrigatória no que respeita à Conwert, no prazo de 20 dias de negociação.

13. Por Decisão de 1 de março de 2017, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) negou provimento ao recurso interposto da decisão preliminar. A decisão preliminar tornou-se definitiva.

14. Em seguida, a Übernahmekommission instaurou um processo de contraordenação contra, entre outros, GM, HL e FN (todas pessoas singulares). A responsabilidade de HL e FN decorreu, respetivamente, das suas funções como membro do conselho de administração da Adler e administrador da Petrus, no período em que a infração foi alegadamente cometida.

15. Em 29 de janeiro de 2018, a Übernahmekommission proferiu a sua decisão contra GM (na qualidade de pessoa singular), HL (na qualidade de membro do conselho de administração da Adler) e FN (na qualidade de administrador da Petrus) (a seguir «decisão contraordenacional»). A Übernahmekommission aplicou sanções administrativas a GM, HL e FN e considerou que as respetivas sociedades representadas por HL e por FN eram acessoriamente responsáveis.

16. Ao adotar esta decisão, a Übernahmekommission baseou as suas conclusões factuais na decisão preliminar, nomeadamente no que diz respeito à conclusão fundamental de que, por força de um acordo celebrado em 29 de setembro de 2015, as partes em causa «atuaram em concertação» na aceção do § 22a da ÜbG. Ao não apresentarem à Übernahmekommission uma

oferta pública de aquisição obrigatória no prazo legal de 20 dias de negociação, GM, HL e FN foram culpados de infração ao § 22a, n.º 1, da ÜbG, lido em conjugação com o § 22, n.º 1, da referida lei. Nesta base, a Übernahmekommission aplicou coimas a GM, HL e FN e declarou a Adler e a Petrus acessoriamente responsáveis pelas coimas aplicadas a HL e FN.

17. A decisão contraordenacional foi objeto de recursos para o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), o órgão jurisdicional de reenvio. Esse órgão jurisdicional observa que, nos termos do direito processual administrativo austríaco, uma decisão preliminar definitiva proferida por uma autoridade administrativa vincula (a mesma autoridade e) também outras autoridades administrativas e órgãos jurisdicionais competentes para decidir sobre a mesma situação de facto e de direito como a já objeto de uma decisão preliminar prévia. O pré-requisito de tais efeitos vinculativos é a existência de identidade das partes. Os mesmos efeitos vinculativos devem ser acatados pelos órgãos jurisdicionais administrativos, mais uma vez desde que haja identidade das partes nos dois processos.

18. No que diz respeito a GM, o órgão jurisdicional de reenvio considera que há identidade das partes para efeitos dos processos subjacentes às decisões preliminar e contraordenacional. No que se refere a GM, o órgão jurisdicional de reenvio considera igualmente que todos os outros requisitos relativos aos efeitos vinculativos da decisão preliminar estão preenchidos nos termos do direito interno.

19. No que diz respeito a HL e FN, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à existência de identidade das partes entre os processos preliminar e contraordenacional. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, no decurso do processo preliminar, HL e FN não estiveram presentes na qualidade de «partes», tendo apenas atuado como representantes das sociedades Adler (em relação à qual HL atuou como membro do conselho de administração) e Petrus (em relação à qual FN atuou como administrador). Esse estatuto de «parte» no que se refere a HL e FN (na qualidade de pessoas singulares) só existiu durante o processo contraordenacional. No entanto, durante o processo contraordenacional, a Übernahmekommission considerou a existência de uma «vinculatividade alargada» (*erweiterte Bindungswirkung*), decorrente da decisão preliminar, no que se refere também a HL e FN (na qualidade de pessoas singulares).

20. É neste contexto factual e jurídico que o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Os artigos 4.º e 17.º, da Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição, lidos à luz do princípio da efetividade, consagrado pelo direito da União, opõem-se a uma interpretação segundo a qual não é atribuído nenhum efeito vinculativo a uma decisão definitiva da autoridade de supervisão prevista no artigo 4.º da Diretiva 2004/25/CE que conclui pela infração, por uma pessoa singular, a disposições de direito interno adotadas para transposição da Diretiva 2004/25/CE, no quadro de um processo contraordenacional instaurado subsequentemente por essa autoridade de supervisão contra a mesma pessoa singular, o que leva a que esta pessoa singular disponha novamente de todos os argumentos de defesa, de facto e de direito, e meios de prova para contestar a infração à lei já declarada pela decisão definitiva?

2) Os artigos 4.º e 17.º, da Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição, lidos à luz do princípio da efetividade, consagrado pelo direito da União, opõem-se a uma interpretação segundo a qual não é atribuído nenhum efeito vinculativo a uma decisão definitiva da autoridade de supervisão prevista no artigo 4.º, da Diretiva 2004/25/CE que conclui pela infração, por uma pessoa coletiva, a disposições de direito interno adotadas para transposição da Diretiva 2004/25/CE, no quadro de um processo contraordenacional instaurado subsequentemente pela mesma autoridade de supervisão contra o órgão com poderes para representar essa pessoa coletiva, o que leva a que esta pessoa coletiva (o órgão) disponha de todos os argumentos de defesa, de facto e de direito, e meios de prova para contestar a infração à lei já declarada pela decisão definitiva?

3) (Em caso de resposta negativa à [primeira questão]) O artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se a uma prática nacional segundo a qual é atribuído efeito vinculativo a uma decisão definitiva da autoridade de supervisão prevista no artigo 4.º da Diretiva 2004/25/CE que conclui pela infração, por uma pessoa singular, a disposições de direito interno adotadas para transposição da Diretiva 2004/25/CE, no quadro de um processo contraordenacional instaurado subsequentemente por essa autoridade de supervisão contra a mesma pessoa singular, o que impede esta pessoa singular de contestar, do ponto de vista jurídico e factual, a infração à lei cuja existência já fora declarada por decisão definitiva?

4) (Em caso de resposta negativa à [segunda questão]) O artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se a uma prática de direito interno segundo a qual é atribuído efeito vinculativo a uma decisão definitiva da autoridade de supervisão prevista no artigo 4.º da Diretiva 2004/25/CE que conclui pela infração, por uma pessoa coletiva, a disposições de direito interno adotadas para transposição da Diretiva 2004/25/CE, no quadro de um processo contraordenacional instaurado subsequentemente pela mesma autoridade de supervisão contra o órgão com poderes para representar essa pessoa coletiva, o que impede esta pessoa coletiva (o órgão) de contestar, do ponto de vista jurídico e factual, a infração à lei cuja existência já fora declarada por decisão definitiva?»

21. Apresentaram observações escritas a Adler, HL, GM, a Übernahmekommission e a Comissão Europeia. Com exceção da Comissão, estas partes responderam igualmente às perguntas que lhes foram colocadas pelo Tribunal de Justiça.

IV. Análise

22. As presentes conclusões encontram-se estruturadas da seguinte forma. Começarei por exprimir o meu entendimento do direito nacional e, nesta base, proporei uma simplificação das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio (A). Em seguida, determinarei o critério aplicável nos termos do direito da União (B), antes de me debruçar sobre o presente caso (C).

A. Enquadramento (jurídico nacional) e questões submetidas

23. À primeira vista, as quatro questões formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, consideradas no contexto da complexa rede de normas e procedimentos nacionais, afiguram-se efetivamente bastante complicadas. Além disso, estas questões parecem ter um alcance bastante abrangente, abordando temas gerais como a efetividade do direito da União, o estatuto ou efeito

vinculativo das decisões administrativas definitivas, potencialmente conjugados com a obrigação de reexame destas decisões definitivas, e os direitos fundamentais em processos que impõem sanções penais.

24. Em meu entender, este caso pode ser abordado de uma forma muito mais circunscrita. É talvez possível fornecer orientações úteis ao órgão jurisdicional de reenvio sem entrar em todos os meandros do direito nacional, apresentado com bastante pormenor pelo órgão jurisdicional de reenvio, bem como nos elementos da jurisprudência nacional divergente. Por mais interessantes que tais debates possam ser, não estou certo de que sejam efetivamente necessários no contexto do presente processo. Em vez disso, prefiro concentrar-me no problema prático que afeta, nomeadamente do ponto de vista dos direitos de defesa e de acesso aos tribunais, as pessoas sujeitas a tais processos.

25. Para tal, há que começar por debater três aspetos. Em primeiro lugar, qual é exatamente o problema em causa nos termos do direito nacional? Em segundo lugar, de que forma é que a Carta e o seu artigo 47.º interagem com a Diretiva OPA e se encaixam no quadro do presente processo? Em terceiro lugar, estes dois aspetos obrigam-me a reformular e a simplificar as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, esperando não perder de vista o problema.

26. Em primeiro lugar, para efeitos do processo em apreço, é fundamental compreender dois aspetos do direito administrativo nacional: por um lado, as normas processuais relativas à forma como a Übernahmekommission conduz os seus processos administrativos por alegadas infrações às regras aplicáveis às ofertas públicas de aquisição obrigatórias e, por outro, as normas processuais nacionais que conferem efeito vinculativo às decisões administrativas que se tornaram definitivas.

27. A Übernahmekommission tem competência para instaurar um processo de inquérito, nomeadamente para apurar se um titular de valores mobiliários não apresentou uma oferta pública de aquisição obrigatória, na aceção do § 22, n.º 1, da ÜbG, no momento da aquisição de «participações qualificadas» numa sociedade visada. A Übernahmekommission pode também fazê-lo quando um grupo de partes «atua em concertação» para adquirir tais participações [3].

28. No entanto, o processo divide-se na determinação dos elementos *objetivos* e *subjetivos* da não apresentação de uma oferta pública de aquisição obrigatória [4]. Tal como as partes explicam, estas duas determinações são realizadas separadamente, sendo a determinação *objetiva* da questão de saber se uma parte não apresentou uma oferta pública de aquisição obrigatória apreciada num processo preliminar e decidida por meio de uma decisão preliminar. Contudo, o processo preliminar não resolve a questão da responsabilidade penal. Esta responsabilidade é objeto de uma determinação subsequente destinada a estabelecer os elementos *subjetivos* de existência de responsabilidade administrativa, o que parece equivaler a uma sanção de caráter penal.

29. A eventual *fiscalização jurisdicional* de cada uma destas determinações segue vias diferentes. A Übernahmekommission explica que os processos preliminar e contraordenacional estão sujeitos a diferentes instâncias de recurso. O processo *preliminar* pode ser objeto de recurso para o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria). No entanto, foi assinalado que a fiscalização do Supremo Tribunal em tais casos limita-se apenas a questões de direito. As questões de facto não podem ser objeto de fiscalização por parte do Supremo Tribunal. Pelo contrário, o processo

[3] N.º 1 do § 22a da ÜbG.

[4] Nos termos dos §§ 33 e 35 da ÜbG.

contraordenacional pode ser objeto de recurso para o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), e, em certos casos, pode igualmente ser objeto de recurso para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, Áustria). O Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) tem «competência de plena jurisdição» para fiscalizar de facto e de direito a decisão resultante do processo contraordenacional. Todavia, esta competência parece estar sujeita ao caráter vinculativo de uma decisão prévia adotada pela Übernahmekommission ou outra autoridade ou órgão jurisdicional, que se tenha tornado definitiva.

30. A Übernahmekommission sustenta que, no que se refere a ambas as instâncias de recurso, esta entidade atua como «órgão jurisdicional de primeira instância». Assim, tanto para o processo preliminar como para o processo contraordenacional, existem pelo menos duas instâncias de recurso.

31. O órgão jurisdicional de reenvio explica que, quando uma decisão administrativa adotada pela Übernahmekommission se torna definitiva, a própria Übernahmekommission, bem como outras autoridades administrativas, ficam vinculadas a esta decisão prévia. Além disso, os mesmos efeitos também se produzem em relação ao Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), caso esse órgão jurisdicional seja chamado a decidir sobre a mesma situação de facto e de direito como a já decidida pela Übernahmekommission. Deste modo, a estrutura, composta por «dois *rounds*», do processo na Übernahmekommission significa que, na prática, o processo contraordenacional posterior relativo aos elementos (subjetivos) da não apresentação da oferta pública de aquisição obrigatória é abrangido pelo efeito vinculativo das determinações (objetivas) anteriores do processo preliminar, depois de uma decisão neste processo se tornar definitiva.

32. Em suma, é aqui que considero que reside o problema prático. O que foi decidido no «primeiro» processo preliminar vincula todos os processos posteriores, tanto administrativos como judiciais. Além disso, ou melhor, sobretudo, este «efeito vinculativo» não se verifica apenas nos processos relativos às mesmas partes (identidade das partes nos processos)[5]. Verifica-se também, e de forma essencial, no que respeita a situações em que tal «identidade» é, no mínimo, questionável (por exemplo, no caso em que as pessoas são sancionadas no «segundo» *round* a título pessoal, ao passo que no «primeiro» *round*, só a sua sociedade participou formalmente no processo preliminar).

33. Em segundo lugar, no contexto desse regime, o órgão jurisdicional de reenvio submete quatro questões. A *primeira* e *segunda* questões dizem respeito à compatibilidade das normas processuais nacionais austríacas relativas ao caráter definitivo das decisões administrativas do ponto de vista da preservação dos efeitos substantivos dos artigos 4.º e 17.º da Diretiva OPA. As duas questões divergem quanto à problemática da identidade das partes, ou à falta dela, nos processos.

34. Os artigos 4.º e 17.º da Diretiva OPA referem-se à nomeação e aos poderes de uma autoridade de supervisão e à aplicação de sanções por infração às medidas nacionais adotadas ao abrigo da presente diretiva. No entanto, não é claro, e o órgão jurisdicional de reenvio não esclarece, de que forma estas disposições podem oferecer orientação no que diz respeito às questões específicas suscitadas no presente processo.

[5] Como o órgão jurisdicional de reenvio salientou, esta seria normalmente a condição aplicável nos termos do direito nacional — v., *supra*, n.º 17 das presentes conclusões.

35. A *terceira* e *quarta* questões abordam a mesma problemática sob o ponto de vista da Carta. Em substância, perguntam se o artigo 47.º da Carta se opõe a normas processuais nacionais nos termos das quais uma decisão adotada por uma autoridade administrativa a respeito de infrações à legislação nacional em matéria de ofertas públicas de aquisição, que se tornou definitiva, vincula a mesma autoridade administrativa num processo contraordenacional subsequente. A terceira questão procura obter orientações sobre esta compatibilidade sob o ponto de vista da existência de identidade das partes entre os dois processos conduzidos pela referida autoridade administrativa. A quarta questão levanta a mesma problemática sob o ponto de vista da falta de identidade das partes.

36. Lidas em conjunto, as quatro questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio parecem, portanto, justapor-se dando «plena eficácia» à Diretiva OPA com respeito pelos direitos processuais protegidos, designadamente, pela Carta. O órgão jurisdicional de reenvio parece sugerir a existência de uma certa tensão entre estes dois objetivos. Com efeito, a presunção tácita parece ser a de que pode haver ou eficácia das sanções, ou proteção dos direitos fundamentais, mas não as duas. É possível mesmo existir outra presunção tácita, a saber, a de que, para que uma sanção seja «eficaz», não deve ser demasiado afetada pelos direitos das partes.

37. Não creio que este seja um bom ponto de partida.

38. Pelo contrário, é incontestável que as normas austríacas em matéria de supervisão das ofertas públicas de aquisição, como, designadamente, as contidas na ÜbG, constituem a aplicação da Diretiva OPA, e, portanto, do direito da União, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta. Qualquer processo nacional conduzido em conformidade com o quadro jurídico da Diretiva OPA deve, portanto, ser compatível com o artigo 47.º da Carta e com quaisquer direitos garantidos pelo direito da União.

39. Assim, a verdadeira questão, em meu entender, não é que se deva escolher entre «plena eficácia» e «direitos fundamentais». Pelo contrário, a verdadeira questão é saber se as normas processuais austríacas, conforme aplicadas e demonstradas no presente processo, são compatíveis com os artigos 4.º e 17.º da Diretiva OPA, lidos em conjugação com o artigo 47.º da Carta e os direitos garantidos pelo direito da União.

40. Em terceiro lugar, entendidas deste modo, as quatro questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio passam a duas, ou melhor uma, com duas subquestões. Por conseguinte, as questões prejudiciais podem, em substância, ser reformuladas de forma a perguntar se a aplicação das normas processuais nacionais, conforme demonstrado no presente processo, é compatível com os artigos 4.º e 17.º da Diretiva OPA, interpretados à luz do princípio do respeito dos direitos de defesa e/ou do artigo 47.º da Carta. Esta questão central tem duas outras subquestões: um cenário em que existe identidade das partes nos processos (primeira e terceira questões) e um cenário em que não existe essa identidade (segunda e quarta questões).

41. Estas questões são colocadas com um enfoque especial no processo contraordenacional. No entanto, como fica claro, este processo não é a origem do problema. Este problema surge «a montante» com a proteção de tais direitos durante o processo preliminar pela Übernahmekommission e a fiscalização limitada das conclusões desse processo perante o Supremo Tribunal, sendo estas questões deslocadas «a jusante» para o processo contraordenacional (e eventualmente outros).

42. Dada a relevância do processo preliminar, começarei pela segunda e quarta questões e a proteção dos direitos fundamentais das partes que não participaram no processo preliminar e (portanto) não puderam contestar as conclusões adotadas na decisão preliminar (C.1). Somente depois abordarei a primeira e terceira questões e a situação da identidade das partes entre processos, embora apenas brevemente (C.2). Antes disso, todavia, especificarei as normas em matéria de direitos fundamentais aplicáveis a ambos os conjuntos de questões (B).

B. Requisitos do direito da União

1. Processos administrativos e direitos de defesa

43. O respeito dos direitos de defesa constitui um princípio geral do direito da União aplicável sempre que a Administração se proponha adotar, relativamente a uma pessoa, um ato lesivo dos seus interesses [6]. Nestas circunstâncias, deve ser dada ao destinatário desta decisão a possibilidade de ser ouvido e de apresentar as suas observações *antes* de a mesma ser tomada [7]. Estes direitos são indispensáveis em *todos* os processos que conduzam a uma decisão adversa à parte em causa, sejam eles de natureza civil, penal, administrativa, ou outra [8].

44. Fundamentalmente, o respeito pelos direitos subjetivos de defesa de uma parte deve ser garantido pelas *autoridades administrativas* no decurso dos seus processos [9]. Estes direitos devem estar disponíveis a partir do momento em que estão em causa [10]. Só assim se poderá garantir que a autoridade em causa tem utilmente em conta todos os elementos pertinentes, e que a pessoa em causa pode corrigir quaisquer erros e militar no sentido da não adoção de uma decisão adversa [11].

2. Processos judiciais e artigo 47.º da Carta

45. O primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta prevê o direito a uma ação perante um tribunal. Os elementos centrais deste direito são o princípio da igualdade de armas, incluindo o princípio do contraditório [12], e o princípio da igualdade processual [13]. Ao impor a obrigação de

6 V. Acórdãos de 22 de outubro de 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, n.º 38 e jurisprudência referida); de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 84); e de 16 de outubro de 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, n.º 39 e jurisprudência referida).

7 Acórdãos de 19 de fevereiro de 2009, Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, n.ºs 42 e 43); de 5 de novembro de 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, n.º 47); e de 16 de outubro de 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, n.º 41).

8 Acórdãos de 14 de setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:512, n.º 92 e jurisprudência referida); de 5 de março de 2015, Comissão e o./Versalis e o. (C-93/13 e C-123/13 P, EU:C:2015:150, n.º 94 e jurisprudência referida); e de 6 de outubro de 2020, Bank Refah Kargaran/Conselho (C-134/19 P, EU:C:2020:793, n.º 56).

9 V. Acórdãos de 26 de setembro de 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, n.º 83 e jurisprudência referida), e de 17 de março de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, n.º 33 e jurisprudência referida).

10 V., neste sentido, Acórdão de 22 de novembro de 2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744, n.º 90); de 16 de outubro de 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, n.ºs 47 a 49); e de 2 de fevereiro de 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, n.ºs 42, 44 e jurisprudência referida).

11 Acórdãos de 21 de dezembro de 2011, França/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, n.º 65 e jurisprudência referida); de 5 de novembro de 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, n.º 47); e de 16 de outubro de 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, n.º 41).

12 Acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia e o./API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, n.º 88 e jurisprudência referida).

13 Acórdão de 30 de junho de 2016, Toma e Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, n.º 36 e jurisprudência referida).

proporcionar a cada parte uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa, em condições que não a coloquem numa situação de clara desvantagem relativamente à outra [14], o artigo 47.º da Carta diz igualmente respeito à proteção dos direitos de defesa [15].

46. É verdade que toda a série de garantias decorrentes do artigo 6.º, n.os 2 e 3, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»), a que correspondem os artigos 47.º e 48.º da Carta, surge apenas em processos suscetíveis de conduzir a uma sanção de natureza «penal» [16]. No entanto, decorre também claramente da redação do artigo 47.º da Carta que esta disposição não se limita apenas a processos que conduzem à aplicação de sanções «penais». Com efeito, esta disposição estabelece um núcleo de direitos que deve ser protegido em todos os processos judiciais [17].

47. Deve ser possível uma fiscalização, tanto de facto como de direito, por parte de um «tribunal» na aceção do artigo 47.º da Carta, quanto à questão de saber se o referido núcleo de direitos foi respeitado [18]. Na aceção da jurisprudência, esse órgão jurisdicional deve ter como características a origem legal; a sua permanência; o caráter vinculativo da sua jurisdição; a natureza contraditória do seu processo; a aplicação das regras de direito; e a sua independência (interna e externamente) [19].

48. Por princípio, para que a fiscalização jurisdicional nos termos do primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta seja eficaz, esta fiscalização exige uma *competência de plena jurisdição* em, pelo menos, *uma instância* [20]. O alcance da fiscalização efetuada por esse «tribunal» pode ser limitado, por exemplo, apenas às questões de direito [21]. No entanto, neste caso, a autoridade administrativa competente para tomar a decisão em causa deve, *ela própria*, preencher todos os critérios de um «tribunal» para efeitos do artigo 47.º da Carta [22]. Portanto, de uma forma ou de outra, deve existir pelo menos uma instância totalmente independente, que será qualificada de «tribunal» para efeitos do primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta, e que está habilitada a apreciar o caso com competência de plena jurisdição, isto é, abrangendo elementos de direito e elementos de facto.

14 Acórdão de 17 de julho de 2014, Sánchez Morcillo e Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, n.º 49).

15 Acórdãos de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 67), e de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal) (C-619/18, EU:C:2019:531, n.º 77 e jurisprudência referida).

16 V., neste sentido, Acórdão de 2 de fevereiro de 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, n.os 42 e 43). V., igualmente, TEDH, 10 de dezembro de 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Itália (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 e jurisprudência referida).

17 V., neste sentido, Acórdãos de 17 de dezembro de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e o. (C-336/19, EU:C:2020:1031, n.º 56 e jurisprudência referida), e de 2 de fevereiro de 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, n.º 37 e jurisprudência referida).

18 V., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.os 43 a 46). V., igualmente, TEDH, 10 de dezembro de 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Itália (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 e jurisprudência referida).

19 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 38 e jurisprudência referida). V., igualmente, no que respeita a este aspeto «interno» da independência, Acórdão de 19 de novembro de 2019, A. K. e o. (Independência da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal) (C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, n.º 122).

20 Acórdãos de 6 de novembro de 2012, Otis e o. (C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 49), e de 16 de maio de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, n.os 54 a 56 e jurisprudência referida).

21 V., neste sentido, acórdão de 19 de setembro de 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, n.º 61). V., igualmente, TEDH, 18 de janeiro de 2000, Pesti e Frodl c. Áustria (CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 e jurisprudência referida), e 22 de novembro de 1985, Bryan c. Reino Unido (CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

22 V., neste sentido, Acórdão de 19 de setembro de 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, n.os 61 e 62). V., igualmente, TEDH, 27 de outubro de 2009, Crompton c. Reino Unido (CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 70 a 73).

C. Processo principal

1. Partes diferentes em processos administrativos subsequentes

49. O órgão jurisdicional de reenvio precisa que, durante o processo preliminar, a Übernahmekommission procedeu ao exame da questão de saber se se podia considerar que as partes no processo (objetivamente) «atua[ram] em concertação» para adquirir «participações qualificadas» na Conwert e se esta situação devia ter dado origem ao dever de lançar uma oferta pública de aquisição obrigatória. No processo (contraordenacional) subsequente, a Übernahmekommission considerou-se, então, ela própria, vinculada a esta conclusão (objetiva) para determinar os elementos subjetivos da não apresentação de uma oferta pública de aquisição obrigatória. A Übernahmekommission considerou que estes efeitos vinculativos se produzem, apesar de os processos preliminar e contraordenacional não se referirem aos mesmos intervenientes.

50. Em meu entender, esta situação levanta claramente questões nos termos do direito da União, em ambas as dimensões acabadas de referir: a da perspetiva do exercício dos direitos de defesa das partes em causa (a) e a da impossibilidade de fiscalização por um tribunal com «competência de plena jurisdição» (b).

a) Exercício dos direitos de defesa

51. HL esclarece que, durante o processo preliminar, não pôde exercer os seus direitos de defesa, visto que não foi designado como «parte» no processo (*Parteistellung*). Pelo contrário, HL foi apenas considerado um «interveniente» (*Beteiligter*) para efeitos do processo preliminar. Em conformidade com o direito austríaco, estes estatutos têm aparentemente direitos e garantias processuais diferentes. Por exemplo, HL explica que não foi informado do processo preliminar, não pôde consultar os autos, exercer o seu direito de permanecer em silêncio, ou recorrer da decisão preliminar. Só depois de o processo contraordenacional ser instaurado é que HL pôde alegadamente exercer estes direitos, mas apenas no âmbito desse segundo processo. Nesse momento, contudo, a decisão preliminar, que nessa altura se tinha tornado definitiva, já vinculava a Übernahmekommission no que respeita à determinação objetiva das partes que «atuaram em concertação». Por conseguinte, a conduta da Adler foi, desde o início, objetivamente imputada a HL devido à sua posição como membro do conselho de administração desta sociedade, sem que este pudesse exercer os seus direitos (próprios e pessoais) de defesa.

52. Na sua resposta a uma pergunta colocada pelo Tribunal de Justiça, a Übernahmekommission alega que HL pôde participar no processo preliminar, teve o direito de permanecer em silêncio nos termos do § 51 da AVG e teve o direito de se defender nesse processo. A Übernahmekommission salienta igualmente que HK foi, aliás, «pessoalmente» convidado a participar na audição do processo preliminar, esteve presente, e participou na mesma. Isto significa que HL pôde exercer alguns dos seus direitos processuais subjetivos.

53. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar as circunstâncias factuais do processo em apreço, bem como a interpretação atual do direito nacional, que parece suscitar discussão.

54. Com base nos autos, entendo que, durante o processo preliminar, HL participou na sua qualidade de *membro do conselho de administração* da Adler, agindo por conta e em nome desta sociedade, mas não a título pessoal. De facto, parece não existir nenhuma indicação de que a sua

responsabilidade pessoal foi objeto de inquérito em termos objetivos pela Übernahmekommission no processo preliminar. Foi o envolvimento da sociedade que foi objeto de inquérito. O envolvimento *pessoal* de HL surge apenas durante o processo contraordenacional.

55. A Übernahmekommission parece, todavia, alegar que, apesar da não correspondência das partes entre os dois processos, HL podia ter exercido os seus direitos *pessoais* de defesa durante o processo preliminar através da Adler, ao representar esta última pessoa coletiva na sua qualidade de membro do conselho de administração, uma vez que ambas as partes tinham os mesmos interesses (*Interessengleichlauf*).

56. Não concordo com esta lógica por (pelo menos) duas razões.

57. Em primeiro lugar, não se pode ignorar a possibilidade bastante significativa de surgir um *conflito de interesses* e/ou uma violação dos deveres fiduciários no que respeita aos administradores de sociedades que se encontram na posição descrita pela Übernahmekommission. É certo que, em larga medida, é correto partir do princípio de que, no que diz respeito a uma perspetiva mais ampla, tanto a sociedade como o(s) seu(s) administrador(es) ou outros membros dos seus órgãos de administração são suscetíveis de partilhar do mesmo interesse em que a sua sociedade não seja considerada responsável pela infração das regras aplicáveis em matéria de ofertas públicas de aquisição. No entanto, no que se refere a outras questões que possam eventualmente surgir ao longo do processo, pode realmente excluir-se que um administrador de uma sociedade ou um membro do conselho de administração não se encontrará numa posição em que terá de escolher entre os interesses superiores da sociedade e o seu próprio interesse, nomeadamente no contexto do que parece ser a responsabilidade pessoal administrativa subsequente dos administradores da sociedade com imposição de sanções de caráter penal?

58. Em segundo lugar, os direitos de defesa têm natureza *subjetiva*. Segundo jurisprudência constante, estes direitos não podem ser transferidos para outra pessoa, singular ou coletiva, e não podem certamente ser exercidos em nome de outra pessoa [23]. São as próprias partes envolvidas que devem poder exercer de forma efetiva os seus direitos conferidos pelo direito da União, independentemente da natureza do processo a que estão sujeitas.

59. Assim, sem pretender parecer demasiado formalista, não posso aceitar a premissa de que uma pessoa singular, que atua por conta e em nome de uma sociedade (e, portanto, entendendo-se normalmente como atuando *como a sociedade*, um representante legal da pessoa coletiva), é efetivamente a mesma que a pessoa que atua no seu interesse pessoal e por conta própria. Tanto assim é que, no decurso dos processos, os interesses de ambas as pessoas podem divergir, se não mesmo entrar em conflito.

60. Afigura-se que, no presente caso, HL, a título pessoal, só pôde exercer os *seus* direitos de defesa durante o processo contraordenacional. Todavia, nesse momento, a decisão preliminar já se tinha tornado definitiva. Por conseguinte, a decisão preliminar vinculou o processo contraordenacional no que se refere aos elementos «objetivos» do inquérito realizado pela

[23] V., por exemplo, Acórdãos de 9 de junho de 2011, Evropaïki Dynamiki/BCE (C-401/09 P, EU:C:2011:370, n.º 49), e de 10 de setembro de 2015, Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, n.º 73). V., também, mais recentemente, Acórdão de 19 de setembro de 2019, Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Comissão (T-228/17, EU:T:2019:619, n.º 36).

Übernahmekommission quanto à possível violação do dever de apresentar uma oferta pública de aquisição obrigatória. Esta situação teve por efeito o julgamento antecipado da conduta de HL, sem que este tenha podido apresentar as suas observações *antes* da adoção desta decisão [24].

b) Impossibilidade de acesso a um tribunal com «competência de plena jurisdição»

61. GM, HL e a Adler consideram que, nas atuais circunstâncias, o artigo 47.º da Carta obsta ao reconhecimento do efeito vinculativo da decisão preliminar para efeitos do processo contraordenacional. No que se refere ao primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta, estas partes afirmam que, à luz da fiscalização jurisdicional limitada à disposição do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal), reconhecer o efeito vinculativo da decisão preliminar, após se ter tornado definitiva, no contexto do processo contraordenacional posterior e do processo judicial perante o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) compromete o seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva decorrente da Carta.

62. A Übernahmekommission opõe-se a estas opiniões. A Übernahmekommission sustenta que as garantias processuais subjacentes tanto ao processo preliminar como ao processo contraordenacional são de molde a que as decisões daí resultantes sejam tomadas por um «tribunal» independente e imparcial na aceção do artigo 47.º da Carta. Dado que a Übernahmekommission atua, em ambos os casos, como «tribunal de primeira instância», limitando o âmbito da fiscalização do Supremo Tribunal apenas a questões de direito, é compatível com o artigo 47.º da Carta.

63. A lógica dos requisitos previstos no primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta exige uma apreciação que se divide em duas partes [25]. Em primeiro lugar, determinar se a Übernahmekommission se qualifica, tal como afirma, de «tribunal» na aceção do artigo 47.º da Carta (1). Em segundo lugar, se assim não for, determinar se as suas decisões estão sujeitas a fiscalização por um tribunal com «competência de plena jurisdição» (2).

1) A Übernahmekommission é um «tribunal» na aceção do artigo 47.º da Carta?

64. Uma das condições cumulativas exigidas para a existência um «tribunal», na aceção do artigo 47.º da Carta, é a «independência» da autoridade em causa [26]. Tal independência assegura condições equitativas para as partes no processo e os seus respetivos interesses em relação ao objeto desses processos [27]. Por outras palavras, o órgão em causa não pode atuar como parte em causa própria violando o princípio *nemo judex in sua causa* [28].

65. Sem que seja necessário analisar todos os critérios impostos para a existência de um «tribunal», conforme exigido pelo artigo 47.º da Carta, afigura-se que a Übernahmekommission não preenche o critério ligado à «independência».

[24] Acórdão de 5 de novembro de 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, n.os 46, 47 e jurisprudência referida).

[25] Descrita acima no n.º 48 das presentes conclusões.

[26] V., *supra*, n.º 47 das presentes conclusões.

[27] V., por exemplo, Acórdão de 22 de dezembro de 2010, RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, n.os 38 a 40 e jurisprudência referida).

[28] V., neste sentido, Acórdão de 21 de janeiro de 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, n.º 62 e jurisprudência referida). V., igualmente, TEDH, 10 de dezembro de 2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa a.r.l. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Itália (CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

66. Em resposta a uma pergunta colocada pelo Tribunal de Justiça, GM salienta que, nos termos do § 29, n.º 1, da ÜbG, a Übernahmekommission é responsável pela aplicação da ÜbG, pelo que lhe foram atribuídas competências *ex officio* alargadas, nomeadamente a competência de instaurar processos preliminares e contraordenacionais. Em tais processos, a Übernahmekommission decide, ela própria, o âmbito e o objeto do processo, e procede, ela própria, ao inquérito relativo a esse processo. Sob reserva de confirmação pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta do § 33, n.º 4, da ÜbG que, em processos iniciados ao abrigo de um pedido fundamentado, a Übernahmekommission detém competência exclusiva para decidir se prossegue ou não com o processo, mesmo quando o referido pedido é retirado posteriormente.

67. Assim, em resumo, a Übernahmekommission parece desempenhar uma série de «papéis» nos termos do direito nacional: de investigador, de procurador, bem como de «juiz». Não há nenhuma indicação de que a Übernahmekommission opere internamente com base numa separação funcional rígida entre, por um lado, os serviços desta autoridade responsáveis pelo inquérito e tomadas de decisão no contexto da aplicação da Diretiva OPA e, por outro, o órgão que decide sobre as queixas apresentadas contra as decisões tomadas por esses serviços [29].

68. Com efeito, afigura-se que, em processos judiciais posteriores relacionados com a impugnação de processos preliminares ou contraordenacionais da Übernahmekommission, esta última atua como recorrida em causa própria para defender as suas decisões perante o órgão jurisdicional austríaco competente [30]. A Übernahmekommission não atua, portanto, como um terceiro imparcial entre o alegado infrator, por um lado, e a autoridade administrativa responsável pelo controlo do cumprimento das ofertas públicas de aquisição, por outro.

69. Naturalmente, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio decidir sobre todos estes elementos. Todavia, tendo em conta as respostas dadas ao Tribunal de Justiça, e pelas razões expostas nos números precedentes destas conclusões, não estou convencido de que a Übernahmekommission preencha os critérios para a existência de um «tribunal» na aceção do artigo 47.º da Carta. Gostaria de salientar que tal conclusão provisória, que novamente cabe unicamente ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, não põe de modo algum em causa o facto de certas autoridades administrativas nacionais serem dotadas de um elevado nível de independência, e possuírem o mais alto nível de especialização nos seus respetivos domínios de atividade.

70. No entanto, não é isto que define um tribunal «independente». Um tribunal independente nos termos do primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta é caracterizado pela sua total independência, tanto «interna» como «externa». Trata-se de um *terceiro* independente no que diz respeito a ambas as partes em causa. Nesta lógica, as secções de tomada de decisões que fazem parte de uma autoridade administrativa, ou mesmo as secções de recurso funcionalmente muito independentes que fazem parte de uma autoridade administrativa, tendem ainda a inserir-se no lado da Administração Pública, não fazendo parte do sistema judiciário [31].

71. Uma vez que a Übernahmekommission não é, aparentemente, um «tribunal» na aceção do primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta, a questão que se coloca torna-se, assim, a de saber se, no processo em apreço, os órgãos jurisdicionais nacionais competentes mantêm a «competência de plena jurisdição» para fiscalizar as decisões da Übernahmekommission.

[29] V. Acórdão de 21 de janeiro de 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, n.ºs 72 a 77).

[30] *Ibidem*, n.º 42.

[31] V., por analogia, jurisprudência relativa à admissibilidade dos pedidos de decisão prejudicial apresentados por diversas secções de órgãos (de fiscalização ou quase-judiciais) no seio da Administração Pública, por exemplo, Acórdãos de 31 de maio de 2005, Syfait e o. (C-53/03, EU:C:2005:333, n.ºs 31 a 37), ou de 30 de maio de 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, n.ºs 34 a 38).

2) Há lugar a uma fiscalização por um tribunal com «competência de plena jurisdição»?

72. A fiscalização jurisdicional de decisões da Übernahmekommission parece ser diferente consoante o processo em causa. Por um lado, as conclusões resultantes do processo *preliminar* podem ser objeto de recurso para o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal). A fiscalização deste último limita-se apenas a questões de direito [32]. O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) não parece ter «competência de plena jurisdição» para fiscalizar questões de facto [33]. Por outro lado, as conclusões resultantes do processo *contraordenacional* podem ser objeto de recurso de fiscalização para o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) (que, no caso em apreço, é o próprio órgão jurisdicional de reenvio) [34]. Este último parece deter uma «competência de plena jurisdição» para fiscalizar, de facto e de direito, as conclusões da Übernahmekommission.

73. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio esclarece que, na prática, não exerce uma «competência de plena jurisdição», visto que não pode fiscalizar a decisão preliminar da Übernahmekommission. O órgão jurisdicional de reenvio refere que, devido aos amplos efeitos vinculativos que o direito processual austríaco atribui às decisões administrativas definitivas, esse órgão jurisdicional está vinculado às conclusões (agora definitivas) da Übernahmekommission na decisão preliminar e não pode fiscalizar estas conclusões.

74. Em suma, o direito nacional cria um sistema, no qual a Übernahmekommission, que i) não satisfaz as características de um «tribunal», toma uma decisão, que ii) não pode ser inteiramente fiscalizada pelo Supremo Tribunal, e que iii) ao tornar-se definitiva iv) vincula não só a própria Übernahmekommission em futuros processos com identidade das partes (interpretada de forma bastante ampla por esta entidade), causa e objeto, mas também v) qualquer órgão jurisdicional habitualmente encarregado da fiscalização desses processos conexos.

75. Se esse for, de facto, o caso, tal situação é, em meu entender, contrária ao artigo 47.º da Carta e ao requisito de uma proteção jurisdicional efetiva.

76. Gostaria de salientar que esta incompatibilidade surge em relação a *todos os intervenientes* no «primeiro» processo preliminar, visto que parece não existir um «tribunal» com competência de plena jurisdição, tal como exigido pelo primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta. Para além deste problema inicial, há um problema *adicional* no que respeita à situação específica das partes que nem sequer intervieram no primeiro processo preliminar.

2. Partes idênticas no processo subsequente

77. GM alega que, embora tenha participado na qualidade de «parte» no processo preliminar, não foi informado de que este processo poderia conduzir à aplicação de uma sanção «penal» por força do processo contraordenacional. GM refere igualmente que, durante o processo preliminar, não lhe foi dado o direito de permanecer em silêncio.

[32] V., em maior detalhe, n.º 29 das presentes conclusões.

[33] V., a este respeito, § 30a, n.os 1 e 2, ÜbG. Diferentemente, v., por exemplo, processo de fiscalização, disponível nos termos do direito alemão, de uma decisão da Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Autoridade Federal de Supervisão Financeira, Alemanha), que permite uma fiscalização de direito e de facto. V. § 48 da Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Lei sobre a Aquisição de Valores Mobiliários e as Ofertas Públicas de Aquisição).

[34] § 35, n.º 3, da ÜbG.

78. A Übernahmekommission considera que todos os direitos fundamentais de GM foram respeitados durante os processos preliminar e contraordenacional.

79. Embora incumba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar estas circunstâncias, o resultado para efeitos da proteção dos direitos fundamentais de GM é o mesmo que o evocado a respeito das circunstâncias específicas de HL e da Adler. De certa forma, o problema decorrente do primeiro *round* é *o mesmo para todas as partes*. Só que, no contexto específico em que as partes são idênticas ao longo dos processos, a problemática adicional da falta de direitos de defesa pode não se verificar (desde que, evidentemente, estes direitos, que surgiram durante o «primeiro *round*», tenham podido ser exercidos no momento relevante).

80. Além disso, não vejo nenhuma razão para, em princípio, as determinações objetivas de um processo administrativo anterior não poderem ser invocadas num processo administrativo paralelo, ou posterior, resultante dos mesmos factos [35]. É prática comum que as decisões administrativas posteriores tomem como base as conclusões, informações, ou mesmos os elementos de prova reunidos nas suas decisões anteriores ou até em decisões de outras autoridades administrativas.

81. No entanto, o resultado final de todas essas «transferências entre processos» é que a parte em causa deve permanecer em posição de poder exercer plenamente os seus direitos de defesa quando tais direitos estão em causa ou deveriam estar em causa [36]. Não é possível que essa parte seja subitamente confrontada com um facto consumado, que, em substância, prejudica significativamente a sua posição sem que esta parte jamais tenha tido a oportunidade de apresentar a sua versão dos factos.

82. Na medida em que se afigura que GM era parte em ambos os processos, atuando a título próprio e pessoal, as questões estruturais decorrentes da falta de identidade das partes nos diferentes processos não se colocam [37]. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar a questão de saber se os seus direitos de defesa foram ou não respeitados no caso específico dos dois conjuntos de processos.

3. Observação final

83. Considero necessário salientar que as presentes conclusões não colocam, de forma alguma, em causa a possibilidade de o direito nacional alargar o efeito vinculativo das decisões administrativas, que se tornaram definitivas, a todos os processos. É, mais uma vez, bastante comum que uma decisão possa constituir a base de outra decisão, ou seja tida em conta num processo diferente [38]. Na maioria dos casos, a eficiência administrativa, juntamente com a igualdade e a previsibilidade da ação administrativa, apontam efetivamente para o alargamento de certas conclusões a todos os processos [39].

35 V. minhas Conclusões no processo Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, n.º 39).

36 V., *supra*, n.º 44 das presentes conclusões.

37 V., *supra*, n.ºs 54 a 60 das presentes conclusões.

38 Em matéria de IVA, v., por exemplo, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.ºs 68 e 90). V., igualmente, minhas Conclusões no processo Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, n.º 39 e jurisprudência referida).

39 Embora as razões de eficiência administrativa não possam servir de «método mágico» para restringir a proteção dos direitos fundamentais. V., neste sentido, Acórdão de 30 de junho de 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, n.º 48).

84. A questão de saber se, e de que forma, a ordem jurídica interna pretende implementar os efeitos vinculativos das decisões definitivas das autoridades administrativas é deixada à autonomia processual dos Estados-Membros. A proteção dos direitos fundamentais garantida pelo direito da União limita essa autonomia apenas na medida do necessário para estabelecer uma proteção efetiva destes direitos [40].

85. É igualmente evidente que os Estados-Membros não são obrigados a estabelecer um sistema de decisões administrativas em que a própria autoridade administrativa preenche os critérios de um «tribunal» na aceção do artigo 47.º da Carta. No entanto, à luz do direito da União, quando estão em causa direitos decorrentes do direito da União, a fiscalização (jurisdicional) das decisões dessa administração desloca-se um passo «a montante» para os órgãos jurisdicionais nacionais competentes.

86. Neste contexto, tudo o que foi sugerido nas presentes conclusões é que a combinação específica das escolhas institucionais e processuais feitas pelo legislador nacional é problemática por duas razões. Em primeiro lugar, no processo preliminar, tem de haver, em algum momento, a possibilidade de impugnar a decisão preliminar num órgão jurisdicional com «competência de plena jurisdição», caso as partes o desejem. Em segundo lugar, a proteção dos direitos (pela sua natureza) subjetivos não permite uma «imputação por procuração» ao longo dos processos administrativos, em que as pessoas se encontram numa posição em que o seu caso está a ser parcialmente julgado com base em conclusões relativas à sua conduta, estabelecidas num processo anterior em que não eram parte.

V. Conclusão

87. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Áustria) da seguinte forma:

«Os artigos 4.º e 17.º da Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição, lidos em conjugação com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos de defesa, devem ser interpretados no sentido de que se opõem à aplicação de normas processuais nacionais que têm por efeito impedir as partes em causa de exercerem plenamente os seus direitos de defesa no decurso de um processo contraordenacional, que determina a responsabilidade subjetiva por uma infração prevista na Diretiva 2004/25 ou que não proporciona às partes o acesso a uma ação perante um tribunal nos termos do primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta.»

[40] V., neste sentido, Acórdão de 11 de novembro de 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, n.º 40 e jurisprudência referida).