



## Raccolta della giurisprudenza

### CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

MICHAL BOBEK

presentate il 18 marzo 2021<sup>1</sup>

**Causa C-546/18**

**FN,**

**GM,**

**Adler Real Estate AG,**

**HL,**

**Petrus Advisers LLP**

**Intervenienti:**

**Übernahmekommission**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria)]

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Carattere definitivo delle decisioni adottate in esito a procedimenti amministrativi – Direttiva 2004/25/CE – Interpretazione conforme al diritto dell'Unione»

### **I. Introduzione**

1. Il contesto della presente causa è costituito da due procedimenti distinti avviati dall'Übernahmekommission (commissione per le offerte pubbliche d'acquisto, Austria). Il primo procedimento (preliminare) ha constatato i fatti (oggettivi) di una violazione delle norme relative alle offerte pubbliche di acquisto obbligatorie. In forza delle norme processuali austriache, una volta divenute definitive le conclusioni del procedimento preliminare, il secondo procedimento (per illecito amministrativo) è vincolato a tali accertamenti oggettivi per quanto concerne la valutazione se siano soddisfatti anche i criteri (soggettivi) della violazione contestata e l'irrogazione di sanzioni ai soggetti interessati.

2. È in tale contesto che il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria), invocando l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e la direttiva 2004/25/CE<sup>2</sup> (in prosieguo: la «direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto»), si interroga, in sostanza, sui diritti processuali che il diritto dell'Unione attribuisce alle persone che non siano parti della «prima fase» del procedimento preliminare, ma che

<sup>1</sup> Lingua originale: l'inglese.

<sup>2</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto (GU 2004, L 142, pag. 12).

possano essere esposte, a causa della rispettiva posizione che occupano nella struttura delle società parti del primo procedimento, a sanzioni loro imposte nella «seconda fase» del procedimento amministrativo.

## **II. Contesto normativo**

### **A. Diritto dell'Unione**

3. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto, gli Stati membri designano la o le autorità cui compete la vigilanza sull'offerta ai fini delle norme adottate o introdotte in base a tale direttiva. L'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva prevede quanto segue:

«Le autorità di vigilanza dispongono di tutti i poteri necessari per l'esercizio delle loro funzioni, tra cui l'obbligo di assicurarsi che le parti dell'offerta rispettino le norme adottate in applicazione della presente direttiva».

4. L'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva disciplina l'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto. Tale obbligo sorge ogniqualvolta «una persona fisica o giuridica, per effetto di propri acquisti o dell'acquisto da parte di persone che agiscono di concerto con essa, detenga titoli di una società di cui all'articolo 1, paragrafo 1, che, sommati ad una partecipazione già in suo possesso e ad una partecipazione di persone che agiscono di concerto con essa, le conferiscano, direttamente o indirettamente, diritti di voto in detta società in una percentuale tale da esercitare il controllo della stessa (...)».

5. L'articolo 17 della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto, rubricato «Sanzioni», così dispone:

«Gli Stati membri stabiliscono il regime delle sanzioni per la violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri comunicano alla Commissione entro la data stabilita all'articolo 21, paragrafo 1, le disposizioni adottate a tal fine; qualsiasi successiva modifica ad esse apportate va comunicata quanto prima».

### **B. Diritto austriaco**

6. L'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (legge generale sul procedimento amministrativo del 1991; in prosieguito: l'«AVG») disciplina i procedimenti condotti dalle autorità amministrative in Austria. L'articolo 24 del Verwaltungsstrafgesetz 1991 (legge sugli illeciti amministrativi del 1991) precisa che, salvo disposizione contraria, l'AVG si applica anche ai procedimenti per illecito amministrativo.

7. Il Bundesgesetz betreffend Übernahmegebote (legge federale concernente le offerte pubbliche di acquisto), BGBl. [Gazzetta ufficiale federale] I n. 127/1998 (in prosieguito: l'«ÜbG») disciplina gli aspetti sostanziali e procedurali dell'acquisto pubblico di azioni e di altri titoli di società quotate.

8. L'articolo 1, paragrafo 6, dell'ÜbG definisce l'espressione «che agiscono di concerto». Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, quando si constata che le parti «agiscono di concerto», le azioni o i titoli detenuti da ciascuna di esse in una società emittente vengono cumulati ai fini dell'applicazione degli articoli da 22 a 22b dell'ÜbG.

9. L'articolo 22 dell'ÜbG concerne l'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto. Tale obbligo incombe «a chiunque ottenga, direttamente o indirettamente, una quota di controllo in una società emittente», entro il termine di 20 giorni di borsa aperta. L'articolo 22a estende tale obbligo di offerta pubblica di acquisto anche alle parti che agiscono di concerto all'atto dell'acquisizione di una «quota di controllo».

10. L'articolo 30, paragrafo 2, dell'ÜbG precisa che l'AVG si applica ai procedimenti avviati dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto.

### **III. Fatti, procedimento nazionale e questioni pregiudiziali**

11. Il 22 novembre 2016 la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha adottato una decisione (in prosieguito: la «decisione preliminare») nei confronti della Adler Real Estate AG (in prosieguito: la «Adler»), della Mountain Peak Trading LLP (in prosieguito: la «Mountain Peak»), della Westgrund AG (in prosieguito: la «Westgrund»), della Petrus Advisers LLP (in prosieguito: la «Petrus») e di GM (persona fisica). Tale decisione è stata adottata nell'ambito del procedimento concernente l'acquisizione di una «partecipazione di controllo» in azioni con diritto di voto pari al 31,36% del capitale della Conwert Immobilien SE (in prosieguito: la «Conwert») e la relativa violazione dell'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto.

12. Nell'ambito del procedimento preliminare, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha constatato che, con imputazione reciproca dei diritti di voto ex articolo 23, paragrafo 1, dell'ÜbG, veniva raggiunta una quota di controllo ai sensi dell'articolo 22 dell'ÜbG. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha ritenuto che tale soglia era stata raggiunta sulla base dei criteri di cumulo previsti per le «persone giuridiche che agiscono di concerto» dall'articolo 1, paragrafo 6, dell'ÜbG. Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, dell'ÜbG, tali diritti di voto nella Conwert avrebbero dovuto quindi essere reciprocamente imputabili alla Adler, alla Mountain Peak, alla Westgrund, alla Petrus e a GM, per la prima volta il 29 settembre 2015. In linea di principio, in forza dell'articolo 22a, punto 1, dell'ÜbG, siffatta acquisizione di una «partecipazione di controllo» da parte di «persone che agiscono di concerto» avrebbe dovuto condurre a un'offerta pubblica di acquisto della Conwert entro un periodo di 20 giorni di borsa aperta.

13. Con decisione del 1° marzo 2017, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria) ha respinto un ricorso avverso la decisione preliminare. La decisione preliminare è divenuta definitiva.

14. Successivamente, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha avviato un procedimento per illecito amministrativo nei confronti, in particolare, di GM, HL e FN (tutte persone fisiche). La responsabilità di HL e FN derivava dalle loro rispettive funzioni di membro del consiglio di amministrazione della Adler e di direttore della Petrus al momento dell'asserita violazione.

15. Il 29 gennaio 2018 la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha adottato la sua decisione nei confronti di GM (in quanto persona fisica), di HL (in qualità di membro del consiglio di amministrazione della Adler) e di FN (in qualità di direttore della Petrus) (in prosieguo: la «decisione recante sanzioni amministrative»). La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha inflitto sanzioni amministrative nei confronti di GM, HL e FN, dichiarando la responsabilità accessoria delle società rappresentate da HL e FN.

16. Per giungere a tale decisione, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha basato le proprie conclusioni di fatto sulla decisione preliminare, in particolare per quanto riguarda la conclusione principale secondo cui, sulla base di un'intesa conclusa il 29 settembre 2015, le parti interessate «hanno agito di concerto» ai sensi dell'articolo 22a dell'ÜbG. Non avendo notificato alla Commissione per le offerte pubbliche d'acquisto un'offerta di pubblica di acquisto obbligatoria entro il termine di legge di 20 giorni di borsa aperta, GM, HL e FN si erano resi colpevoli di aver violato l'articolo 22a, paragrafo 1, dell'ÜbG, in combinato disposto con l'articolo 22, paragrafo 1, dello stesso. Sulla base di tale motivo, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha irrogato ammende nei confronti GM, HL e FN, dichiarando la responsabilità accessoria della Adler e della Petrus per le ammende inflitte a HL e FN.

17. Avverso la decisione recante sanzioni amministrative sono stati proposti ricorsi dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale), giudice del rinvio. Tale giudice osserva che, secondo il diritto processuale amministrativo austriaco, una decisione preliminare definitiva di un'autorità amministrativa vincola (la stessa autorità e) anche altre autorità amministrative e giudici chiamati a pronunciarsi sulla stessa situazione di fatto e di diritto su cui sia già intervenuta una decisione preliminare definitiva. La condizione preliminare di tali effetti vincolanti è l'identità delle parti. Gli stessi effetti vincolanti si producono nei confronti dei giudici amministrativi, sempre a condizione che le parti dei due procedimenti siano le stesse.

18. Per quanto riguarda GM, il giudice del rinvio ritiene che vi sia identità delle parti ai fini dei procedimenti sottesi alla decisione preliminare e alla decisione recante sanzioni amministrative. Per quanto riguarda GM, esso ritiene altresì che tutti gli altri requisiti previsti dal diritto nazionale per la vincolatività degli effetti della decisione preliminare siano soddisfatti.

19. Per quanto riguarda HL e FN, il giudice del rinvio dubita che vi sia identità delle parti nel procedimento preliminare e nel procedimento per illecito amministrativo. Esso osserva che HL e FN non hanno partecipato al procedimento preliminare in qualità di «parti» bensì come meri rappresentanti delle società Adler (per la quale HL agiva in qualità di membro del consiglio di amministrazione) e Petrus (per la quale FN agiva in qualità di direttore). Tale qualità di «parti» di HL e FN (persone fisiche) sarebbe stata presente soltanto nel corso del procedimento per illecito amministrativo. Tuttavia, nel corso di quest'ultimo procedimento, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha ritenuto che la decisione preliminare producesse «effetti vincolanti estesi» («erweiterte Bindungswirkung») anche nei confronti di HL e FN (in quanto persone fisiche).

20. In tale contesto di fatto e di diritto, il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se gli articoli 4 e 17 della direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto – interpretati alla luce del principio di effettività sancito dal diritto dell'Unione – ostino a un'interpretazione secondo cui una decisione definitiva dell'autorità di vigilanza di cui all'articolo 4 della direttiva 2004/25/CE, con cui sia stata accertata la violazione, da parte di un determinato soggetto, di disposizioni nazionali di trasposizione della direttiva 2004/25/CE, è priva di qualsiasi effetto vincolante nell'ambito del successivo procedimento sanzionatorio amministrativo condotto dall'autorità medesima nei confronti dello stesso soggetto, cosicché quest'ultima dispone nuovamente di tutti i mezzi di difesa e di prova, in fatto ed in diritto, per contestare la violazione accertata con la decisione già divenuta definitiva.
- 2) Se gli articoli 4 e 17 della direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto – interpretati alla luce del principio di effettività sancito dal diritto dell'Unione – ostino a un'interpretazione secondo cui una decisione definitiva dell'autorità di vigilanza di cui all'articolo 4 della direttiva 2004/25/CE, con cui sia stata accertata la violazione, da parte di una determinata persona giuridica, di disposizioni nazionali di trasposizione della direttiva 2004/25/CE, è priva di qualsiasi effetto vincolante nell'ambito del successivo procedimento sanzionatorio amministrativo condotto dall'autorità medesima nei confronti dell'organo munito del potere di rappresentanza della stessa persona giuridica, cosicché detta persona (l'organo) dispone nuovamente di tutti i mezzi di difesa e di ricorso, in fatto ed in diritto, per contestare l'infrazione accertata con la decisione già divenuta definitiva.
- 3) [In caso di risposta negativa alla prima questione] Se l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti a una prassi nazionale secondo cui una decisione definitiva dell'autorità di vigilanza di cui all'articolo 4 della direttiva 2004/25/CE, con cui sia stata accertata la violazione, da parte di un determinato soggetto, di disposizioni nazionali di trasposizione della direttiva 2004/25/CE, possiede effetti vincolanti nell'ambito del successivo procedimento sanzionatorio amministrativo condotto dall'autorità medesima nei confronti dello stesso soggetto, cosicché a quest'ultima resta preclusa la possibilità di contestare, in fatto ed in diritto, la violazione accertata con la decisione già divenuta definitiva.
- 4) [In caso di risposta negativa alla seconda questione] Se l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti a una prassi nazionale secondo cui una decisione definitiva dell'autorità di vigilanza di cui all'articolo 4 della direttiva 2004/25/CE, con cui sia stata accertata la violazione, da parte di una determinata persona giuridica, di disposizioni nazionali di trasposizione della direttiva 2004/25/CE, possiede effetti vincolanti nell'ambito del successivo procedimento sanzionatorio amministrativo condotto dall'autorità medesima nei confronti dell'organo munito del potere di rappresentanza della stessa persona giuridica, cosicché a detta persona (all'organo) resta preclusa la possibilità di contestare, in fatto ed in diritto, l'infrazione accertata con la decisione già divenuta definitiva».

21. La Alder, HL, GM, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. Ad eccezione della Commissione, tali parti hanno risposto anche ai quesiti posti dalla Corte.

#### IV. Analisi

22. Le presenti conclusioni sono strutturate come segue. Inizierò con l'espone la mia interpretazione del diritto nazionale e, su tale base, proporrò una semplificazione delle questioni proposte dal giudice del rinvio (A). In seguito, illustrerò il criterio applicabile ai sensi del diritto dell'Unione (B), prima di occuparmi della presente causa (C).

##### A. Contesto (normativo nazionale) e questioni pregiudiziali

23. A prima vista, le quattro questioni formulate dal giudice del rinvio, collocate nel contesto dell'intricata rete di regole e procedure nazionali, risultano, di fatto, assai complesse. Inoltre, dette questioni sembrano di portata assai vasta, vertendo, in generale, su temi quali l'effettività del diritto dell'Unione, lo status e gli effetti vincolanti delle decisioni amministrative definitive, eventualmente accompagnati dall'obbligo di rivedere tali decisioni definitive, e i diritti fondamentali nei procedimenti che sfociano nell'irrogazione di sanzioni penali.

24. A mio avviso, la presente causa può essere trattata con un approccio molto più circoscritto. Probabilmente, è possibile fornire indicazioni utili al giudice del rinvio senza entrare nel merito di tutte le complessità del diritto nazionale, esposte in modo assai dettagliato dal giudice del rinvio, nonché degli elementi risultanti da filoni giurisprudenziali nazionali divergenti. Per quanto affascinante possa essere tale discussione, non sono certo che sia effettivamente necessaria nel contesto della presente causa. Preferisco, piuttosto, concentrarmi sul problema pratico che si pone, in particolare, sotto il profilo dei diritti della difesa e dell'accesso a un giudice dei singoli che sono sottoposti a siffatti procedimenti.

25. A tal fine, vi sono tre elementi che devono essere oggetto di discussione in via preliminare. In primo luogo, ci si chiede quale sia esattamente il problema dal punto di vista del diritto nazionale. In secondo luogo, occorre chiarire le modalità di interazione della Carta e del suo articolo 47 con la direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto, nonché il modo in cui si inseriscono nel contesto della presente causa. In terzo luogo, entrambi questi punti mi obbligano a riformulare e semplificare le questioni proposte dal giudice del rinvio, nella speranza di non perdere di vista il problema.

26. In primo luogo, ai fini della presente causa, è fondamentale comprendere due elementi del diritto amministrativo nazionale: da un lato, le norme procedurali concernenti lo svolgimento del procedimento amministrativo da parte della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto nel caso di asserite violazioni delle norme relative alle offerte pubbliche di acquisto obbligatorie; e, dall'altro, le norme processuali nazionali che conferiscono efficacia vincolante alle decisioni amministrative divenute definitive.

27. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha il potere di avviare un'indagine, in particolare, sulla questione se un detentore di titoli abbia omesso di presentare un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, dell'ÜbG, al momento dell'acquisizione di una «partecipazione di controllo» in una società emittente. Essa può procedere in tal senso anche quando un gruppo di parti «agisce di concerto» al fine dell'acquisizione di tale partecipazione<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Paragrafo 1 dell'articolo 22a dell'ÜbG.

28. Tuttavia, il procedimento si suddivide in decisioni concernenti gli elementi *oggettivi* e *soggettivi* dell'omessa presentazione di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria<sup>4</sup>. Come precisato dalle parti, queste due decisioni sono adottate separatamente, in quanto l'accertamento *oggettivo* dell'omessa presentazione di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria da parte di un soggetto viene condotto nell'ambito di un procedimento preliminare e deciso con decisione preliminare. Tuttavia, il procedimento preliminare non risolve la questione della responsabilità penale. Tale responsabilità è oggetto di una decisione successiva, volta a determinare gli elementi *soggettivi* dell'esistenza di una responsabilità amministrativa, che risulta corrispondere a una sanzione di natura penale.

29. L'eventuale *controllo giurisdizionale* di ciascuna di tali decisioni segue vie distinte. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto precisa che il procedimento preliminare e il procedimento per illecito amministrativo sono oggetto di mezzi di ricorso diversi. Il procedimento *preliminare* può essere impugnato dinanzi all'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria). Tuttavia, è stato precisato che, in tali casi, il controllo della Corte suprema è limitato alle sole questioni di diritto. Essa non può pronunciarsi su questioni di fatto. Di converso, il procedimento per illecito amministrativo può essere oggetto di ricorso dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) e, in taluni casi, anche dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo superiore, Austria). La Corte amministrativa federale è dotata di «pieni poteri giurisdizionali» ai fini del controllo, in fatto e in diritto, della decisione risultante dal procedimento per illecito amministrativo. Tuttavia, tale competenza risulta subordinata al carattere vincolante della precedente decisione adottata dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto o da un'altra autorità o organo giurisdizionale, che sia divenuta definitiva.

30. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sostiene che, per quanto concerne entrambi i mezzi di ricorso, essa opera in qualità di «organo giurisdizionale di primo grado». Pertanto, sia per quanto concerne il procedimento preliminare, sia per quanto attiene al procedimento per illecito amministrativo, vi sono almeno due organi di ricorso.

31. Il giudice del rinvio precisa che, una volta che una decisione amministrativa adottata dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sia divenuta definitiva, la commissione stessa, nonché altre autorità amministrative, sono ad essa vincolate. Inoltre, gli stessi effetti si producono anche nei confronti della Corte amministrativa federale, qualora tale giudice sia chiamato a pronunciarsi sulla stessa situazione di fatto e di diritto esaminata dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto. Pertanto, la struttura «bifase» del procedimento dinanzi alla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto implica che, in pratica, il successivo procedimento per illecito amministrativo vertente sugli elementi (soggettivi) dell'omessa presentazione di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria è vincolato agli accertamenti (oggettivi) del precedente procedimento preliminare, una volta che la decisione relativa a tale procedimento sia divenuta definitiva.

32. In sintesi, ritengo che il problema pratico sia racchiuso in tale aspetto. Ciò che è stato deciso nel «primo» procedimento preliminare vincola tutti i procedimenti successivi, sia amministrativi sia giudiziari. Inoltre, o soprattutto, tale «effetto vincolante» non si produce soltanto nei procedimenti caratterizzati dalle stesse parti (identità delle parti nei vari procedimenti)<sup>5</sup>. È decisivo il fatto che esso si produca altresì in situazioni in cui siffatta «identità» appare,

<sup>4</sup> Ai sensi degli articoli 33 e 35 dell'ÜbG.

<sup>5</sup> Come accade di regola, secondo il giudice del rinvio, ai sensi del diritto nazionale – v. supra, paragrafo 17 delle presenti conclusioni.

quantomeno, discutibile (ad esempio, quando i privati sono sanzionati a titolo personale nel corso della «seconda fase», mentre nella «prima fase» la parte formale del procedimento preliminare era la loro società).

33. In secondo luogo, nel contesto di tale sistema, il giudice del rinvio propone quattro questioni. La *prima* e la *seconda* questione vertono sulla compatibilità delle norme processuali nazionali austriache concernenti il carattere definitivo delle decisioni amministrative sotto il profilo della tutela degli effetti materiali degli articoli 4 e 17 della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto. Le due questioni si distinguono sotto il profilo dell'identità, o dell'assenza di identità delle parti nei vari procedimenti.

34. Gli articoli 4 e 17 della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto si occupano della nomina e dei poteri dell'autorità di vigilanza, nonché del regime delle sanzioni per la violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione di tale direttiva. Tuttavia, non è chiaro in che modo tali disposizioni possano di fornire indicazioni sulle questioni specifiche proposte nell'ambito del presente procedimento, e il giudice del rinvio non offre spiegazioni in proposito.

35. La *terza* e la *quarta* questione affrontano lo stesso problema, dal punto di vista della Carta. In sostanza, esse vertono sulla questione se l'articolo 47 della Carta osti a norme processuali nazionali ai sensi delle quali la decisione di un'autorità amministrativa concernente violazioni delle norme nazionali in materia di offerte pubbliche di acquisto, divenuta definitiva, vincoli detta autorità nell'ambito di un successivo procedimento per illecito (amministrativo). La terza questione mira a ottenere indicazioni in merito a detta compatibilità nel caso in cui vi sia identità delle parti nei due procedimenti condotti da tale autorità amministrativa. La quarta questione solleva lo stesso problema nel caso in cui non vi sia identità delle parti.

36. Lette congiuntamente, le quattro questioni proposte dal giudice del rinvio sembrano quindi giustapporsi, dando «piena efficacia» alla direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto nel rispetto dei diritti procedurali tutelati, in particolare, dalla Carta. Il giudice del rinvio sembra suggerire che vi sia una certa tensione tra questi due obiettivi. Infatti, esso sembra sottintendere che non si possa ottenere al contempo un'efficacia delle sanzioni e una tutela dei diritti fondamentali, bensì soltanto una delle due. Sembrerebbe emergere anche un'ulteriore premessa implicita, ai sensi della quale, affinché una sanzione sia «efficace», essa non dovrebbe essere eccessivamente inibita dai diritti delle parti.

37. Non ritengo che si tratti di una premessa valida.

38. Piuttosto, è pacifico che la normativa austriaca in materia di vigilanza sulle offerte pubbliche di acquisto, quale contenuta, in particolare, nell'ÜbG, costituisce un'attuazione della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto e, dunque, del diritto dell'Unione, ai fini dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta. Qualsiasi procedimento nazionale condotto nell'ambito della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto deve quindi essere compatibile con l'articolo 47 della Carta e con qualsiasi altro diritto garantito dal diritto dell'Unione.

39. Pertanto, il reale problema non consiste, a mio avviso, nella necessità di scegliere fra «piena efficacia» e «diritti fondamentali». La vera questione è, piuttosto, se le norme processuali austriache, come applicate e attestate nella presente causa, siano compatibili con gli articoli 4 e 17 della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta e con i diritti garantiti dal diritto dell'Unione.

40. In terzo luogo, da questo punto di vista, le quattro questioni proposte dal giudice del rinvio sono divenute due, se non una, accompagnate da due sottoquestioni. Pertanto, le questioni proposte possono, in sostanza, essere riformulate nel senso di chiedere se l'applicazione delle norme processuali nazionali, quale risulta dalla presente causa, sia compatibile con gli articoli 4 e 17 della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto, interpretati alla luce del principio del rispetto dei diritti della difesa e/o dell'articolo 47 della Carta. Tale questione generale si compone di due ulteriori sottoquestioni: una considera la situazione in cui vi sia identità delle parti nei vari procedimenti (prima e terza questione) e l'altra la situazione in cui non vi sia identità (seconda e quarta questione).

41. Dette questioni sono proposte con particolare riguardo al procedimento per illecito amministrativo. Tuttavia, come diviene evidente, tale procedimento non è all'origine del problema. Il problema sorge «a monte» e concerne la tutela di tali diritti nel corso del procedimento preliminare da parte della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto nonché il controllo limitato delle decisioni che ne risultano dinanzi alla Corte suprema, e, quindi, si trascina «a valle», nel successivo procedimento per illecito (amministrativo) e negli altri procedimenti (successivi ed eventuali).

42. Tenuto conto dell'importanza del procedimento preliminare, inizierò quindi con la seconda e con la quarta questione, nonché con la tutela dei diritti fondamentali delle parti che non hanno partecipato al procedimento preliminare e (pertanto) non hanno potuto contestare le conclusioni contenute nella decisione preliminare (C.1). Soltanto in seguito mi occuperò della prima e della terza questione e del tema dell'identità delle parti nei vari procedimenti, anche se in forma succinta (C.2). Tuttavia, prima di farlo, esporrò i criteri concernenti i diritti fondamentali applicabili alle due serie di questioni (B).

## **B. Sui requisiti del diritto dell'Unione**

### ***1. Procedimento amministrativo e diritti della difesa***

43. Il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arreca pregiudizio<sup>6</sup>. In tali circostanze, il destinatario di tale decisione deve essere posto in condizione di essere sentito e di far valere le proprie osservazioni *prima* che la stessa sia adottata<sup>7</sup>. Tali diritti sono essenziali in *qualsiasi* procedimento che possa concludersi con una decisione lesiva nei confronti dell'interessato, sia esso un procedimento civile, penale, amministrativo o di altra natura<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> V. sentenze del 22 ottobre 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, punto 38 e giurisprudenza ivi citata); del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punto 84); e del 16 ottobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>7</sup> Sentenze del 19 febbraio 2009, Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, punti 42 e 43); del 5 novembre 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, punto 47); e del 16 ottobre 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, punto 41).

<sup>8</sup> Sentenze del 14 settembre, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punto 92 e giurisprudenza ivi citata); del 5 marzo 2015, Commissione e a./Versalis e a. (C-93/13 e C-123/13 P, EU:C:2015:150, punto 94 e giurisprudenza ivi citata); e del 6 ottobre 2020, Bank Refah Kargaran/Consiglio (C-134/19 P, EU:C:2020:793, punto 56).

44. È fondamentale che le *autorità amministrative* garantiscano il rispetto dei diritti soggettivi di difesa delle parti durante lo svolgimento dei loro procedimenti<sup>9</sup>. Siffatti diritti devono essere disponibili nel momento in cui si manifesta l'esigenza della loro applicazione<sup>10</sup>. Soltanto in tal modo è possibile garantire che l'autorità in questione tenga conto di tutte le informazioni pertinenti e che la persona lesa possa correggere eventuali errori e dedurre elementi che depingono in senso contrario all'adozione di una decisione lesiva<sup>11</sup>.

## 2. *Procedimenti giudiziari e articolo 47 della Carta*

45. L'articolo 47, primo comma, della Carta disciplina il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. Le componenti chiave di tale diritto sono il principio della parità delle armi, ivi compreso il principio del contraddittorio<sup>12</sup> e il principio dell'uguaglianza processuale<sup>13</sup>. Imponendo l'obbligo di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di esporre la sua causa in condizioni che non la collochino in una posizione di netto svantaggio rispetto all'altra<sup>14</sup>, l'articolo 47 della Carta si occupa anche della tutela dei diritti della difesa<sup>15</sup>.

46. È vero che la gamma completa delle garanzie derivanti dall'articolo 6, paragrafi 2, e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «CEDU»), al quale corrispondono gli articoli 47 e 48 della Carta, si applica soltanto nell'ambito di procedimenti suscettibili di sfociare in sanzioni di natura «penale»<sup>16</sup>. Tuttavia, dalla formulazione dell'articolo 47 della Carta risulta altresì che tale disposizione non è limitata ai soli procedimenti che conducono all'irrogazione di sanzioni «penali». Infatti, essa stabilisce un nucleo di diritti che devono essere tutelati in qualsiasi procedimento giudiziario<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> V. sentenze del 26 settembre 2013, *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588, punto 83 e giurisprudenza ivi citata), e del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal* (C-161/15, EU:C:2016:175, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>10</sup> V., in tal senso, sentenze del 22 novembre 2012, *M.* (C-277/11, EU:C:2012:744, punto 90); del 16 ottobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary* (C-189/18, EU:C:2019:861, punti da 47 a 49); del 2 febbraio 2021, *Consob* (C-481/19, EU:C:2021:84, punti 42 e 44 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>11</sup> Sentenze del 21 dicembre 2011, *Francia/People's Mojahedin Organization of Iran* (C-27/09 P, EU:C:2011:853, punto 65 e giurisprudenza ivi citata); del 5 novembre 2014, *Mukarubega* (C-166/13, EU:C:2014:2336, punto 47); e del 16 ottobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary* (C-189/18, EU:C:2019:861, punto 41).

<sup>12</sup> Sentenza del 21 settembre 2010, *Svezia e a./API e Commissione* (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, punto 88 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>13</sup> Sentenza del 30 giugno 2016, *Toma e Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci* (C-205/15, EU:C:2016:499, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>14</sup> Sentenza del 17 luglio 2014, *Sánchez Morcillo e Abril García* (C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 49).

<sup>15</sup> Sentenze del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 67), e del 24 giugno 2019, *Commissione/Polonia (Indipendenza della Corte suprema)* (C-619/18, EU:C:2019:531, punto 77 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>16</sup> V., in tal senso, sentenza del 2 febbraio 2021, *Consob* (C-481/19, EU:C:2021:84, punti 42 e 43). V., altresì, Corte EDU, 10 dicembre 2020, *Edizioni del Roma Società Cooperativa A.R.L. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Italia* (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>17</sup> V., in tal senso, sentenze del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.* (C-336/19, EU:C:2020:1031, punto 56 e giurisprudenza ivi citata), nonché del 2 febbraio 2021, *Consob* (C-481/19, EU:C:2021:84, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

47. In merito alla questione se detto nucleo di diritti sia stato rispettato deve essere garantito un controllo, sia in fatto che in diritto, da parte di un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta<sup>18</sup>. Secondo la giurisprudenza, tale organo deve avere fondamento legale, carattere permanente e una giurisdizione obbligatoria, deve operare nel quadro di un procedimento contraddittorio, applicare norme giuridiche ed essere indipendente (internamente ed esternamente)<sup>19</sup>.

48. In linea di principio, affinché il controllo giurisdizionale di cui all'articolo 47 della Carta sia effettivo, tale controllo esige *pieni poteri giurisdizionali* almeno in *un grado di giudizio*<sup>20</sup>. La portata di siffatto controllo da parte di un «giudice» potrebbe essere limitata ad esempio, alle sole questioni di diritto<sup>21</sup>. Tuttavia, in tal caso, l'autorità amministrativa competente ad adottare la decisione in questione deve soddisfare, *di per sé*, tutti i requisiti di un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta<sup>22</sup>. Pertanto, in un modo o nell'altro, deve esservi almeno un organo pienamente indipendente che possa qualificarsi come «giudice» ai sensi dell'articolo 47, primo comma della Carta, e che sia legittimato a pronunciarsi sulla controversia con pieni poteri giurisdizionali, ossia tanto su elementi di diritto, quanto su elementi di fatto.

## C. Sulla presente causa

### 1. Sulla diversità delle parti nel procedimento amministrativo successivo

49. Il giudice del rinvio precisa che, nel corso del procedimento preliminare, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ha condotto un esame vertente sulla questione se si potesse (oggettivamente) ritenere che le parti del procedimento avessero «agito di concerto» al fine di acquisire una «partecipazione di controllo» nella Conwert e se ciò abbia fatto sorgere l'obbligo di procedere a un'offerta pubblica di acquisto. Nell'ambito del successivo procedimento (per illecito amministrativo), la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto si è ritenuta vincolata da tali accertamenti (oggettivi) nella determinazione degli elementi soggettivi dell'omessa presentazione di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria. Essa ha ritenuto che tali effetti vincolanti si producessero nonostante il fatto che il procedimento preliminare e il procedimento per illecito amministrativo non riguardassero le stesse parti.

50. A mio avviso, è evidente che ciò pone problemi ai sensi del diritto dell'Unione, sotto entrambi i profili appena illustrati: quello dell'esercizio dei diritti della difesa delle parti interessate (a) e quello della mancata disponibilità di un controllo da parte di un giudice dotato di «pieni poteri giurisdizionali» (b).

<sup>18</sup> V., in tal senso, sentenza dell'11 settembre 2014, CB/Commissione (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punti da 43 a 46). V., altresì, Corte EDU, 10 dicembre 2020, Edizioni del Roma Società Cooperativa A.R.L. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>19</sup> Sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punto 38 e giurisprudenza ivi citata). V. altresì, per quanto riguarda l'aspetto «interno» dell'indipendenza, sentenza del 19 novembre 2019, A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema) (C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, punto 122).

<sup>20</sup> Sentenze del 6 novembre 2012, Otis e a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punto 49), e del 16 maggio 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punti da 54 a 56 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>21</sup> V., in tal senso, sentenza del 19 settembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punto 61). V., altresì, Corte EDU, 18 gennaio 2000, Pesti e Frodl c. Austria (ECLI:CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 e giurisprudenza ivi citata), e del 22 novembre 1985, Bryan c. Regno Unito (ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

<sup>22</sup> V., in tal senso, sentenza del 19 settembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punti 61 e 62). V., altresì, Corte EDU, 27 ottobre 2009, Crompton c. Regno Unito (ECLI:CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ da 70 a 73).

**a) Sull'esercizio dei diritti della difesa**

51. HL spiega che, nel corso del procedimento preliminare, egli non ha potuto esercitare i suoi diritti della difesa poiché non è stato designato come «parte» del procedimento («Parteistellung»). Infatti, HL è stato considerato un semplice «partecipante» («Beteiligter») ai fini del procedimento preliminare. Nel diritto austriaco, tali status sono caratterizzati, a quanto pare, da diritti e garanzie procedurali diversi. Ad esempio, HL dichiara di non essere stato informato del procedimento preliminare, di non aver potuto prendere conoscenza del fascicolo, esercitare il suo diritto al silenzio e proporre ricorso avverso la decisione preliminare. Solo una volta avviato il procedimento per illecito amministrativo, HL ha potuto esercitare tali diritti, ma soltanto nell'ambito di questo secondo procedimento. Tuttavia, in quel momento, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto era già vincolata alla decisione preliminare, nel frattempo divenuta definitiva, per quanto concerne l'accertamento oggettivo del fatto che le parti avessero «agito di concerto». Pertanto, sin dall'inizio, ad HL sono stati attribuiti oggettivamente i comportamenti della Adler, in ragione della sua qualità di membro del consiglio di amministrazione di tale società, senza che egli abbia potuto esercitare i suoi diritti della difesa (propri e personali).

52. Nella sua risposta a un quesito posto dalla Corte, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sostiene che HL poteva partecipare al procedimento preliminare, beneficiava del diritto al silenzio ai sensi dell'articolo 51 dell'AVG e aveva il diritto di difendersi nel corso di tale procedimento. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto rileva altresì che, di fatto, HL è stato «personalmente» convocato all'audizione nel corso del procedimento preliminare e che vi ha presenziato, partecipandovi. Ciò significherebbe che HL ha potuto esercitare alcuni dei suoi diritti processuali soggettivi.

53. Spetta al giudice del rinvio determinare le circostanze di fatto della presente causa nonché l'attuale interpretazione del diritto nazionale, che appare, in certa misura, controversa.

54. Sulla base degli atti di causa, mi sembra che, nel corso del procedimento preliminare, HL abbia partecipato in qualità di *membro del consiglio di amministrazione* della Adler, agendo in nome e per conto di tale società, ma non a titolo personale. Infatti, nulla indica che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto abbia oggettivamente esaminato la sua responsabilità personale nell'ambito del procedimento preliminare. Oggetto di esame è stato il coinvolgimento della società. Risulta che la questione del coinvolgimento *personale* di HL si sia presentata soltanto nel corso del procedimento per illecito amministrativo.

55. Tuttavia, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sembra sostenere che, nonostante l'assenza di identità delle parti nei due procedimenti, HL avrebbe potuto esercitare i suoi diritti *personali* di difesa nel corso del procedimento preliminare, indirettamente, tramite la Adler, nel contesto della rappresentanza di detta persona giuridica in qualità di membro del consiglio di amministrazione, poiché entrambe le parti condividevano gli stessi interessi («Interessengleichlauf»).

56. Non condivido questa logica, per (almeno) due ragioni.

57. In primo luogo, non si può ignorare l'eventualità, alquanto lampante, che emerga un *conflitto di interessi* e/o una violazione degli obblighi fiduciari per quanto concerne i dirigenti di società che si trovano nella situazione descritta dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto. Invero, è ampiamente corretto supporre che, per quanto riguarda il quadro generale, tanto la società,

quanto il suo dirigente o i suoi dirigenti o gli altri membri dei suoi organi direttivi possano condividere lo stesso interesse a che la società non sia riconosciuta colpevole di violare le norme relative alle offerte pubbliche di acquisto. Tuttavia, mi chiedo se, per quanto riguarda altre questioni che potrebbero eventualmente sorgere, si possa effettivamente escludere che un dirigente della società o un membro del consiglio di amministrazione possano trovarsi in una situazione in cui dovranno scegliere tra gli interessi superiori della società e i propri interessi, in particolare in vista della conseguente responsabilità amministrativa personale dei dirigenti della società e dell'irrogazione di sanzioni di natura penale.

58. In secondo luogo, i diritti della difesa hanno carattere *soggettivo*. Secondo una giurisprudenza costante, tali diritti non possono essere trasferiti ad un'altra persona, fisica o giuridica, e certamente non possono essere esercitati per conto di un'altra persona<sup>23</sup>. È necessario che le stesse parti interessate siano in grado di esercitare efficacemente i diritti loro conferiti dal diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura del procedimento al quale sono sottoposti.

59. Pertanto, senza voler dimostrare un formalismo eccessivo, non posso condividere la premessa secondo cui una persona fisica che agisca in nome e per conto di una società (e che quindi, di regola, sia considerata agente *in vece della società*, quale rappresentante legale di una persona giuridica) sia considerata, di fatto, alla stessa stregua di una persona che agisce nel suo interesse personale e per suo conto. Ciò vale, a maggior ragione, in circostanze in cui, nel corso di tali procedimenti, gli interessi delle due persone possono divergere, se non addirittura confliggere apertamente.

60. Nel caso di specie, risulta che HL, a titolo personale, abbia potuto esercitare i *sui* diritti della difesa soltanto nel corso del procedimento per illecito amministrativo. Tuttavia, in quel momento, la decisione preliminare era già divenuta definitiva. Pertanto, essa produceva effetti vincolanti nel procedimento per illecito amministrativo per quanto concerne gli elementi «oggettivi» dell'indagine condotta dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sull'asserita violazione dell'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto. Ciò ha avuto l'effetto di pregiudicare la condotta di HL, senza che quest'ultimo abbia potuto esprimere utilmente il suo punto di vista *prima* dell'adozione di tale decisione<sup>24</sup>.

#### ***b) Impossibilità di accedere a un giudice dotato di «pieni poteri giurisdizionali»***

61. GM, HL e la Adler ritengono che, nelle circostanze del caso di specie, l'articolo 47 della Carta osti al riconoscimento dell'effetto vincolante della decisione preliminare ai fini del procedimento per illecito amministrativo. Per quanto riguarda l'articolo 47, primo comma, della Carta, tali parti sostengono che, alla luce del controllo giurisdizionale limitato di cui dispone la Corte suprema, il riconoscimento dell'effetto vincolante della decisione preliminare, una volta divenuta definitiva, nell'ambito del successivo procedimento per illecito amministrativo e dei procedimenti giurisdizionali dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) comporti una violazione del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva derivante dalla Carta.

62. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto si oppone a tali tesi. Essa sostiene che le garanzie procedurali sottese sia al procedimento preliminare, sia al procedimento per illecito amministrativo sono tali per cui le decisioni che ne derivano sono adottate da un «giudice»

<sup>23</sup> V., ad esempio, sentenze del 9 giugno 2011, *Evropaïki Dynamiki*/BCE (C-401/09 P, EU:C:2011:370, punto 49), e del 10 settembre 2015, *Fliesen-Zentrum Deutschland* (C-687/13, EU:C:2015:573, punto 73). V. altresì, più recentemente, sentenza del 19 settembre 2019, *Zhejiang India Pipeline Industry/Commissione* (T-228/17, EU:T:2019:619, punto 36).

<sup>24</sup> Sentenza del 5 novembre 2014, *Mukarubega* (C-166/13, EU:C:2014:2336, punti 46 e 47 nonché giurisprudenza ivi citata).

indipendente e imparziale ai sensi dell'articolo 47 della Carta. Dato che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto agisce, in entrambi i casi, come «giudice di primo grado», limitando il criterio di controllo della Corte suprema alle sole questioni di diritto, il suo operato è compatibile con l'articolo 47 della Carta.

63. La logica dei requisiti di cui all'articolo 47, primo comma, della Carta implica una duplice valutazione<sup>25</sup>. In primo luogo occorre valutare se, di fatto, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto si qualifichi, come da essa sostenuto, come un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta (1). In secondo luogo, in caso contrario, occorre stabilire se le sue decisioni siano soggette al controllo di un giudice dotato di «pieni poteri giurisdizionali» (2).

*1) Se la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sia un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta*

64. Una delle condizioni cumulative richieste a un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta, è che si tratti di un'autorità «indipendente»<sup>26</sup>. Ciò ne garantisce l'equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima<sup>27</sup>. In altri termini, l'organo in questione non può agire come parte in causa, in violazione del principio «nemo iudex in sua causa»<sup>28</sup>.

65. Senza che sia necessario esaminare tutti i requisiti necessari al fine di soddisfare i criteri di un «giudice», quali richiesti dall'articolo 47 della Carta, risulta che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto non soddisfa il criterio legato all'«indipendenza».

66. In risposta a un quesito posto dalla Corte, GM osserva che, in forza dell'articolo 29, paragrafo 1, dell'ÜbG, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto è responsabile per l'attuazione dell'ÜbG e, pertanto, le sono state attribuite ampie competenze ex officio, ivi compreso il potere di avviare un procedimento preliminare e un procedimento per illecito amministrativo. Nell'ambito di tali procedimenti, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto decide essa stessa sulla portata e sull'oggetto del procedimento e ne conduce la fase istruttoria. Fatta salva la conferma da parte del giudice del rinvio, dall'articolo 33, paragrafo 4, dell'ÜbG risulta che, nell'ambito di un procedimento avviato sulla base di una domanda motivata, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto è l'unico organo competente a decidere se continuare o meno il procedimento, anche nel caso in cui detta domanda sia successivamente ritirata.

67. Così, in sostanza, la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sembra rivestire, in forza del diritto nazionale, vari ruoli: organo istruttorio, inquirente, e «giudice». Nulla indica che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto operi, internamente, sulla base di una rigida separazione funzionale tra, da un lato, i servizi di tale autorità incaricati dell'istruttoria e dell'adozione di decisioni nell'ambito dell'attuazione della direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto e, dall'altro, l'organo che si pronuncia sui ricorsi presentati contro le decisioni adottate da tali servizi<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Descritta supra, al paragrafo 48 delle presenti conclusioni.

<sup>26</sup> V. supra, paragrafo 47 delle presenti conclusioni.

<sup>27</sup> V., ad esempio, sentenza del 22 dicembre 2010, RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, punti da 38 a 40 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>28</sup> V., in tal senso, sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, punto 62 e giurisprudenza ivi citata). V., altresì, Corte EDU, 10 dicembre 2020, Edizioni del Roma Società Cooperativa A.R.L. e Edizioni del Roma S.R.L. c. Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

<sup>29</sup> V. sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, punti da 72 a 77).

68. Infatti, risulta che, nel procedimento giudiziario successivo, vertente sulla contestazione del procedimento preliminare o per illecito amministrativo della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto, tale commissione agisce in qualità di resistente, in difesa delle sue decisioni dinanzi al giudice austriaco competente<sup>30</sup>. Pertanto, essa non agisce come parte terza imparziale accanto al presunto contravventore, da un lato, e all'autorità amministrativa competente per il controllo del rispetto delle norme in materia di offerte pubbliche di acquisto, dall'altro.

69. Naturalmente, la decisione su tutti questi elementi spetta al giudice del rinvio. Tuttavia, alla luce delle risposte fornite alla Corte, e per le ragioni esposte ai paragrafi precedenti delle presenti conclusioni, non sono convinto che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto soddisfi i criteri di un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta. Desidero sottolineare che una siffatta conclusione provvisoria, che, lo ribadisco, spetta soltanto al giudice del rinvio, non rimette affatto in discussione la circostanza che talune autorità amministrative nazionali godano di un elevato livello di indipendenza e possiedano un alto grado di perizia nei rispettivi settori di attività.

70. Tuttavia, siffatto elemento non è ciò che rende «indipendente» un giudice. Un giudice indipendente ai sensi dell'articolo 47, primo comma, della Carta è caratterizzato dalla un'indipendenza totale, tanto «interna» quanto «esterna». Si tratta di un *terzo* indipendente rispetto a entrambe le parti interessate. In tale logica, sezioni incaricate dell'adozione di decisioni e facenti parte di un'autorità amministrativa, e persino sezioni funzionalmente indipendenti competenti a pronunciarsi sui ricorsi e facenti parte di un'autorità amministrativa continuano ad essere inquadrabili più nella pubblica amministrazione che nel potere giudiziario<sup>31</sup>.

71. Poiché sembra che la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto non sia un «giudice» ai sensi dell'articolo 47, primo comma, della Carta, la questione diviene, quindi, quella di stabilire se, nella presente causa, i giudici nazionali competenti conservino «pieni poteri giurisdizionali» ai fini del controllo delle decisioni della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto.

## 2) Se vi sia un controllo ad opera di un giudice dotato di «pieni poteri giurisdizionali»

72. Il controllo giurisdizionale delle decisioni della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto sembra variare a seconda del procedimento di cui trattasi. Da un lato, le conclusioni risultanti dal procedimento *preliminare* possono essere oggetto di ricorso dinanzi alla Corte suprema. Il controllo di tale Corte si limita alle sole questioni di diritto<sup>32</sup>. Non risulta, dunque, che tale giudice sia dotato di «pieni poteri giurisdizionali» al fine di pronunciarsi su questioni di fatto<sup>33</sup>. Dall'altro, le conclusioni risultanti dal procedimento *per illecito amministrativo* possono essere oggetto di ricorso dinanzi la Corte amministrativa federale (che, nel caso di specie, è lo stesso giudice del rinvio)<sup>34</sup>. Tale giudice risulta dotato di «pieni poteri giurisdizionali» ai fini del controllo, in diritto e in fatto, degli accertamenti operati dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto.

<sup>30</sup> Ibidem, punto 42.

<sup>31</sup> V., ad esempio, per analogia, nella giurisprudenza relativa alla ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalle varie sezioni (di controllo o quasi giurisdizionali) di organi dell'amministrazione pubblica, sentenze del 31 maggio 2005, Syfait e a. (C-53/03, EU:C:2005:333, punti da 31 a 37), o del 30 maggio 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punti da 34 a 38).

<sup>32</sup> V., più in dettaglio, paragrafo 29 delle presenti conclusioni.

<sup>33</sup> V., al riguardo, articolo 30a, paragrafi 1 e 2 dell'ÜbG. Di converso, v., ad esempio, il procedimento di controllo previsto dal diritto tedesco per le decisioni del Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Autorità federale di vigilanza finanziaria, Germania), che consente un controllo in diritto e in fatto. V. articolo 48 del Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (legge tedesca sull'acquisto di titoli e sulle offerte pubbliche di acquisto).

<sup>34</sup> Articolo 35, paragrafo 3, dell'ÜbG.

73. Tuttavia, il giudice del rinvio precisa di non essere dotato, in pratica, di «pieni poteri giurisdizionali», non potendo esercitare un controllo sulla decisione preliminare della commissione per le offerte pubbliche d'acquisto. Esso osserva che, a causa degli ampi effetti vincolanti che le norme processuali austriache attribuiscono alle decisioni amministrative definitive, il giudice del rinvio è vincolato alle conclusioni (divenute definitive) raggiunte dalla commissione per le offerte pubbliche d'acquisto nella decisione preliminare, e non può sindacarle.

74. In sintesi, il diritto nazionale istituisce un sistema in cui la commissione per le offerte pubbliche d'acquisto, che (i) non soddisfa i requisiti di «giudice», adotta una decisione che (ii) non può essere oggetto di un controllo completo da parte della Corte suprema e che (iii) dopo aver acquisito carattere definitivo, (iv) vincola non soltanto la stessa commissione per le offerte pubbliche d'acquisto nell'ambito di futuri procedimenti caratterizzati da identità delle parti (concetto interpretato in modo assai estensivo da tale organo), ma anche (v) qualsiasi giudice di regola competente a esercitare un controllo su tali procedimenti.

75. Se ciò fosse vero, si tratterebbe, a mio avviso, di una situazione in contrasto con l'articolo 47 della Carta e con il requisito di una tutela giurisdizionale effettiva.

76. Desidero sottolineare che tale incompatibilità sorge per quanto concerne *tutti i partecipanti* al «primo» procedimento preliminare, poiché non risulta che vi sia un «giudice» dotato di pieni poteri giurisdizionali, come richiesto dall'articolo 47, primo comma, della Carta. A questo primo problema se ne aggiunge un *altro* per quanto concerne la specifica situazione delle parti che non hanno partecipato al primo procedimento preliminare.

## **2. Identità delle parti nei procedimenti successivi**

77. GM sostiene che, pur avendo partecipato in qualità di «parte» al procedimento preliminare, egli non è stato informato del fatto che tale procedimento avrebbe potuto sfociare nell'irrogazione di una sanzione «penale» in forza del procedimento per illecito amministrativo. Egli rileva altresì che, nel corso del procedimento preliminare, non gli è stato riconosciuto il diritto al silenzio.

78. La commissione per le offerte pubbliche d'acquisto ritiene che tutti i diritti fondamentali di GM siano stati rispettati nel corso del procedimento preliminare e del procedimento per illecito amministrativo.

79. Pur spettando al giudice del rinvio accertare tali circostanze, la conclusione, ai fini della tutela dei diritti fondamentali di GM, è la stessa evocata per quanto concerne la posizione specifica di HL e della Adler. In un certo senso, il problema che si pone nella prima fase è *lo stesso per tutte le parti*. Semplicemente, nel caso specifico in cui vi sia identità delle parti nei vari procedimenti potrebbe non porsi il problema aggiuntivo dell'assenza dei diritti della difesa (sempre che, ben inteso, tali diritti, sorti nel corso della «prima fase», abbiano potuto essere esercitati al momento in cui si è sorta l'esigenza della loro applicazione).

80. Al di là di tale situazione, non vedo il motivo per cui, in linea di principio, non si possa fare affidamento sugli accertamenti oggettivi scaturenti da un precedente procedimento amministrativo in un procedimento amministrativo parallelo o successivo basato sugli stessi

fatti<sup>35</sup>. È prassi comune che le decisioni amministrative successive abbiano come base le conclusioni, le informazioni e persino gli elementi di prova stabiliti in decisioni precedenti o anche in decisioni di altre autorità amministrative.

81. Tuttavia, il limite di tutti questi «trasferimenti di fascicoli» consiste nel fatto che la parte interessata deve rimanere in grado di esercitare pienamente i suoi diritti della difesa nel momento in cui sorge l'esigenza della loro applicazione<sup>36</sup>. Non è accettabile che tale parte sia improvvisamente posta dinanzi a un «fait accompli» che, in sostanza, pregiudica notevolmente la sua posizione, senza che detta parte abbia avuto l'opportunità di pronunciarsi al riguardo.

82. Poiché risulta che GM era parte di entrambi i procedimenti, nei quali ha agito a titolo personale, non si pongono i problemi strutturali derivanti dall'assenza di identità delle parti nei vari procedimenti<sup>37</sup>. Spetta al giudice del rinvio stabilire se i suoi diritti della difesa siano stati rispettati nel caso concreto in entrambi i procedimenti.

### **3. Osservazione conclusiva**

83. Mi sembra necessario sottolineare che le presenti conclusioni non mettono affatto in discussione la possibilità che il diritto nazionale estenda l'efficacia vincolante delle decisioni amministrative divenute definitive ad altri procedimenti. È alquanto comune, lo ribadisco, che una decisione possa costituire la base di un'altra decisione o sia presa in considerazione in un procedimento distinto<sup>38</sup>. Molto spesso, l'efficienza amministrativa, unitamente all'eguaglianza e alla prevedibilità dell'azione amministrativa, depone a favore dell'estensione di determinati accertamenti in altri procedimenti<sup>39</sup>.

84. La questione se, e in che modo, l'ordinamento giuridico nazionale intenda riconoscere effetti vincolanti alle decisioni amministrative definitive è lasciata all'autonomia procedurale degli Stati membri. La tutela dei diritti fondamentali previsti dal diritto dell'Unione limita tale autonomia soltanto nel senso che è necessario garantire una tutela effettiva di tali diritti<sup>40</sup>.

85. È altresì chiaro che gli Stati membri non sono tenuti a istituire un sistema di decisioni amministrative nel quale la stessa autorità amministrativa soddisfi i criteri di «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta. Tuttavia, alla luce del diritto dell'Unione, quando si tratta di diritti derivanti dal diritto dell'Unione, il controllo (giurisdizionale) delle decisioni di tale amministrazione si sposta un passo «a monte», verso i giudici nazionali competenti.

86. Da questo punto di vista, tutto ciò che è stato suggerito nelle presenti conclusioni è che la combinazione specifica delle scelte istituzionali e procedurali operate dal legislatore nazionale è problematica, per due ragioni. In primo luogo, nell'ambito del procedimento preliminare, è necessario che sia concessa, prima o poi, la possibilità di contestare la decisione preliminare dinanzi a un giudice dotato di «pieni poteri giurisdizionali», nel caso in cui le parti intendano

<sup>35</sup> V. le mie conclusioni nella causa Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, paragrafo 39).

<sup>36</sup> V. supra, paragrafo 44 delle presenti conclusioni.

<sup>37</sup> V. supra, paragrafi da 54 a 60 delle presenti conclusioni.

<sup>38</sup> In materia di IVA, v., ad esempio, sentenza del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punti 68 e 90). V., altresì, le mie conclusioni nella causa Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, paragrafo 39 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>39</sup> Tuttavia, l'esigenza di efficienza amministrativa non può essere invocata come «formula magica» per limitare la tutela dei diritti fondamentali. V., in tal senso, sentenza del 30 giugno 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, punto 48).

<sup>40</sup> V., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

farlo. In secondo luogo, la tutela dei diritti (per loro natura) soggettivi non consente un'«imputazione per delega» nei vari procedimenti amministrativi, in cui i singoli si trovano in una situazione in cui la loro posizione è già stata parzialmente decisa da conclusioni concernenti il loro comportamento, raggiunte in un procedimento precedente al quale non hanno partecipato.

## **V. Conclusione**

87. Propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali proposte dal Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria) nei seguenti termini:

«Gli articoli 4 e 17 della direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con i diritti della difesa, devono essere interpretati nel senso che ostano all'applicazione di norme processuali nazionali che hanno come effetto di impedire alle parti interessate di esercitare pienamente i loro diritti della difesa nell'ambito di un successivo procedimento per illecito amministrativo diretto all'accertamento di una responsabilità soggettiva per una violazione nell'ambito della direttiva 2004/25 o che non garantiscano alle parti un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'articolo 47, primo comma, della Carta».