



# Controllo delle concentrazioni e *gun jumping*. L'AG Collins si pronuncia sull'impugnazione della Altice e sugli obblighi di notifica e di *standstill*

📅 25/05/2023

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO, PROSPETTIVE

Marco Stillo

In data 27 aprile 2023, l'Avvocato Generale Collins ha reso note le sue Conclusioni nella Causa C-746/21 P, *Altice Group Lux contro Commissione*, sul ricorso con cui la *New Altice Europe BV* ("Altice") chiedeva l'annullamento della sentenza T-425/18 del Tribunale dell'Unione Europea.

Questi i fatti.

In 9 data dicembre 2014, la Altice aveva concluso un contratto di acquisizione di azioni (*Share Purchase Agreement*, SPA) con la *Oi SA* ("Oi") al fine di acquisire, tramite la sua controllata *Altice Portugal SA*, il controllo esclusivo 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 la Altice



avesse violato gli obblighi di *standstill*<sup>1</sup> e di notifica<sup>2</sup> ai sensi del Regolamento 139/2004. Tale indagine si era conclusa con la Decisione C(2018) 2418 final<sup>3</sup> del 24 aprile 2018, 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, la Altice si era rivolta al Tribunale domandando l'annullamento della decisione della Commissione. In data 22 settembre 2021, tuttavia, quest'ultimo aveva ridotto l'importo dell'ammenda per la violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 a circa 56 milioni di euro, respingendo il ricorso quanto al resto<sup>4</sup>. Di conseguenza, la Altice si era rivolta alla Corte di Giustizia deducendo sei motivi di impugnazione.

Con il primo e il secondo motivo, la Altice contestava la legittimità dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 14, paragrafo 2, lettera a)<sup>5</sup>, del Regolamento 139/2004 e la loro applicazione al caso concreto. Più particolarmente, la Altice sosteneva

---

<sup>1</sup> 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 7 del Regolamento, 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..."

<sup>2</sup> L'articolo 4 del Regolamento 139/2004, 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. 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..."

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

<sup>5</sup> 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..."

che tali articoli non consentono alla Commissione di infliggere una seconda ammenda alla stessa persona per una condotta già sanzionata ai sensi degli articoli 7, paragrafo 1, e 14, paragrafo 2, lettera b), del Regolamento 139/2004, in quanto tali disposizioni perseguono gli stessi obiettivi e pertanto violano il divieto di doppia sanzione e di concorso di leggi.

L'AG ha preliminarmente ricordato che l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 impongono obblighi diversi: mentre il primo, infatti, prevede una notificazione tempestiva, il secondo vieta una realizzazione anticipata<sup>6</sup>. Poiché, pertanto, l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 hanno obiettivi autonomi, il primo non può essere considerato ridondante alla luce del secondo. Una violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, infatti, non comporta sempre una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, di tale regolamento: se la notificazione è stata presentata in tempo utile, i partecipanti ad una concentrazione possono adottare misure per realizzarla dopo la notificazione ma prima dell'autorizzazione, di talché può essere rilevante solo l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004. Incentivare l'osservanza sia dell'obbligo di notificazione che di quello di *standstill*, consentendo l'irrogazione di ammende in caso di violazione di uno o di entrambi gli obblighi, pertanto, garantisce che le concentrazioni vengano individuate e che vengano sciolte quelle che creano problemi. Di conseguenza, il primo e il secondo motivo di impugnazione devono essere respinti.

Con il terzo motivo, la Altice sosteneva che il Tribunale i) aveva confuso la nozione di "concentrazione" di cui all'articolo 3, paragrafo 2<sup>7</sup>, del Regolamento 139/2004 e quella di "realizzazione" di cui agli articoli 4, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, dello stesso, ii) aveva errato nel ritenere che gli accordi precedenti alla conclusione costituissero una realizzazione parziale, e iii) aveva errato nel ritenere che, per essere accessori ai sensi della Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni<sup>8</sup>, gli accordi precedenti alla conclusione devono preservare il valore della società oggetto dell'operazione.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Altice, tuttavia, nelle disposizioni pertinenti del Regolamento 139/2004 non vi sono elementi che indichino che la possibilità di esercitare un'influenza determinante sia conferita solo mediante un trasferimento di azioni dell'impresa oggetto dell'operazione all'acquirente, di talché il Tribunale aveva correttamente stabilito che poteva verificarsi una modifica duratura del controllo, in quanto lo SPA conferiva alla Altice la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'impresa oggetto dell'operazione a partire dalla data della firma dello stesso. Poiché, inoltre, il Tribunale aveva operato una distinzione tra le misure che contribuiscono ad una modifica del controllo, che non devono essere durature, e la modifica stessa, che per costituire una concentrazione deve essere duratura<sup>9</sup>, è irrilevante che la Altice si sia basata sugli accordi precedenti alla conclusione per esercitare il controllo sull'impresa oggetto dell'operazione per quattro mesi e undici

---

<sup>6</sup> CGUE 04.03.2020, Causa C-10/18 P, *Marine Harvest/Commissione*, punti 103-104.

<sup>7</sup> L'articolo 3 del Regolamento 139/2004, intitolato "Definizione di concentrazione", al paragrafo 2 dispone: "... Si ha controllo in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa; trattasi in particolare di:  
a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa;  
b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa...".

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, GUUE C 56 del 05.03.2005.

<sup>9</sup> CGUE 31.05.2018, Causa C-633/16, *Ernst & Young*, punto 52.

giorni. La Altice, infine, non ha presentato elementi diretti a dimostrare che sussisteva un rischio per l'integrità commerciale dell'impresa oggetto dell'operazione anziché per il suo valore, di talché il suo argomento si basa su una lettura erronea della sentenza impugnata. Di conseguenza, il terzo motivo di impugnazione deve essere respinto.

Con il quarto motivo, la Altice sosteneva che il Tribunale aveva errato nell'esaminare gli accordi precedenti alla conclusione, che secondo la Decisione C(2018) 2418 final erano tali da conferire alla Altice diritti di veto su decisioni strategiche che incidevano sull'impresa oggetto dell'operazione, in contrasto con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale<sup>10</sup>.

Secondo l'AG, tuttavia, la locuzione "diritto di veto" è utilizzata ai punti 18 e 54 della Comunicazione per descrivere una situazione in cui i partecipanti ad un'operazione concordano sulla necessità del consenso dell'acquirente per alcune decisioni economiche che incidono sull'impresa oggetto dell'operazione. Nella misura in cui ha espressamente o implicitamente accolto l'uso di tale nozione nella Decisione C(2018) 2418 final per descrivere quanto stabilito nell'ambito degli accordi precedenti alla conclusione, pertanto, il Tribunale non aveva commesso alcun errore, di talché anche il quarto motivo di impugnazione deve essere respinto.

Con il quinto motivo, la Altice sosteneva che il Tribunale i) aveva snaturato la Decisione C(2018) 2418 final affermando che essa non aveva stabilito che gli scambi di informazioni tra la Altice e l'impresa oggetto dell'operazione avevano violato l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, ii) non aveva tenuto conto del fatto che tali scambi potevano violare l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione

Europea (TFUE), che prevede un sistema di applicazione *ex post*, e iii) non aveva spiegato in che modo gli scambi di informazioni sarebbero stati necessari per conseguire una modifica duratura del controllo o per presentare un vincolo diretto con la realizzazione della concentrazione quando la Altice aveva acquisito le azioni dell'impresa oggetto dell'operazione.

Secondo l'AG, tuttavia, la Commissione non aveva stabilito che gli scambi di informazioni tra la Altice e l'impresa oggetto dell'operazione violavano, di per sé, l'articolo 4, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, di talché il Tribunale non aveva snaturato i fatti affermando che la Commissione non aveva concluso che lo scambio di informazioni fosse di per sé sufficiente per dimostrare una violazione di tali articoli e che la stessa aveva correttamente concluso che gli scambi in questione avevano contribuito a dimostrare che la Altice aveva esercitato un'influenza determinante su taluni aspetti dell'attività dell'impresa oggetto dell'operazione. Poiché, inoltre, gli scambi di informazioni erano inerenti al funzionamento delle disposizioni relative al consenso negli accordi precedenti alla conclusione, ed erano parte integrante dell'esercizio da parte della Altice di un'influenza determinante sull'impresa oggetto dell'operazione, sarebbe illogico che la Commissione non ne tenesse conto nell'ambito della valutazione delle altre condotte previste dall'articolo 4, paragrafo 1, e dall'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004 e li valutasse invece separatamente ai sensi dell'articolo 101 TFUE. Di conseguenza, anche il quinto motivo di impugnazione deve essere respinto.

Il sesto motivo, infine, si articola in quattro parti.

Con la prima parte, la Altice sosteneva che, contrariamente a quanto constatato dal Tribunale, le violazioni degli articoli 4, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, del

---

<sup>10</sup> 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.

Regolamento 139/2004 non erano state commesse per negligenza.

L'AG ha preliminarmente ricordato che la condizione relativa alla negligenza è soddisfatta qualora l'impresa in questione non possa ignorare il carattere del proprio comportamento, a prescindere dalla sua consapevolezza di violare le norme dell'Unione<sup>11</sup>. Il fatto che un comportamento con le stesse caratteristiche non sia stato esaminato in passato, inoltre, non significa che un'impresa non possa essere ritenuta responsabile per averlo posto in essere<sup>12</sup>. Nel caso concreto, la Altice era stata informata del rischio che il suo comportamento costituisse una c.d. pratica di "gun jumping"<sup>13</sup>, ed esistono numerosi elementi di prova che suffragano la conclusione che i partecipanti alla concentrazione intendevano realizzare e, di fatto, avevano realizzato l'operazione prima della notificazione e dell'autorizzazione, ignorando esplicite indicazioni che essa avrebbe violato le norme applicabili. Di conseguenza, la prima parte del sesto motivo deve essere respinta.

Con la seconda parte, la Altice sosteneva che il Tribunale aveva violato l'articolo 296 TFUE<sup>14</sup> e l'articolo 41, paragrafo 2<sup>15</sup>, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel

concludere che la Decisione C(2018) 2418 final conteneva una motivazione sufficiente per quanto riguarda l'importo delle ammende ai sensi degli articoli 7, paragrafo 1, e 4, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004.

L'AG ha preliminarmente ricordato che la motivazione prescritta dall'articolo 296, secondo comma, TFUE deve essere adeguata alla natura dell'atto in questione e deve fare apparire in forma chiara e inequivocabile l'iter logico seguito, non dovendo necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto la valutazione del se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti in esame va risolta alla luce sia del suo tenore che del contesto in cui è stata adottata<sup>16</sup>. Nel caso concreto, l'approccio del Tribunale di esaminare congiuntamente gli elementi comuni delle infrazioni e di valutare separatamente gli elementi differenti era appropriato, e non contraddiceva la sua conclusione che la Commissione poteva infliggere due ammende. Di conseguenza, in assenza di orientamenti dettagliati sul calcolo delle ammende che definiscano la ponderazione attribuita al tipo, alla gravità e alla durata di ciascuna infrazione nonché le basi iniziali o i fattori di moltiplicazione per uno o più di essi, il Tribunale poteva riconoscere come sufficiente la motivazione della Decisione

<sup>11</sup> CGUE 10.07.2014, Causa C-295/12 P, *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, punto 156; CGUE 18.06.2013, Causa C-681/11, *Schenker & Co. e a.*, punto 37.

<sup>12</sup> CGUE 22.10.2015, Causa C-194/14 P, *AC-Treuhand/Commissione*, punto 43; CGUE 06.12.2012, Causa C-457/10 P, *AstraZeneca/Commissione*, punto 164.

<sup>13</sup> Le c.d. pratiche di *gun jumping* includono sia i casi in cui un'operazione di concentrazione viene completata senza essere stata notificata alla competente autorità di concorrenza, sia i casi in cui l'operazione, dopo esser stata correttamente notificata, viene però completata dalle parti prima dell'autorizzazione.

<sup>14</sup> L'articolo 296 TFUE dispone: "... Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità.

*Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati.*

*In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato...*

<sup>15</sup> L'articolo 41 della Carta, intitolato "Diritto ad una buona amministrazione", al paragrafo 2 dispone: "... Tale diritto comprende in particolare:

- il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio,
- il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale,
- l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni..."

<sup>16</sup> CGUE 10.03.2016, Causa C-247/14 P, *HeidelbergCement/Commissione*, punto 16.

C(2018) 2418 final su tale punto, e pertanto anche la seconda parte del sesto motivo deve essere respinta.

Con la terza parte, la Altice sosteneva che il Tribunale aveva errato nel ritenere che l'articolo 14, paragrafo 3, del Regolamento 139/2004 possa comportare l'irrogazione di due ammende distinte di importo identico per due infrazioni asseritamente autonome, nonostante esse siano diverse per tipo, gravità e durata.

Secondo l'AG, tuttavia, gli argomenti della Altice si basano su un'interpretazione errata della sentenza del Tribunale, che si era limitata ad esaminare se la motivazione della Decisione C(2018) 2418 final fosse sufficiente. I punti della sentenza impugnata che la Altice contesta, pertanto, non riguardano la validità sostanziale dei motivi esposti in tale decisione, di talché essi non possono essere impugnati sulla base del fatto che contengono un errore di diritto di tale

natura. Di conseguenza, la terza parte del sesto motivo deve essere respinta. Con la quarta parte, infine, la Altice sosteneva che l'irrogazione di un'ammenda pari a circa 62 milioni di euro per una violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004, che è la stessa infrazione sanzionata in forza dell'articolo 7, paragrafo 1, di tale regolamento, è sproporzionata. Secondo la Altice, inoltre, ciascuna delle ammende è sproporzionata, in quanto la Commissione aveva in precedenza inflitto ammende molto più basse per le violazioni degli articoli 4, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004.

Secondo l'AG, tuttavia, la giurisprudenza della Corte non suffraga la tesi della Altice secondo cui, quando nell'ambito di una stessa decisione vengono inflitte due ammende, è necessario valutare la proporzionalità di ciascuna di esse<sup>17</sup>, di talché anche la quarta parte del sesto motivo deve essere respinta e, con ciò, l'intero ricorso.

---

<sup>17</sup> CGUE 03.04.2019, Causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, punti 38-39.



**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 Sadovaya-Chernogryazskaya 8, build. 8 · 107078, Moscow, Russia  
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93  
moscow@dejalex.com