



Nel caso *Altice* il Tribunale dell'Unione conferma una politica giudiziaria rigorosa in materia di “*gun jumping*”

📅 02/11/2021

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 22 settembre 2021, il Tribunale dell'Unione Europea si è pronunciato nella Causa T-425/18, *Altice Europe NV contro Commissione europea*, sul ricorso

volto all'annullamento della Decisione C(2018) 2418 final¹ del 24 aprile 2018 con cui la Commissione aveva sanzionato *Altice Europe NV* ("Altice") per aver realizzato una concentrazione in violazione degli articoli 4, paragrafo 1², e

¹ Decisione C(2018) 2418 final, del 24 aprile 2018, che infligge un'ammenda per la realizzazione di una concentrazione in violazione degli articoli 4, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, Caso M.7993 - *Altice/PT Portogallo*.

² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE L 24 del 29.01.2004*. L'articolo 4 del Regolamento, intitolato "Notificazione preventiva delle concentrazioni e rinvio prima della notificazione su richiesta delle parti notificanti", al paragrafo 1 dispone: "... Le concentrazioni di dimensione comunitaria di cui al presente regolamento sono notificate alla Commissione prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo.

7, paragrafo 1³, del Regolamento 139/2004.

Questi i fatti.

In data dicembre 2014, Altice aveva concluso un contratto di acquisizione di azioni (*Share Purchase Agreement*, SPA) con Oi SA ("Oi") al fine di acquisire, tramite la sua controllata *Altice Portugal SA*, il controllo esclusivo⁴ della *PT Portugal SGPS SA* ("PT Portugal"), imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni. Poiché il perfezionamento dell'acquisizione era subordinato all'autorizzazione della Commissione, in data 25 febbraio 2015 l'operazione era stata formalmente notificata. In data 20 aprile 2015 la Commissione aveva dichiarato la concentrazione compatibile con il mercato interno fatto salvo l'adempimento degli impegni relativi, tra le altre cose, alla cessione da parte di Altice delle sue controllate *Cabovisão* e *ONI*.

A seguito dell'esame dei documenti forniti in risposta a richieste di informazioni, tuttavia, in data 11 marzo 2016 la Commissione aveva avviato un'indagine per stabilire se Altice avesse violato gli obblighi di *standstill* e di notifica ai sensi del Regolamento 139/2004. Tale indagine si era conclusa

con la Decisione C(2018) 2418 final, secondo cui Altice aveva avuto la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulla PT Portugal od aveva assunto il suo controllo prima della decisione di autorizzazione e, in alcuni riguardi, persino prima della notificazione della concentrazione in quanto i) talune clausole prodromiche alla conclusione del SPA le avevano conferito un diritto di veto, tra l'altro, sulla nomina dei dirigenti di alto livello della PT Portugal, sulle sue politiche in materia di prezzi, sulle condizioni commerciali applicate ai suoi clienti nonché sulla possibilità di concludere, porre fine o modificare un'ampia serie di contratti, ii) tali clausole erano state attuate in varie occasioni, ciò che rivelava un intervento di Altice nel funzionamento quotidiano della PT Portugal, e iii) erano intercorsi scambi di informazioni sensibili riguardanti la PT Portugal sin dalla firma del SPA.

Essendo stata sanzionata con un'ammenda pari a circa 124,5 milioni di euro per la violazione degli obblighi suddetti, Altice si era rivolta al Tribunale domandando l'annullamento della decisione della Commissione, deducendo cinque motivi di impugnazione.

Il Tribunale ha ritenuto di esaminare in primo luogo l'eccezione di illegittimità

La notificazione è ammessa anche quando le imprese interessate dimostrano alla Commissione che hanno in buona fede intenzione di concludere un accordo o, in caso di offerta pubblica, quando hanno pubblicamente annunciato che intendono procedere a tale offerta, qualora l'accordo o l'offerta previsti dovessero dar luogo ad una concentrazione di dimensione comunitaria.

Ai fini del presente regolamento il termine "concentrazione notificata" comprende anche i progetti di concentrazione notificati ai sensi del secondo comma. Ai fini dei paragrafi 4 e 5 del presente articolo, il termine "concentrazione" comprende anche i progetti di concentrazione ai sensi del secondo comma..."

³ L'articolo 7 del Regolamento 139/2004, intitolato "Sospensione della concentrazione", al paragrafo 1 dispone: "... Una concentrazione di dimensione comunitaria, quale è definita all'articolo 1, o che è destinata ad essere esaminata dalla Commissione a norma dell'articolo 4, paragrafo 5, non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione adottata a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), o dell'articolo 8, paragrafo 1 o paragrafo 2, ovvero sulla base della presunzione di cui all'articolo 10, paragrafo 6..."

⁴ L'articolo 3 del Regolamento 139/2004, intitolato "Definizione di concentrazione", al paragrafo 1 dispone: "... Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito:

a) della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure
b) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese..."



sollevata nell'ambito del quarto motivo, con il quale Altice sosteneva che l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 14, paragrafo 2, lettera a)⁵, del Regolamento 139/2004, consentendo alla Commissione di infliggere una seconda sanzione nei confronti dello stesso soggetto per lo stesso comportamento già sanzionato da un'altra norma posta a tutela del medesimo interesse giuridico, si sovrappongono nella sostanza all'articolo 7, paragrafo 1, e all'articolo 14, paragrafo 2, lettera b), dello stesso regolamento in violazione del principio del *ne bis in idem*⁶, del principio di proporzionalità⁷ e del divieto della duplicazione delle sanzioni.

Il Tribunale ha preliminarmente osservato che mentre la violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 comporta automaticamente una violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, non è necessariamente vero il contrario⁸; di talché, qualora un'impresa notifici un'operazione di concentrazione prima di realizzarla ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, una violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, è comunque possibile nel caso in cui essa attui tale concentrazione prima dell'autorizzazione della Commissione⁹. L'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 perseguono

infatti obiettivi autonomi: mentre il primo prevede un obbligo di fare, imponendo alle imprese di notificare una concentrazione prima della sua realizzazione, il secondo prevede un obbligo di non fare, impedendo a tali imprese di realizzare la concentrazione prima che la Commissione la dichiari compatibile con il mercato interno¹⁰. La violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, inoltre, è istantanea, mentre quella dell'articolo 7, paragrafo 1, è continuata e si verifica quando viene commessa la violazione del primo¹¹.

Di conseguenza, ritenere il dettato dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 14, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento 139/2004 ridondanti rispetto all'articolo 7, paragrafo 1, e all'articolo 14, paragrafo 2, lettera b), e per tale ragione illegittimi, non solo contrasterebbe con l'obiettivo del regolamento di garantire una sorveglianza efficace delle concentrazioni, e bensì priverebbe la Commissione della possibilità di stabilire una distinzione, mediante le ammende che essa infligge, tra la situazione nella quale l'impresa adempia l'obbligo di notificazione, ma violi quello di *standstill*, e quella nella quale l'impresa violi entrambi tali obblighi. Il quarto motivo è stato pertanto rigettato *in toto*.

⁵ L'articolo 14 del Regolamento 139/2004, intitolato "Ammende", al paragrafo 2 lettere a) e b) dispone: "... La Commissione può, mediante decisione, infliggere alle persone di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), o alle imprese interessate ammende fino a concorrenza del 10 % del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata, quale definita all'articolo 5, quando intenzionalmente o per negligenza:

a) omettano di notificare una concentrazione conformemente all'articolo 4 e all'articolo 22, paragrafo 3, prima della sua realizzazione, a meno che vi siano espressamente autorizzate dall'articolo 7, paragrafo 2, o mediante decisione adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 3,

b) realizzino una concentrazione violando l'articolo 7..."

⁶ L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, intitolato "Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato", dispone: "... Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge..."

⁷ L'articolo 49 della Carta, intitolato "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene", al paragrafo 3 dispone: "... Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato..."

⁸ CGUE 04.03.2020, Causa C-10/18 P, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 101; Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punti 294-295.

⁹ CGUE 04.03.2020, Causa C-10/18 P, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 102.

¹⁰ CGUE 04.03.2020, Causa C-10/18 P, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 104; Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 302.

¹¹ CGUE 04.03.2020, Causa C-10/18 P, *Marine Harvest contro Commissione*, punti 113-115; Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 353.

Il primo motivo si articola in due profili.

Con il primo profilo, Altice aveva lamentato una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, in quanto i) l'interpretazione estensiva del concetto di "realizzazione" della concentrazione nella Decisione C(2018) 2418 final, per quanto riguarda sia gli atti che si riteneva conferissero alla ricorrente la "possibilità di esercitare un'influenza determinante" sulla PT Portugal che i presunti scambi di informazioni commercialmente sensibili, ne eccedeva la portata ai sensi delle medesime disposizioni¹², ii) le informazioni sensibili scambiate non contribuivano in alcun modo né ad una modifica duratura di controllo né erano necessarie per conseguire tale obiettivo né, tantomeno, conferivano la possibilità di esercitare un'influenza determinante, e iii) la "realizzazione" di una concentrazione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 non aveva avuto luogo dato che, anche laddove essa fosse vietata, non sarebbe necessaria alcuna "dissoluzione" della stessa ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 4¹³, del medesimo regolamento.

In primo luogo, il Tribunale ha ricordato che, nell'ambito della deroga all'obbligo di *standstill* prevista dall'articolo 7,

paragrafo 2, del Regolamento 139/2004, l'acquisizione di una partecipazione che, di per sé, non conferisce il controllo ai sensi dell'articolo 3 di quest'ultimo può nondimeno rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 7¹⁴. Qualsiasi realizzazione parziale di una concentrazione, inoltre, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 7 del Regolamento 139/2004, in quanto, se ai partecipanti fosse vietato di realizzare una concentrazione mediante un'unica operazione, ma essi potessero giungere al medesimo risultato attraverso operazioni parziali successive, ciò ridurrebbe l'effetto utile del divieto, mettendo a repentaglio non solo la funzione preventiva del controllo previsto dal regolamento, e bensì anche il conseguimento dei suoi obiettivi¹⁵. Infine, contrariamente a quanto sostenuto da Altice, ogni operazione o gruppo di operazioni che determini una modifica duratura del controllo tramite la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'impresa interessata costituisce una concentrazione ai fini del Regolamento 139/2004. A parte l'ipotesi di una fusione, che comporta l'estinzione di una delle due imprese in gioco, la Commissione deve pertanto accertare se la realizzazione della concentrazione abbia prodotto la conseguenza di attribuire ad una delle imprese in

¹² Si vedano i punti 70-72 della sentenza.

¹³ L'articolo 8 del Regolamento 139/2004, intitolato "Poteri di decisione della Commissione", al paragrafo 4 dispone: "... Se la Commissione accerta che una concentrazione

a) è già stata realizzata e che tale concentrazione è stata dichiarata incompatibile con il mercato comune; o

b) è stata realizzata contravvenendo ad una condizione imposta in una decisione adottata a norma del paragrafo 2 secondo la quale, in mancanza della condizione, la concentrazione soddisferebbe il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3, o, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, non soddisferebbe i criteri di cui all'articolo 81, paragrafo 3 del trattato.

La Commissione può:

- ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o le parti del patrimonio acquisite, in modo da ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione. Qualora la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, la Commissione può prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione,

- ordinare qualsiasi altra misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione anteriore come ordinato nella sua decisione.

Nei casi rientranti nel primo comma, lettera a), le misure di cui al primo comma possono essere imposte in una decisione adottata a norma del paragrafo 3 o in una decisione distinta..."

¹⁴ Tribunale 06.07.2010, Causa T-411/07, *Aer Lingus Group contro Commissione*, punto 83.

¹⁵ CGUE 31.05.2018, Causa C-633/16, *Ernst & Young*, punto 47.

questione un potere di controllo sull'altra, che essa non deteneva in precedenza¹⁶.

In secondo luogo, per quanto riguarda gli scambi di informazioni, il Tribunale ha ricordato che è la modifica del controllo a dover essere duratura affinché vi sia una concentrazione, e non le operazioni che possono contribuirvi, in fatto o in diritto¹⁷.

In terzo luogo, Altice non aveva sufficientemente specificato l'argomento secondo cui solo le operazioni che richiedono misure di "scioglimento" ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 4, del Regolamento 139/2004 stabiliscono l'esistenza di una concentrazione. Tale articolo, inoltre, non mira a definire la nozione di concentrazione, e bensì a precisare i poteri della Commissione quando accerta l'esistenza di un'infrazione; di talché, Altice ha erroneamente sostenuto che l'esistenza di una concentrazione sarebbe dimostrata solo ove la Commissione possa ordinare alle imprese interessate di dissolvere l'operazione in questione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o parti del patrimonio acquisite, e pertanto il primo profilo del primo motivo veniva respinto.

Con il secondo profilo, Altice aveva sostenuto che l'estensione della nozione di "realizzazione" agli accordi accessori alla concentrazione e che conferivano all'acquirente la possibilità di essere consultata su determinate questioni specifiche, ma non contribuivano ad alcuna modifica del controllo su base duratura, comporterebbe la conseguenza di sanzionare situazioni non contemplate dall'articolo 4, paragrafo 1, e dall'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento

139/2004, con violazione sia del principio di legalità che della presunzione di innocenza¹⁸.

Secondo il Tribunale, tuttavia, alcune delle clausole prodromiche alla stipulazione del SPA avevano effettivamente contribuito ad una modifica del controllo su base duratura in quanto avevano consentito ad Altice di co-determinare la struttura della *governance* della PT Portugal e la stipulazione, rescissione o modificazione di determinati contratti; per tale ragione, la Decisione C(2018) 2418 final non ha esteso il concetto di "realizzazione". Inoltre, non solo Altice ha goduto di diritti procedurali che le consentivano di esercitare il diritto di difesa, e bensì, la Commissione era riuscita a pienamente dimostrare le infrazioni constatate, adducendo elementi idonei a suffragarne l'esistenza¹⁹. Di talché, anche il secondo profilo del primo motivo è stato rigettato.

Il terzo motivo si articola in tre profili, di cui il primo, a sua volta, è suddiviso in quattro sezioni.

Con la prima sezione, Altice aveva sostenuto che la Decisione C(2018) 2418 final aveva errato nel ritenere che gli accordi iniziali tra le parti non fossero accessori rispetto alla concentrazione²⁰.

Il Tribunale ha in primo luogo ricordato che, conformemente alla Comunicazione sui criteri di competenza giurisdizionale²¹, una concentrazione si configura quando la modifica del controllo dell'impresa è duratura, anche quando venga precisato determinato il periodo di validità dell'accordo. Di conseguenza, è la modifica del controllo a dover essere duratura affinché abbia

¹⁶ Tribunale 06.07.2010, Causa T-411/07, *Aer Lingus Group contro Commissione*, punto 63.

¹⁷ CGUE 31.05.2018, Causa C-633/16, *Ernst & Young*, punto 52.

¹⁸ L'articolo 48 della Carta, intitolato "Presunzione di innocenza e diritti della difesa", dispone: "... Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata.

Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato...".

¹⁹ Tribunale 13.06.2013, Causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing contro Commissione*, punto 35.

²⁰ Si vedano i punti 91-92 della decisione.

²¹ Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE C 95 del 16.04.2008*.

luogo una concentrazione, e non altre misure, come degli accordi preliminari, che possono contribuire a tale modifica attribuendo il potere di esercitare un'influenza determinante sull'impresa. In merito, inoltre, al criterio o ai criteri per determinare se delle clausole preparatorie costituiscano una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, non solo la Comunicazione sulle restrizioni accessorie²² non esclude la possibilità di utilizzare criteri diversi da quello della conservazione del valore dell'impresa ceduta, e bensì Altice non aveva presentato alcun elemento in grado di dimostrare l'esistenza, nel caso concreto, di un rischio di lesione dell'integrità commerciale della PT Portugal. Per tale ragione, la prima sezione del primo profilo è stata respinta.

Con la seconda sezione, Altice aveva sostenuto che le clausole preparatorie del SPA non le attribuivano il diritto di veto su determinate decisioni della PT Portugal.

Per quanto riguarda la clausola relativa alla nomina, alla revoca e alla modifica dei contratti di funzionari ed amministratori, nonostante il diritto di vigilare sul personale dell'impresa *target* sia giustificabile al fine di preservarne il valore nel tempo intercorrente tra la firma degli accordi ed il *closing* dell'operazione, il Tribunale ha ritenuto che un tale diritto di veto andrebbe oltre quanto a ciò necessario, in concreto consentendo all'acquirente di influenzare la politica commerciale del *target*, ciò che aveva garantito ad Altice la possibilità co-determinare la struttura dirigenziale della PT Portugal. Analogamente, l'obbligo fatto ad Oi di ottenere il consenso scritto di Altice per concludere, porre fine o modificare un'ampia gamma di contratti aveva anche per tali riguardi consentito a quest'ultima di determinare le politiche di PT Portugal ben al di là di quanto necessario per preservarne il valore

commerciale. Di conseguenza, anche la seconda sezione del primo profilo veniva rigettata.

Con la terza sezione, Altice aveva sostenuto che la Decisione C(2018) 2418 final aveva violato il principio della certezza del diritto in quanto le clausole preparatorie del SPA riflettevano la prassi della Commissione e quella consolidata globalmente in materia di concentrazioni ed acquisizioni.

Il Tribunale ha preliminarmente ricordato che il diritto alla tutela del legittimo affidamento, principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione e corollario di quello della certezza del diritto²³, si estende a qualsiasi soggetto nei cui confronti un'istituzione europea abbia fatto sorgere delle fondate aspettative²⁴. Nel caso concreto, tuttavia, la Commissione non aveva fornito ad Altice alcuna indicazione in merito alla possibilità di realizzare, anche solo parzialmente, la concentrazione. Per altro riguardo, il non aver ritenuto altre imprese responsabili di comportamenti equivalenti non poteva far sorgere in capo ad Altice un legittimo affidamento nel senso che la Commissione si sarebbe astenuta, in futuro, dal perseguire e sanzionare tali comportamenti²⁵. Anche la terza sezione del primo profilo è stata conseguentemente rigettata dal Tribunale.

Con la quarta sezione, infine, Altice aveva sostenuto che la Commissione aveva violato il principio di certezza del diritto sanzionandola per un contratto conforme alla prassi in materia di concentrazioni e acquisizioni ai sensi del Regolamento 139/2004.

Secondo il Tribunale, tuttavia, poiché l'esame di un'operazione, alla luce dei molteplici fattori che possono venire in considerazione, richiede un certo lasso di

²² Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, *GUUE C 56 del 05.03.2005*.

²³ Tribunale 05.09.2014, Causa T-471/11, *Éditions Odile Jacob contro Commissione*, punto 90.

²⁴ *Ibidem*, punto 91.

²⁵ Tribunale 08.09.2010, Causa T-29/05, *Deltafina contro Commissione*, punto 428.

tempo²⁶, la mancata reazione tempestiva da parte della Commissione non può essere interpretata come approvazione implicita della concentrazione. Altice, inoltre, aveva violato l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 a partire dal 9 dicembre 2014, di talché l'infrazione in questione era già stata commessa quando, il successivo 18 dicembre, erano iniziati i contatti con la Commissione, anche se quest'ultima era stata informata della proposta di concentrazione in data 31 ottobre 2014. Di conseguenza, anche la quarta sezione del primo profilo del terzo motivo non ha trovato accoglimento.

Con il secondo profilo del terzo motivo, Altice aveva sostenuto di non aver effettivamente esercitato alcuna influenza determinante sulla PT Portugal prima del *closing* dell'operazione, in quanto i) Oi ne aveva mantenuto il controllo esclusivo fino ad allora, ii) Altice era stata consultata solo su alcune delle questioni trattate dal consiglio di amministrazione della PT Portugal tra la firma dell'accordo e l'autorizzazione della concentrazione, ed iii) il suo coinvolgimento nei sette casi richiamati dalla Decisione C(2018) 2418 final²⁷ non costituisce prova di una realizzazione anticipata della concentrazione, in quanto si trattava di questioni che non avevano alcun legame funzionale con quest'ultima, non avevano comportato una modifica duratura del controllo della PT Portugal, il loro unico scopo era quello di mantenerne lo *status quo* durante il periodo precedente al *closing*, e in molti casi Altice si era limitata a concordare con la linea di condotta proposta dalla stessa PT Portugal o aveva semplicemente richiesto informazioni supplementari al riguardo.

Secondo il Tribunale, tuttavia, gli argomenti di Altice non possono essere condivisi.

In primo luogo, l'argomento secondo cui Oi avrebbe mantenuto il controllo esclusivo di PT Portugal fino al *closing* è privo di fondamento, in quanto dalle clausole preparatorie del SPA risulta chiaramente che Altice era stata in grado di esercitare un'influenza determinante su taluni aspetti dell'attività della PT Portugal ben prima di allora. In secondo luogo, il fatto che Altice sia stata coinvolta solo su un certo numero di questioni non basta a rimettere in discussione il fatto che tale coinvolgimento e la relativa influenza esercitata sulla PT Portugal costituissero delle infrazioni potenziali. In terzo luogo, la Commissione non aveva affermato, nella Decisione C(2018) 2418 final, che il comportamento di Altice avesse avuto un nesso funzionale con l'attuazione della concentrazione o ne costituisse un atto preparatorio, e bensì che, con il suo comportamento, essa aveva effettivamente esercitato un controllo su numerosi aspetti dell'attività di PT Portugal ben prima della decisione di autorizzazione. Anche se il quinto caso richiamato nella Decisione C(2018) 2418 final non aveva dimostrato che la concentrazione era stata realizzata prima della sua approvazione²⁸, la Commissione aveva inoltre correttamente ritenuto che, alla luce delle risultanze degli altri sei casi, Altice aveva effettivamente esercitato l'influenza determinante prima dell'adozione della decisione di autorizzazione e, in alcuni casi, addirittura prima della sua notifica, violando così l'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004.

Con il terzo profilo del terzo motivo, infine, Altice aveva sostenuto che la mera esistenza di scambi di informazioni,

²⁶ Tribunale 18.03.2008, Causa T-411/07 R, *Aer Lingus Group* contro *Commissione*, punto 94.

²⁷ Nello specifico i) una campagna promozionale di servizi mobili in abbonamento, ii) il rinnovo del contratto di distribuzione del canale sportivo della *Porto Canal*, iii) la selezione dei fornitori della rete di accesso radio, iv) un contratto di video *on demand*, v) l'inserimento di un nuovo canale televisivo, vi) le azioni da intraprendere in relazione alle quote di una rete nazionale di telecomunicazioni, e vii) un bando di gara per la fornitura di servizi e soluzioni di appalto.

²⁸ Si vedano i punti 202-205 della sentenza.

inevitabili e persino necessari nell'ambito di una trattativa di concentrazione, era insufficiente per accertare una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, o dell'articolo 7, paragrafo 1 del Regolamento 139/2004.

A giudizio del Tribunale, tale affermazione è errata sotto due profili. In primo luogo, la Commissione non aveva concluso che tali scambi di informazioni fossero sufficienti per accertare una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, o dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, e bensì che avessero contribuito a dimostrare che Altice aveva esercitato un'influenza determinante sulla PT Portugal. In secondo luogo, non si trattava di meri scambi di informazioni. Non solo, infatti, essi erano proseguiti dopo la firma del SPA, ma le parti si erano scambiate informazioni altamente sensibili sia dal punto di vista commerciale che concorrenziale, di talché Altice aveva consapevolmente avuto accesso ad informazioni altrimenti destinate a rimanere segrete. Affermando che gli scambi di informazioni avevano contribuito a dimostrare che Altice aveva esercitato un'influenza determinante sulle attività di PT Portugal, pertanto, la Commissione non aveva esteso indebitamente l'ambito di applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 ad atti che non concorrono alla realizzazione della concentrazione, di talché anche il terzo profilo del terzo motivo veniva respinto.

Con il secondo motivo, Altice aveva sostenuto di essere stata ingiustamente sanzionata per aver acquisito, prima della notifica della concentrazione e della decisione di autorizzazione della Commissione, il controllo esclusivo di PT Portugal mediante acquisto di azioni, mentre, al contrario, quest'ultima era rimasta una società interamente controllata da Oi, titolare delle azioni rappresentanti il 100% del suo capitale sociale, fino al 2 giugno 2015.

Secondo il Tribunale, tuttavia, dalle clausole preparatorie del SPA che hanno consentito ad Altice di esercitare un'azione determinante, dalla constatazione che un'influenza determinante su taluni aspetti dell'attività di PT Portugal era stata effettivamente esercitata nonché dall'esistenza di scambi di informazioni che avevano contribuito all'attuazione della concentrazione stessa, emerge come, in realtà, la Commissione abbia correttamente ritenuto che Altice aveva violato l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004. Di conseguenza, il secondo motivo veniva rigettato dal Tribunale.

Con il quinto motivo, infine, Altice aveva chiesto al Tribunale di ridurre l'importo delle ammende inflitte dalla Decisione C(2018) 2418 final, in quanto contrarie al principio di proporzionalità. Più particolarmente, secondo Altice tale importo era sproporzionato, alla luce i) delle dimensioni dell'impresa, ii) della durata dell'infrazione, e iii) del fatto che la Commissione non aveva tenuto conto dell'assoluta novità della decisione impugnata data l'assenza di un precedente specifico comparabile.

A giudizio del Tribunale, l'argomento per cui l'importo delle ammende sarebbe sproporzionato rispetto alle dimensioni dell'impresa nonché a quelle inflitte in casi precedenti deve non può essere condiviso, in quanto il fatto che in passato la Commissione abbia applicato ammende di un certo livello per determinati tipi di infrazioni non le preclude la possibilità di aumentarlo qualora ciò sia necessario per garantire il rispetto delle norme europee di concorrenza²⁹. La prassi decisionale della Commissione, pertanto, non può fungere da contesto rigido per la determinazione delle ammende in materia di concorrenza, e le decisioni relative ad altri casi hanno carattere meramente indicativo dell'esistenza eventuale di una violazione di un determinato principio, in quanto le circostanze proprie di tali casi, come i

²⁹ Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 603.

mercati, i prodotti, le imprese e i periodi di riferimento, possono differire³⁰.

Secondo il Tribunale, inoltre, la durata di un'infrazione continuata non può essere paragonata ad un'infrazione istantanea, in quanto quest'ultima non ha durata. Del pari, Altice non aveva fornito elementi atti a dimostrare la paragonabilità tra le circostanze del caso concreto e quelle passate in cui la Commissione aveva inflitto ammende³¹.

Quanto all'argomento per cui la Decisione C(2018) 2418 final sarebbe nuova nel suo genere, secondo il Tribunale, il solo fatto che, al momento in cui è stata commessa un'infrazione, le corti europee non abbiano ancora avuto la possibilità di pronunciarsi specificamente su determinati comportamenti non esclude la possibilità che un'impresa debba aspettarsi che il proprio comportamento possa essere dichiarato incompatibile con le norme in materia di concorrenza³². Quanto, infine, alla richiesta di Altice di ridurre l'importo delle sanzioni irrogate dalla Commissione, il Tribunale ha preliminarmente ricordato che le corti europee, oltre a svolgere un controllo di legittimità della sanzione, possono sostituire la propria valutazione a quella della Commissione³³ e, conseguentemente, annullare, ridurre o aumentare l'ammenda inflitta³⁴. A tal

proposito, esse sono tenute ad esaminare tutti gli argomenti in fatto e in diritto che mirino a dimostrare che l'ammenda non è commisurata alla gravità e alla durata dell'infrazione³⁵, spettando loro il compito di determinarne l'importo finale alla luce di tutte le circostanze del caso³⁶.

Nel caso concreto, Altice aveva informato la Commissione della concentrazione, di propria iniziativa, in data 31 ottobre 2014, vale a dire, ben prima della firma del SPA il 9 dicembre 2014, circostanza che deve essere presa in considerazione nel valutare la gravità della violazione dell'obbligo di notifica di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento 134/2009. Di conseguenza, poiché la Commissione era stata informata della concentrazione prima della notifica del SPA in data 25 febbraio 2015, il Tribunale ha deciso di ridurre del 10% l'importo dell'ammenda inflitta ad Altice per la violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, da Euro 62 250 000 ad Euro 56 025 000.

Per ogni altro riguardo, il Tribunale ha deciso di respingere *in toto* l'impugnazione di Altice.

Le indicazioni che si possono trarre dalla sentenza *Altice* sono nel senso di esercitare grande prudenza nella

³⁰ Tribunale 16.06.2011, Causa T-192/06, *Caffaro contro Commissione*, punto 46; CGUE 07.06.2007, Causa C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals contro Commissione*, punto 60; (see, to that effect, CGUE 21.09.2006, Causa C-167/04 P, *JCB Service contro Commissione*, punti 201 e 205).

³¹ Si vedano, tra le altre, la Decisione C(2014) 5089 final della Commissione, del 23 luglio 2014, che infligge un'ammenda per la realizzazione di una concentrazione in violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 139/2004 (caso COMP/M.7184 – *Marine Harvest/Morpol*), e la Decisione C(2009) 4416 def. della Commissione, del 10 giugno 2009, che infligge un'ammenda per un'operazione di concentrazione in violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (Caso COMP/M.4994 – *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*).

³² Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 389.

³³ L'articolo 16 del Regolamento 139/2004, intitolato "Controllo della Corte di giustizia", dispone: "... La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'articolo 229 del trattato per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione stabilisce un'ammenda o una penalità di mora; essa può sopprimere, ridurre o maggiorare l'ammenda o la penalità di mora inflitta...".

³⁴ Tribunale 26.10.2017, Causa T-704/14, *Marine Harvest contro Commissione*, punto 581.

³⁵ CGUE 16.07.2020, Causa C-606/18 P, *Nexans France e Nexans contro Commissione*, punto 97.

³⁶ CGUE 26.09.2013, Causa C-679/11 P, *Alliance One International contro Commissione*, punto 104.

gestione dei tempi delle concentrazioni, e di non fare affidamento su accorgimenti tecnico-giuridici per comprimerli, che pur validi ed ammissibili in una prospettiva privatistica e contrattuale, quasi mai reggono allo scrutinio sostanzialistico antitrust.



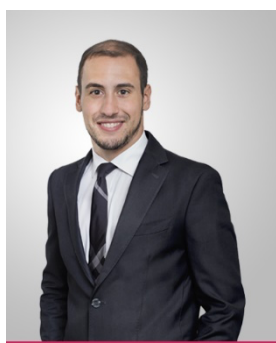
Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com

