



Datum van
inontvangstneming

:

13/11/2018

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-546/18 – 1

Zaak C-546/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

23 augustus 2018

Verwijzende rechter:

Bundesverwaltungsgericht (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 augustus 2018

Verzoekers:

FN

GM

Adler Real Estate AG

HL

Petrus Advisers LLP

Verwerende instantie:

Übernahmekommission

BVwG

Bundesverwaltungsgericht
(Republiek Oostenrijk)

[omissis]

BESCHIKKING

In de beroepen



- 1) van FN [omissis] tegen de bestuurlijke strafbeschikking van de Übernahmekommission van 29 januari 2018 [omissis],
- 2) van GM [omissis] tegen de bestuurlijke strafbeschikking van de Übernahmekommission van 29 januari 2018 [omissis],
- 3) van Adler Real Estate AG [omissis] tegen de bestuurlijke strafbeschikking van de Übernahmekommission van 29 januari 2018 [omissis],
- 4) van HL [omissis] tegen de bestuurlijke strafbeschikking van de Übernahmekommission van 29 januari 2018 [omissis],

en

- 5) van Petrus Advisers LLP [omissis] tegen de bestuurlijke strafbeschikking van de Übernahmekommission van 29 januari 2018 [omissis],

heeft het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter, Oostenrijk) [omissis] beschikt als volgt: **[Or. 2]**

[omissis]

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

II.1. Staan 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 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/EG waarbij is vastgesteld dat een persoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 2004/25/EG, 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?

II.2. Staan 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 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/EG waarbij is vastgesteld dat een rechtspersoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 2004/25/EG, 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?

II.3. (Indien vraag II.1 ontkennend wordt beantwoord:) Staat artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie 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/EG waarbij is vastgesteld dat een persoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 2004/25/EG, in een vervolgens door deze toezichthoudende autoriteit aangespannen administratieve strafprocedure tegen die persoon bindende kracht heeft, zodat [Or. 3] die persoon wordt belet de reeds onherroepelijk vastgestelde inbreuk feitelijk en rechtens te betwisten?

II.4. (Indien vraag II.2 ontkennend wordt beantwoord:) Staat artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie 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/EG waarbij is vastgesteld dat een rechtspersoon inbreuk heeft gemaakt op nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 2004/25/EG, 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?

[omissis] [Or. 4]

Motivering:

[omissis]

I. Hoofddeding:

1. Het Bundesverwaltungsgericht moet in het hoofddeding op beroepen beslissen die zijn ingesteld tegen bestuurlijke strafbeschikkingen van de Übernahmekommission (Oostenrijkse overnamecommissie).
2. De Übernahmekommission (hierna: „overnamecommissie”) is de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (hierna: „richtlijn 2004/25”).
3. Richtlijn 2004/25 werd in Oostenrijk omgezet door de federale wet betreffende het openbaar overnamebod (Übernahmegesetz, BGBl. I nr. 127/1998, thans van kracht zijnde versie: BGBl. I nr. 107/2017; hierna: „ÜbG”).
4. Bij haar bestuurlijke strafbeschikkingen van 29 januari 2018 veroordeelde de overnamecommissie GM, HL en FN wegens inbreuken op de wet betreffende het

openbaar overnamebod, aangezien zij (dan wel de door hen vertegenwoordigde vennootschappen) in het kader van op 29 september 2015 gemaakte afspraken, waarbij GM, Adler Real Estate AG (hierna: „AR AG”), MountainPeak Trading Limited (hierna: „MPT Limited”), Westgrund AG (hierna: „W AG”) en Petrus Advisers LLP (hierna: „PA LLP”) betrokken waren, een groep in onderling overleg handelende rechtssubjecten in de zin van § 22a ÜbG hebben gevormd en de overnamecommissie in strijd met § 22a, punt 1, juncto § 22, lid 1, ÜbG niet binnen de wettelijke termijn van 20 beursdagen overeenkomstig deel 3 van het ÜbG in kennis hebben gesteld van een overnamebod. De overnamecommissie legde GM, HL en FN geldboetes op en stelde de door HL en FN vertegenwoordigde vennootschappen hiervoor aansprakelijk.

5. [omissis] [Bezwaren/beroepen tegen deze beschikkingen: bevestiging van de beschikkingen door de autoriteit en instelling van beroepen bij het Bundesverwaltungsgericht] [Or. 5]

II. Toepasselijk rechtskader voor de beschikkingen van de overnamecommissie:

6. De overnamecommissie is opgezet als collegiaal orgaan waarvan de leden gedurende de uitoefening van hun ambt onafzetbaar en door geen enkele instructie gebonden zijn [artikel 20, lid 2, punt 4, van het Bundes-Verfassungsgesetz (federale grondwet van Oostenrijk), § 28, lid 3, ÜbG]. De leden van de overnamecommissie worden benoemd voor een termijn van vijf jaar (§ 28, lid 4, ÜbG). De wet voorziet in onverenigbaarheidsbepalingen in verband met de benoeming van commissieleden (§ 28, lid 5, ÜbG). De gronden waarop voortijdig ontslag uit de functie mogelijk is, zijn in de wet strikt gedefinieerd en de functie kan (behalve in het geval van uittreding, overlijden of verstrijken van de ambtstermijn) pas worden beëindigd nadat de (onafhankelijke) overnamecommissie een desbetreffend besluit heeft genomen (§ 28, lid 6, ÜbG). De procedure voor de overnamecommissie is vergelijkbaar met een gerechtelijke procedure en als volgt georganiseerd: Overeenkomstig § 30, lid 2, ÜbG past de commissie het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (algemene wet bestuursrecht) toe en daarnaast het [Verwaltungsstrafgesetz] (wet inzake administratieve strafprocedures) in administratieve strafprocedures. Op de zittingen van de commissie zijn de bepalingen van het Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (wet tot regeling van de administratieve rechtspraak; hierna ook: „VwGVG”) van toepassing, waarin de fundamentele verplichting tot het houden van een openbare en mondelinge hoorzitting en het beginsel van de onmiddellijkheid van de procedure („Unmittelbarkeitsprinzip”) zijn vastgelegd en nader zijn geregeld (§ 24, 25 VwGVG). Het college beslist over de eventuele partijdigheid van een lid van het college (zonder deelname door het betrokken lid – zie § 28, lid 9, ÜbG). De samenstelling van de colleges van de overnamecommissie en de toewijzing van zaken aan deze colleges worden geregeld bij een reglement van orde dat door de overnamecommissie (vooraf) is vastgesteld (§ 28, lid 3, ÜbG). De overnamecommissie wordt door het

Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof) aangemerkt als onafhankelijke autoriteit die voldoet aan de vereisten van een gerecht in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM).

7. Tegen de beschikkingen die door de overnamecommissie worden gegeven in het kader van administratieve procedures, kan beroep worden ingesteld bij het Oberste Gerichtshof (§ 30a, lid 1, ÜbG).
8. Tegen de beschikkingen die door de overnamecommissie worden gegeven in het kader van administratieve strafprocedures, kan overeenkomstig § 35, lid 3, ÜbG beroep worden aangetekend bij het Bundesverwaltungsgericht [omissis].

III. De voorgeschiedenis van het hoofdgeding:

9. Bij beschikking van 22 november 2016 [omissis] heeft de overnamecommissie na een uitvoerig onderzoek te hebben verricht en na een drie dagen durende terechtzitting het volgende vastgesteld: **[Or. 6]**

„Adler Real Estate AG [AR AG], MountainPeak Trading Limited [MPT Limited], GM, Westgrund AG [W AG] en Petrus Advisers LLP [PA LLP] hebben ten onrechte nagelaten een verplicht bod uit te brengen, zoals bedoeld in § 33, lid 1, punt 2, ÜbG”.

10. Deze beschikking is online gepubliceerd op:

https://www.takeover.at/uploads/u/pxe/A2_Entscheidungen/Bescheide/GZ_2016-1-2-317_convwert_Veroeffentlichungsversion 22.11.2016.pdf

11. De overnamecommissie heeft in dit verband nadere feitelijke vaststellingen gedaan en kwam op basis daarvan tot de volgende algemene conclusie (punt 149 van de beschikking):

„Wat betreft de geplande transactie in de herfst van 2015 (Project Paloma) bestonden er tussen Adler [AR AG] en Petrus Advisers [PA LLP] afspraken in de zin van § 1, lid 6, ÜbG. De afspraken kwamen tot stand door bemiddeling van GM, die zelf partij bij die afspraken was. Met hun afspraken beoogden Adler [AR AG], GM en FN de directie van conwert [C AG] tot de transactie te bewegen. In elk geval werden de afspraken met betrekking tot de geplande transactie in de herfst van 2015 deels uitgevoerd, en wel uiterlijk op 29 september 2015. Deze afspraken waren bovendien relevant voor de zeggenschap in de zin van § 1, punt 6, ÜbG: indien de directie van conwert [C AG] had ingestemd met de transactie, zou de structuur van de onderneming als gevolg van de vereiste „kapitaalverhoging in natura” een ingrijpende verandering hebben ondergaan en zou de deelneming van de tot dan toe grootste aandeelhouder aanzienlijk zijn uitgebreid. Het feit dat de samenwerking tussen Adler [AR AG], Petrus Advisers [PA LLP] en GM niet tot het beoogde resultaat heeft geleid, omdat

de directie van conwert [C AG] niet instemde met de transactie, is niet van doorslaggevend belang voor de beoordeling van het handelen in onderling overleg als bedoeld in § 1, punt 6, ÜbG. Adler [AR AG], Petrus Advisers [PA LLP] en GM moeten daarom worden aangemerkt als in onderling overleg handelende rechtssubjecten in de zin van § 1, punt 6, ÜbG. Tot deze groep moeten ook Westgrund [W AG] en MountainPeak [MP Limited] worden gerekend, aangezien op grond van de concernverhouding een vermoeden van handelen in onderling overleg bestaat als bedoeld in § 1, punt 6, tweede volzin, eerste geval, ÜbG, en dit vermoeden niet is weerlegd.

De stemrechten van deze partijen moesten derhalve vanaf 29 september 2015 wederzijds aan elkaar worden toegerekend overeenkomstig § 23, lid 1, ÜbG. Op dat moment beschikte Adler [AR AG] indirect via MountainPeak [MP Limited] over 25,26 % en beschikte Petrus Advisers [PA LLP] over 6,10 % van de stemrechten van conwert [C AG]; samen hadden zij dus 31,36 % in handen. Op grond van de wederzijdse toerekening van stemrechten overeenkomstig § 23, lid 1, ÜbG was er daarom sprake van een controlerende deelneming in de zin van § 22 ÜbG, zodat vanaf deze datum in beginsel ook de verplichting ontstond om een bod uit te brengen.

Er is geen uitzondering op die verplichting (§ 24, lid 2, punt 2, ÜbG; § 25, lid 1, punt 3, ÜbG) van toepassing. De toepassing van § 24, lid 2, punt 2, ÜbG is reeds uitgesloten op grond van het feit dat Adler [AR AG], GM en FN in dit geval hebben getracht het beheer van de vennootschap buiten de algemene vergadering om te beïnvloeden door [Or. 7] langs informele weg invloed uit te oefenen op de bestuursorganen van de doelvennootschap. Evenmin is aan de vereisten van § 25, lid 1, punt 3, ÜbG voldaan, omdat noch sprake was van een onbedoelde, noch van een tijdelijke overschrijding van de formele controledrempel in de zin van die bepaling.

Adler Real Estate AG [AR AG], MountainPeak Trading Limited [MPT Limited], GM, Westgrund AG [W AG] en Petrus Advisers [PA LLP] hebben derhalve ten onrechte nagelaten een verplicht bod uit te brengen, zoals bedoeld in § 33, lid 1, punt 2, ÜbG.”

12. Tegen deze beschikking van de overnamecommissie werden beroepen ingesteld, die door het Oberste Gerichtshof zijn afgewezen (OGH 01.03.2017, 6 Ob 22/17d, online bekendgemaakt op:

https://www.takeover.at/uploads/u/pxe/A2_Entscheidungen/Sonstige_Entscheidungen/6_Ob_17d_OGH_conwert_1.3-2017.pdf).

13. De beschikking van de overnamecommissie van 22 november 2016 [omissis] heeft sindsdien kracht van gewijsde.
14. Pas na afronding van de declaratoire procedure in eerste aanleg, en niet reeds gedurende die procedure, heeft de overnamecommissie administratieve strafprocedures ingeleid tegen (onder meer) GM, HL en FN. De strafrechtelijke

aansprakelijkheid van HL berust in dit verband op diens functie als bestuurder van AR AG tijdens de vermeende feiten, terwijl die van FN berust op zijn functie als bestuurder van PA LLP tijdens de vermeende feiten. Tegelijkertijd werden de rechtspersonen AR AG en PA LLP door de overnamecommissie als partijen bij deze administratieve strafprocedures betrokken, aangezien de vennootschappen in het geval van een veroordeling van hun respectieve bestuurders (FN en HL) mogelijk medeaansprakelijk konden worden gesteld voor de overeenkomstig § 9, lid 7, van het Verwaltungsstrafgesetz opgelegde boetes.

IV. Relevante bepalingen van het nationale procesrecht:

- 15.** § 38 van het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet bestuursrecht van 1991; hierna: „AVG”) bepaalt:

„§ 38. Behoudens andersluidende wettelijke bepalingen is de autoriteit bevoegd om prealabele kwesties die in het kader van de onderzoeksprocedure rijzen en die door een andere administratieve instantie of de rechter als hoofdkwesties zouden moeten worden beslecht, te beoordelen op grond van haar eigen analyse van de relevante feitelijke omstandigheden en deze beoordeling ten grondslag te leggen aan haar beschikking. Zij kan de procedure echter ook schorsen totdat definitief over de prealabele vraag is beslist indien de prealabele vraag reeds voorwerp is van een procedure die aanhangig is bij de bevoegde [Or. 8] administratieve autoriteit of de bevoegde rechter of indien een dergelijke procedure gelijktijdig aanhangig wordt gemaakt.”

In dit verband merkt de verwijzende rechter op: voor de autoriteit zijn niet alleen beschikkingen bindend waarin een „andere administratieve instantie” zich over een prealabele kwestie heeft uitgesproken, maar de autoriteit en de partijen zijn tevens gebonden aan beschikkingen waarbij dezelfde autoriteit de prealabele kwestie reeds definitief als hoofdkwestie heeft beslecht (zie bijvoorbeeld arrest van het Verwaltungsgerichtshof van 7 september 2004, 2003/05/0094 [omissis]; 14.12.2009, 2009/10/0187).

- 16.** De §§ 49, 50 en 51 AVG bepalen onder meer:

„§ 49. (1) Een getuige heeft het recht om geen verklaring af te leggen over:

1. vragen waarvan de beantwoording voor de getuige [of] een bloed- of aanverwant van de getuige [omissis] een rechtstreeks vermogensnadeel of het gevaar van strafrechtelijke vervolging met zich zou brengen of de betrokkene tot oneer zou strekken;
2. vragen die hij niet kan beantwoorden zonder een op hem rustende wettelijk erkende zwijgplicht, waarvan hij niet is ontslagen, te schenden of een ambachts-, bedrijfs- of beroepsgeheim te onthullen;

3. [...]

(2) Personen die beroepshalve tot vertegenwoordiging van partijen bevoegd zijn, kunnen ook weigeren te getuigen over zaken die hun in hun hoedanigheid van vertegenwoordiger van een partij door deze partij zijn toevertrouwd.

3. [...]

(4) Indien een getuige geen verklaring wenst af te geven, dient hij aannemelijk te maken dat hij daarvoor gegronde redenen heeft.

(5) [...]

§ 50. Elke getuige wordt, alvorens te worden gehoord, ondervraagd over zijn relevante persoonlijke omstandigheden en wordt gemaand om de waarheid te spreken en niets te verzwijgen. Tevens wordt de getuige gewezen op de wettelijke gronden voor het weigeren van een verklaring, op de gevolgen van een ongerechtvaardigde weigering een verklaring af te leggen en op de strafrechtelijke gevolgen van een valse verklaring.

Horen van partijen

§ 51. De §§ 48 en 49 zijn ook van toepassing op het horen van partijen met het oog op de bewijsvoering, maar de weigeringsgrond van § 49, lid 1, punt 1, met betrekking tot dreigend vermogensnadeel geldt in dit verband niet [**Or. 9**].

- 17.** § 24 van het Verwaltungsstrafgesetz 1991 (wet inzake administratieve strafprocedures van 1991; hierna ook: „VStG”) bepaalt:

„§ 24. Behoudens andersluidende bepalingen in deze federale wet is het AVG ook van toepassing in administratieve strafprocedures. De §§ 2, 3, 4, 11 en 12, § 13, lid 8, § 14, lid 3, tweede volzin, § 37, tweede volzin, § 39, lid 3, de §§ 41, 42, 44a tot en met 44g, 51 en 57, § 68, leden 2 en 3, § 75 en de §§ 78 tot en met 82 AVG zijn in administratieve strafprocedures niet van toepassing.”

- 18.** De in afdeling 2 („Procedure in administratieve strafzaken”) van het Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (wet tot regeling van de administratieve rechtspraak) opgenomen § 38 VwGVG luidt als volgt:

„Toepasselijke bepalingen

§ 38. Behoudens andersluidende bepalingen in deze federale wet zijn op de procedure betreffende beroepen bedoeld in artikel 130, lid 1, B-VG in administratieve strafzaken de bepalingen van het Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG, BGBl. nr. 52/1991), met uitzondering van deel II, afdeling 5,

en de bepalingen van het Finanzstrafgesetz (FinStrG, BGBl. nr. 129/1958) van overeenkomstige toepassing alsook, voor het overige, de procedurele bepalingen die zijn neergelegd in de federale wetten of de wetten van de deelstaten die de autoriteit heeft toegepast of had moeten toepassen in de procedure die aan de procedure bij de bestuursrechter is voorafgegaan.”

V. Standpunten en rechtspraak met betrekking tot de omstreden bindende kracht:

19. De overnamecommissie ging er bij de vaststelling van haar bestuurlijke strafbeschikkingen en de bevestiging ervan in de daartegen ingestelde bezwaarprocedures van uit dat met betrekking tot de vraag of de handelwijze van de partijen objectief beschouwd moet worden aangemerkt als niet-nakoming van de verplichting om een bod uit te brengen, reeds een definitieve beslissing (in de vorm van haar beschikking van 22 november 2016) was genomen, die ook bindende kracht heeft voor de onderhavige administratieve strafprocedure. Daarom achtte zij deze vraag vanuit juridisch oogpunt reeds beslecht voor wat betreft de gelijkblijvende onderliggende feiten. Daarom is het niet meer mogelijk deze feiten opnieuw te onderzoeken (horen van getuigen en partijen, onderzoek van bewijsstukken enz.) of tot een andere juridische beoordeling te komen.
20. Voor het Bundesverwaltungsgericht is in dit verband het volgende van belang:
21. Volgens het Oostenrijkse procesrecht is de definitieve beslissing over een prealabele kwestie in het geval van gelijkblijvende feitelijke en juridische omstandigheden bindend voor dezelfde autoriteit of een andere administratieve autoriteit of rechter wanneer die uitspraak moet doen over een aangelegenheid waarin een prealabele kwestie rijst die reeds bij die definitieve beslissing is beslecht. Deze bindende kracht moet ook door de bestuursrechter in acht worden genomen, ook wanneer de definitief beslechte prealabele kwestie door een administratieve instantie is beslecht. Een fundamentele voorwaarde [**Or. 10**] voor de bindende kracht van een beslissing over de prealabele kwestie voor een daarop volgende procedure is dat er sprake is van identiteit van partijen.
22. Wat GM betreft, zijn de partijen in de definitief beslechte voorafgaande procedure identiek aan die van de onderhavige administratieve strafprocedure, zodat de aanneming van bindende kracht overeenkomstig het nationale recht althans niet teniet wordt gedaan doordat er geen sprake is van identiteit van partijen. Verder is het Bundesverwaltungsgericht vooralsnog van oordeel dat aan alle voorwaarden voor bindende kracht van de onherroepelijke beslissing overeenkomstig het nationale recht is voldaan, evenwel met één uitzondering: tegen bindende kracht zou kunnen pleiten dat volgens de rechtspraak van het Verfassungsgerichtshof en het Verwaltungsgerichtshof van Oostenrijk in een administratieve strafprocedure niet kan worden aangenomen dat een buiten het kader van de strafprocedure vastgestelde definitieve beslissing ten nadele van de verdachte bindende kracht heeft, ook al is de verdachte in de strafprocedure identiek aan de partij bij de

voorafgaande administratieve procedure. Zo heeft het Verfassungsgerichtshof geoordeeld dat een regel van het nationale financiële strafprocesrecht op grond van het beginsel van een met de grondwet conforme uitlegging niet kan worden opgevat als impliciete verklaring dat een definitieve heffingsbeschikking bindende kracht heeft (VfGH 30.06.1977, B 102/75 [omissis]). Het Verfassungsgerichtshof motiveerde dit met een verwijzing naar het in artikel 6 EVRM verankerde vermoeden van onschuld, op grond waarvan het niet is toegestaan om „de vraag of de verdachte (ook maar) de objectieve feitelijke handeling heeft verricht, in een financiële strafprocedure voor een administratieve instantie [...] (geheel of ook maar gedeeltelijk) te beantwoorden door naar een definitieve heffingsbeschikking te verwijzen en de bewijslast van het tegendeel op de verdachte te leggen.” Het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof sloot zich aan bij deze uitspraak en oordeelde dat „de administratieve strafinstantie [...] onafhankelijk van een eventuele andere procedure [...] moet nagaan of de objectieve feitelijke handeling daadwerkelijk door de verdachte is verricht” en dat „een eenvoudige verwijzing naar een definitieve beschikking [...] ongrondwettig” is (VwGH 25.04.1996, 92/06/0039 [omissis]). [omissis]

23. In meer recente arresten heeft het Verwaltungsgerichtshof uitspraken gedaan waarop de overnamecommissie zich in het onderhavige geding heeft gebaseerd om haar tegengestelde opvatting te motiveren en die zij in haar bestuurlijke strafbeschikkingen heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar oordeel dat de beschikking van 22 november 2016 zowel in de [Or. 11] administratieve strafprocedure tegen GM als in de strafprocedures tegen HL en FN bindende kracht heeft, zodat in die administratieve strafprocedures niet meer hoeft te worden (of kan worden) onderzocht of de objectieve feitelijke handeling daadwerkelijk is verricht (onrechtmatigheid) en in wezen alleen nog de schuld kwestie en de straftoemeting voorwerp van een bewijsprocedure en een afzonderlijke juridische beoordeling kunnen zijn.
24. [omissis]
25. [omissis] [gedetailleerde uiteenzettingen over de nationale rechtspraak (uitlegging van uitspraken van het VwGH) die niet van belang zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen]
26. Een definitieve uitlegging van het nationale recht is voor de beantwoording van de hier gerezen vraag nog niet noodzakelijk, omdat de verwijzende rechter het nationale recht hoe dan ook in overeenstemming met het Unierecht moet uitleggen: hij zou zich uiteindelijk bij het standpunt van de overnamecommissie moeten aansluiten indien het Hof van Justitie van de Europese Unie de eerste prejudiciële vraag aldus zou beantwoorden dat reeds op grond van het [Or. 12] Unierecht in het geval van gelijkblijvende feitelijke en juridische omstandigheden dwingend van bindende kracht van de onherroepelijke beslissing moet worden uitgegaan.

VI. Toepasselijke Unierechtelijke bepalingen:

27. De overnamecommissie heeft zowel de procedure in het kader waarvan zij haar definitieve vaststellingsbeschikking van 22 november 2016 heeft gegeven, als de onderhavige administratieve strafprocedure ingeleid in uitoefening van haar taken als toezichthoudende autoriteit in de zin van richtlijn 2004/25.
28. Volgens artikel 4, lid 5, van richtlijn 2004/25 „beschikken [de toezichthoudende autoriteiten] over alle bevoegdheden die nodig zijn voor de uitoefening van hun taken [...]”. Daartoe behoort „met name de taak er zorg voor te dragen dat de partijen bij het bod de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde voorschriften naleven”. Overeenkomstig artikel 17 van richtlijn 2004/25 „bepalen [de lidstaten] de sancties voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, en treffen [zij] alle maatregelen die nodig zijn om de oplegging van die sancties te verzekeren”. Artikel 17 van de richtlijn bepaalt voorts dat de „sancties [...] doeltreffend, evenredig en afschrikkend [moeten] zijn.“
29. Hieruit volgt dat de overnamecommissie zowel in de procedure voor het geven van de beschikking waarbij formeel werd vastgesteld dat er sprake was van niet-nakoming van de verplichting om een bod uit te brengen, als in de daarop volgende administratieve strafprocedure, waarin zij op grond van dit feit sancties (namelijk administratieve boetes) heeft opgelegd, ter uitvoering van het Unierecht heeft gehandeld. Derhalve is het Handvest van de grondrechten reeds van toepassing op de eerste procedure, alsook op de onderhavige administratieve strafprocedure (zie arrest van het Hof van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punten 24 e.v.); dit geldt zowel voor de overnamecommissie als voor de verwijzende rechter die haar strafbeschikkingen aan een toetsing onderwerpt.
30. De verwijzende rechter gaat er daarom van uit dat de beginselen die in aanmerking moeten worden genomen bij procedures tot handhaving van rechten en plichten ter uitvoering van het Unierecht en het Handvest van de grondrechten van belang zijn voor de beoordeling van het hoofdgeding. Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van een Unieregeling een aangelegenheid van het nationale recht van elke lidstaat om onder meer de bevoegde administraties aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de **[Or. 13]** door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

VII. Unierechtelijk beginsel en Unierechtelijke beperking van bindende kracht:

1. Bindende kracht als voortvloeisel van het doeltreffendheidsbeginsel in het geval dat er sprake is van identiteit van partijen?

31. Het Hof heeft herhaaldelijk benadrukt dat regels die rechterlijke of administratieve beslissingen kracht van gewijsde verlenen zowel voor de rechtsorde van de Unie als voor de nationale rechtsorden belangrijk zijn, aangezien zij bijdragen aan het beginsel van rechtszekerheid, een fundamenteel beginsel van het Unierecht (zie in dit verband onder meer arresten van 16 maart 2006, Kapferer, C-234/04 [omissis], punt 20, en 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, [omissis], punt 24; zie met betrekking tot het belang van de kracht van gewijsde voor het waarborgen van zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als van een goede rechtspleging ook de arresten van het Hof van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, punt 58, en 21 juli 2016, Apple and Pear Australia, C-226/15 P, punt 51).
32. Voortvloeisel van de kracht van gewijsde is ook de bindende kracht van beslissingen van de voor een aangelegenheid in het hoofdgeding bevoegde administratieve of rechterlijke instanties. De bindende kracht is cruciaal voor de gelding van een individuele rechtshandeling in het kader van de bindende handhaving van de relevante rechtsregels van het Unierecht. Ook de bindende kracht moet bijgevolg worden beschouwd als onderdeel van het genoemde fundamentele beginsel van het Unierecht. De bindende kracht draagt bij aan de rechtszekerheid, de proceseconomie, duidelijkheid en de waarborging van de juridische (en politieke – en daarmee ook de democratische) toewijzing van verantwoordelijkheid en legitimatie van beslissingen, de eenheid van de rechtsorde, het verzekeren van de bevoegdheidsverdeling en daarmee ook de kwaliteit van de rechtshandhaving, ook en vooral bij beslissingen van geografisch, inhoudelijk of functioneel gespecialiseerde administratieve of rechterlijke instanties.
33. Het Bundesverwaltungsgericht gaat er vooralsnog van uit dat de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Verfassungsgerichtshof [omissis] en het Verwaltungsgerichtshof [omissis] ook in het geval dat er sprake is van identiteit van partijen (zoals in het onderhavige geval in de zaak GM) ertegen pleit dat kan worden aangenomen dat de beschikking van de overnamecommissie van 22 november 2016, waarbij reeds werd vastgesteld dat de verdachte de verplichting om een bod uit te brengen (en de overnamecommissie hiervan in kennis te stellen) niet was nagekomen, bindende kracht ten nadele van de verdachte heeft. Het Bundesverwaltungsgericht gaat er daarom van uit dat de betrokkene, deze rechtspraak in aanmerking genomen, ondanks de reeds onherroepelijk geworden beslissing van de [Or. 14] overnamecommissie in de onderhavige administratieve strafprocedure de beschikking heeft over alle

verweer- en bewijsmiddelen om de reeds vastgestelde niet-nakoming van de verplichting zowel rechtens als feitelijk te betwisten.

34. Het is de vraag of het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel in de weg staat aan een nationale praktijk en rechtspraak volgens welke een definitieve beslissing van een autoriteit (in dit geval de toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 4 van richtlijn 2004/25) waarbij deze het vastgestelde feit (samenwerking van de betrokkenen) op bindende wijze heeft aangemerkt als inbreuk op de ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet (meer specifiek de niet-nakoming van de verplichting om een bod uit te brengen), in een daarop volgende strafprocedure tot oplegging van een sanctie in de zin van artikel 17 van richtlijn 2004/25 niet als bindend mag worden beschouwd, ondanks de gelijkblijvende feitelijke en juridische omstandigheden en de omstandigheid dat er sprake is van identiteit van partijen (in elk geval in de zaak GM).

2. Bindende kracht als voortvloeisel van het doeltreffendheidsbeginsel ongeacht of er sprake is van identiteit van partijen?

35. Vervolgens, dat wil zeggen indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet worden nagegaan of het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat zelfs van een „uitgebreide” bindende kracht wordt uitgegaan wanneer deze aan een persoon wordt tegengeworpen die ten tijde van de voorafgaande procedure als bestuurder van een rechtspersoon fungeerde die partij was bij de afgeronde procedure en de geadresseerde was van de tot besluit van die procedure vastgestelde beschikking. In de voor het Bundesverwaltungsgericht aangevochten bestuurlijke strafbeschikkingen tegen HL en FN heeft de overnamecommissie ter onderbouwing van de aanneming van een dergelijke „uitgebreide” bindende kracht (of uitbreiding van het gezag van gewijsde) aangevoerd dat „het gezag van gewijsde kan worden uitgebreid op grond van ‚procesvertegenwoordiging’, met name tussen vennootschap en vennootschapsorganen”. Er wordt van een dergelijke uitbreiding van het gezag van gewijsde uitgegaan „wanneer de belangen van de vertegenwoordigende en de vertegenwoordigde overeenstemmen en die overeenstemming zodanig is dat de vertegenwoordigende partij zelf de gevolgen zou ondervinden indien de vertegenwoordigde partij in het ongelijk wordt gesteld”. Door verzoekers wordt deze rechtsopvatting van de overnamecommissie evenwel betwist. Zij voeren aan dat ook het Oostenrijkse burgerlijke procesrecht (waarop de overnamecommissie zich in haar uiteenzettingen kennelijk beroept) vereist dat een bestuursorgaan mede in de procedure tegen de rechtspersoon wordt betrokken opdat het vonnis ook bindende kracht heeft voor dat orgaan. [Or. 15]

3. Unierechtelijke beperking van de door het nationale recht toegekende bindende kracht?

36. Mocht het Hof een ontkennend antwoord geven op de vraag of het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat van bindende kracht wordt uitgegaan (vragen II.1 en II.2), rijst het volgende probleem:
37. Het Bundesverwaltungsgericht kan bij de huidige stand van zaken niet uitsluiten dat het (of een later aangezochte hoogste rechter) tot de conclusie komt dat de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof en het Verfassungsgerichtshof achterhaald is en niet meer van toepassing is op de huidige feitelijke en juridische situatie (vooral gezien het feit dat deze rechtspraak nog betrekking had op juridische contexten waarin het beginsel dat een beroep kan worden gedaan op de bestuursrechter of op een gerecht in de zin van artikel 6 EVRM met volledige toetsingsbevoegdheid, in het Oostenrijkse bestuursrecht nog niet algemeen was ingevoerd). Dit zou tot gevolg hebben dat de bindende kracht (ten minste in de zaak GM, maar mogelijk ook in de andere zaken) reeds op grond van het nationale recht zou moeten worden bevestigd en dat bewijsaanbiedingen en juridische argumenten van GM (en de andere partijen) in het onderhavige geding niet in aanmerking zouden kunnen worden genomen voor zover zij erop zijn gericht de met betrekking tot GM (dan wel de andere partijen) reeds definitief vastgestelde niet-nakoming te betwisten. Dit is het standpunt van de overnamecommissie. Vanuit dit oogpunt is het voor de verwijzende rechter echter de vraag of het toekennen van bindende kracht verenigbaar is met de vereisten van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten. Enerzijds had GM (en hadden de door de andere verdachten vertegenwoordigde rechtspersonen) in de voorafgaande procedure voor de overnamecommissie de gelegenheid om alle relevante bewijzen aan te dragen die hem (hun) nuttig leken, om zijn (hun) rechten te verdedigen, om aan de terechtzitting deel te nemen en ook om rechtsmiddelen tegen de beslissing aan te wenden. In de procedure hadden zij toegang tot een onafhankelijk gerecht met volledige toetsingsbevoegdheid ten aanzien van de feiten en het recht, en zulks zelfs niet alleen door beroep in te stellen, maar reeds in eerste aanleg (namelijk bij de overnamecommissie, een onafhankelijke autoriteit die als gerecht in de zin van artikel 6 EVRM kan worden aangemerkt [omissis]). In deze procedure had GM zich als partij en dus als betrokkene bij de procedure (§ 8 AVG, § 51 AVG) kunnen beroepen op het zwijgrecht op grond van de vrees voor strafrechtelijke vervolging (§ 49, lid 1, punt 1, AVG); hetzelfde geldt voor personen die als getuigen of partijen worden gehoord (zoals eventueel de andere, inmiddels beschuldigde partijen FN en HL). Dit zwijgrecht gold reeds in de oude juridische situatie ook voor een dreigende administratieve strafvervolging [omissis], wat door de wetgever in 2008 nog eens **[Or. 16]** uitdrukkelijk is geregeld (BGBI. I nr. 5/2008 [omissis]). Zo nodig had GM (en hadden de andere partijen bij de procedure) ook beroep kunnen instellen tegen een eventuele schending van procedurele rechten. Het in een dergelijke procedure openstaande (en in de aan de orde zijnde zaken ook daadwerkelijk ingestelde) beroep bij het Oberste Gerichtshof zou ook voldoen aan de voor het strafrecht relevante vereisten van artikel 2 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM,

aangezien volgens die bepaling geen nieuwe beoordeling van de feiten vereist is en een loutere rechtmatigheidstoetsing in het kader van een cassatieberoep voldoende is [omissis].

38. Anderzijds was de aan de definitieve beschikking van 22 november 2016 voorafgaande procedure voor de overnamecommissie (in tegenstelling tot de huidige administratieve strafprocedure) geen strafrechtelijke procedure, dat wil zeggen geen procedure waarin een partij als „verdachte” over bijzondere rechten beschikt, waarin in voorschriften is voorzien met betrekking tot alle voor een strafprocedure vereiste waarborgen (zoals in gevallen waarin het [Verwaltungsstrafgesetz] – VStG van toepassing is), en waarin het vermoeden van onschuld geldt. Tegen de achtergrond van deze mogelijke bezwaren tegen een nationale praktijk zoals die onder meer in de bestuurlijke strafbeschikking van de overnamecommissie tegen GM is gehanteerd, heeft de verwijzende rechter de derde prejudiciële vraag (II.3) geformuleerd. Deze bezwaren wegen nog zwaarder wanneer het niet om identieke partijen gaat (dus bij de „uitbreiding” van de kracht van de beslissing die enkel betrekking had op de rechtspersoon, tot het bestuursorgaan dat de rechtspersoon vertegenwoordigt), dus in het geval van verzoekers FN en HL. Om die reden is de aanvullende prejudiciële vraag II.4 gesteld.
39. Voor de procedures van verzoekers onder 3 en 5 heeft de onderhavige verwijzingsprocedure een prejudicieel karakter, omdat de gestelde aansprakelijkheid voor de aan verzoekers onder 1 (FN) en 4 (HL) opgelegde boetes afhangt van de uitkomst van de door die twee verzoekers aanhangig gemaakte gedingen.

[omissis] Geen mogelijkheid tot „Revision”:

40. [omissis] **[Or. 17]** [omissis]

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Afdeling W230, 16 augustus 2018

[omissis]

[omissis]	[omissis]	[omissis]
	[omissis]	[omissis]
	[omissis]	[omissis]
	[omissis]	[omissis]
[omissis]	[omissis]	

[omissis]

[omissis]