Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ANTHONY COLLINS
vom 27. April 2023[1]

Rechtssache C-746/21 P

Altice Group Lux Sàrl, vormals New Altice Europe BV, in Liquidation,
gegen

Europäische Kommission

„Rechtsmittel – Wettbewerb – Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Verordnung (EG) Nr. 139/2004 – Art. 4 Abs. 1 – Pflicht zur vorherigen Anmeldung – Art. 7 Abs. 1 – Stillhaltepflicht – Art. 14 Abs. 2 – Beschluss zur Verhängung von Geldbußen wegen unterbliebener Anmeldung und Vollzug eines Zusammenschlusses, bevor er für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt worden ist – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Verfälschung des Sachverhalts“

I. Einleitung

1. Das vorliegende Rechtsmittel betrifft den „Frühstart“ („gun jumping“) oder die Nichteinhaltung der Anmelde- und Stillhaltepflichten nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung)[2]. Nach dieser Verordnung sind fusionierende Unternehmen verpflichtet, einen Zusammenschluss, der unter die Regelung der Anmeldepflicht fällt, bei der Europäischen Kommission anzumelden. Weiter ist es ihnen nach der Verordnung untersagt, einen Zusammenschluss zu vollziehen, bevor die Kommission ihn genehmigt hat. Die Verordnung Nr. 139/2004 gibt der Kommission die Befugnis, gegen Parteien, die gegen diese Verpflichtungen verstoßen, Geldbußen zu verhängen. Die Wahrnehmung dieser Befugnis hat Anlass zu dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren gegeben.

II. Sachverhalt, Verfahren und Anträge

2. Am 9. Dezember 2014 unterzeichnete die New Altice Europe BV (im Folgenden: Altice) mit der Oi SA (im Folgenden: Veräußerer) einen Aktienkaufvertrag (Share Purchase Agreement, im Folgenden: SPA[3]), mit dem Altice die alleinige Kontrolle über PT Portugal (im Folgenden: Zielunternehmen) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 139/2004 übernehmen sollte. Dieser Vertrag enthielt einschränkende Vereinbarungen, insbesondere Art. 6

1 Originalsprache: Englisch.

2 ABl. 2004, L 24, S. 1.

3 Im angefochtenen Beschluss (definiert in Nr. 4 der vorliegenden Schlussanträge) als „Übernahmevertrag“ bezeichnet.

Abs. 1 Buchst. b, mit dem die Geschäftsführung des Zielunternehmens zwischen dem Zeitpunkt der Unterzeichnung und dem Zeitpunkt des Vollzugs geregelt werden sollte und wonach der Veräußerer sich verpflichtete, bestimmte Geschäftsaktivitäten und -entscheidungen ohne vorherige Zustimmung von Altice zu unterlassen (im Folgenden: Vereinbarungen vor dem Vollzug) [4].

3. Nach Vorab-Kontakten mit der Kommission meldete Altice den Zusammenschluss am 25. Februar 2015 förmlich an. Am 20. April 2015 erklärte die Kommission ihn vorbehaltlich bestimmter Verpflichtungszusagen für mit dem Binnenmarkt vereinbar.

4. Am 24. April 2018 erließ die Kommission den Beschluss C(2018) 2418 final in der Sache M.7993 – Altice/PT Portugal (im Folgenden: angefochtener Beschluss). Sie verhängte gegen Altice eine Geldbuße in Höhe von 62 250 000 Euro wegen des Vollzugs eines Zusammenschlusses vor seiner Genehmigung und somit eines Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 sowie in Höhe von 62 250 000 Euro wegen des Vollzugs eines Zusammenschlusses vor seiner Anmeldung, was einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung darstelle [5]. Die Kommission stellte fest, dass Altice durch die Vereinbarungen vor dem Vollzug die Möglichkeit gegeben worden sei, bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben, dass Altice diesen Einfluss tatsächlich ausgeübt habe und dass sie in diesem Zusammenhang mit dem Zielunternehmen in einen fortgesetzten Informationsaustausch eingetreten sei [6].

5. Altice erhob Klage auf Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses. Mit Urteil vom 22. September 2021 [7] setzte das Gericht in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung die Geldbuße wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 auf 56 025 000 Euro herab. Im Übrigen wies es die Klage ab. Die Vorgeschichte der Klage wird in den Rn. 1 bis 29 des angefochtenen Urteils näher dargestellt.

6. Mit ihrem Rechtsmittel beantragt Altice im Verfahren vor dem Gerichtshof,

– das angefochtene Urteil aufzuheben sowie die Art. 1, 2, 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses für nichtig zu erklären, hilfsweise, die in den Art. 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses in der durch das Gericht geänderten Fassung verhängten Geldbußen in Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung erheblich herabzusetzen, äußerst hilfsweise, die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückzuverweisen;

– ihre Kosten, sowohl des vorliegenden Verfahrens als auch des Verfahrens vor dem Gericht, der Kommission aufzuerlegen.

7. Die Kommission beantragt,

– das Rechtsmittel zurückzuweisen;

– Altice ihre Kosten aufzuerlegen.

8. Der Rat, der nur zum ersten Rechtsmittelgrund Stellung genommen hat, beantragt,

[4] Vgl. zu weiteren Einzelheiten Erwägungsgründe 58 bis 66 des angefochtenen Beschlusses.

[5] Art. 1 bis 4 des angefochtenen Beschlusses.

[6] Erwägungsgründe 479 bis 491 des angefochtenen Beschlusses.

[7] Urteil vom 22. September 2021, Altice Europe/Kommission (T-425/18, EU:T:2021:607) (im Folgenden: angefochtenes Urteil).

– den ersten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen;

– Altice seine Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

III. Rechtsmittelgründe

9. Die sechs Rechtsmittelgründe lassen sich in drei Kategorien einteilen. Mit dem ersten und dem zweiten Rechtsmittelgrund werden die Rechtmäßigkeit und Anwendbarkeit der Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 in Frage gestellt sowie ihre Anwendung auf den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache gerügt. Der dritte, der vierte und der fünfte Rechtsmittelgrund betreffen die Frage, ob Altice den Zusammenschluss vollzogen hatte. Mit dem sechsten Rechtsmittelgrund wird die Höhe der von der Kommission festgesetzten Geldbußen beanstandet.

A. Erster und zweiter Rechtsmittelgrund: Rechtmäßigkeit und Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004

1. Zusammenfassung des Vorbringens

10. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund macht Altice geltend, dass das Gericht ihren auf Art. 277 AEUV gestützten Klagegrund, mit dem die Anwendbarkeit der Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 wegen ihrer Rechtswidrigkeit beanstandet worden sei, zu Unrecht zurückgewiesen habe.

11. Der Kommission sei nach den Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 nicht erlaubt, gegen dieselbe Person eine zweite Geldbuße wegen einer Tat zu verhängen, die bereits nach den Art. 7 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung geahndet worden sei. Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 seien unverhältnismäßig und redundant und daher rechtswidrig, da Art. 7 Abs. 1 jeden vorzeitigen Vollzug eines Zusammenschlusses verbiete und dasselbe Ziel verfolge wie Art. 4 Abs. 1. Diese Anomalie gehe auf die Reform der Verordnung Nr. 139/2004 zurück. In seiner früheren Fassung habe Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 eine Anmeldepflicht vorgesehen, während er in seiner jetzigen Fassung eine Stillhaltepflicht enthalte.

12. Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund macht Altice geltend, dass das Gericht, selbst wenn ihr Einwand nach Art. 277 AEUV erfolglos bliebe, fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die Kommission unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache gesonderte Geldbußen für Zuwiderhandlungen gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verhängen könne. Sie stützt sich auf dieselben Argumente wie im Rahmen ihres ersten Rechtsmittelgrundes, nämlich dass diese Bestimmungen dieselben Ziele verfolgten und daher gegen das Verbot der Doppelbestrafung und die Normenkonkurrenz verstießen. Hilfsweise, falls der Gerichtshof der Auffassung sein sollte, dass Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 eigenständige Ziele verfolgten, stehe der Grundsatz des Zusammentreffens von Zuwiderhandlungen der Verhängung zweier gesonderter Geldbußen nach der Verordnung entgegen. Vor diesem Hintergrund hätte das Gericht auch die Verhältnismäßigkeit der Geldbußen prüfen müssen.

13. Die Kommission und der Rat widersprechen diesem Vorbringen.

2. Würdigung

14. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen[8], der früheren Fassung der Verordnung Nr. 139/2004, waren Zusammenschlüsse innerhalb einer Woche nach dem Vertragsabschluss oder der Ankündigung des öffentlichen Übernahmeangebots oder des Erwerbs einer kontrollierenden Beteiligung anzumelden. Diese Frist begann mit der ersten der vorgenannten Handlungen. Nach Art. 7 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 4064/89 durfte ein Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch während der darauffolgenden drei Wochen vollzogen werden; dieses Verbot konnte verlängert werden. Nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 4064/89 war die Kommission befugt, Geldbußen in Höhe von 1 000 Ecu (European Currency Unit, im Folgenden: Ecu) bis 50 000 Ecu festzusetzen, wenn die Parteien die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach Art. 4 der Verordnung unterlassen hatten. Nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 4064/89 konnte die Kommission bei Verstößen gegen Art. 7 Abs. 1 oder 2 dieser Verordnung Geldbußen in Höhe von bis zu 10 v. H. des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes festsetzen.

15. Die Verordnung Nr. 139/2004 enthält eine Anmelde- und eine Stillhalte- (oder Nichtdurchführungs-) Pflicht, die sich von denjenigen der früheren Fassung in den folgenden wesentlichen Punkten unterscheiden. Nach Art. 4 („Vorherige Anmeldung von Zusammenschlüssen und Verweisung vor der Anmeldung auf Antrag der Anmelder“) Abs. 1 entsteht die Anmeldepflicht mit dem Abschluss des betreffenden Vertrags (oder der Veröffentlichung des Übernahmeangebots), aber vor Beginn des Vollzugs. Nach Art. 7 („Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen“) Abs. 1 darf ein Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt worden ist. Nach Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 kann die Kommission wegen der Nichtanmeldung eines Zusammenschlusses und seines vorzeitigen Vollzugs Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des Gesamtumsatzes festsetzen[9].

16. Entgegen dem Vorbringen von Altice entsprechen die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 139/2004 in wesentlichen Punkten denjenigen der früheren Fassung: Sie unterscheiden zwischen der Pflicht zur Anmeldung und der Pflicht, den Zusammenschluss nicht zu vollziehen, und lassen die Verhängung von Geldbußen für Verstöße gegen jede dieser Pflichten zu. Die Unterschiede zwischen den beiden Fassungen lassen meines Erachtens keine Rückschlüsse auf die Auslegung der Verordnung Nr. 139/2004 zu, die die von Altice vertretene Ansicht stützen könnten.

17. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 entsteht die Anmeldepflicht i) nach Abschluss des Vertrags und ii) vor Vollzug des Zusammenschlusses. Diese Bestimmung schreibt eine Stillhaltepflicht *per se* nicht vor. Ihre Überschrift und ihr Wortlaut konzentrieren sich auf die Anmeldepflicht, ein Verfahrenserfordernis, das greift, sobald die beiden vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind. Innerhalb einer dreijährigen Verjährungsfrist[10] kann die Kommission nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 Geldbußen festsetzen, wenn sie einen Verstoß gegen diese Bestimmung feststellt. Die Kommission muss den Sachverhalt prüfen, um u. a. festzustellen, ob, wann und wie ein Vollzug stattgefunden hat, da dies zu den

[8] ABl. 1989, L 395, S. 1.

[9] Die Verordnung Nr. 139/2004 sieht verschiedene Abweichungen und Ausnahmen von den Anmelde- und Stillhaltepflichten vor, die für das vorliegende Rechtsmittelverfahren nicht relevant sind.

[10] Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. 1974, L 319, S. 1).

Voraussetzungen gehört, die für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 maßgebend sind. Die andere Voraussetzung ist der Abschluss des betreffenden Vertrags.

18. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 konzentriert sich auf die Verpflichtung zum Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen. Nach dieser Vorschrift dürfen die Parteien einen Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch so lange vollziehen, bis er für vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt worden ist. Innerhalb einer fünfjährigen Verjährungsfrist [11] kann die Kommission nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 139/2004 für Verstöße gegen dieses Verbot Geldbußen festsetzen. Die Kommission muss den Sachverhalt prüfen, um festzustellen, ob und wann der Zusammenschluss vollzogen wurde. Der Umfang und die Dauer des Vollzugs sind maßgebende Faktoren für die Festsetzung der Höhe einer etwaig wegen einer Missachtung dieser Verpflichtung festzusetzenden Geldbuße [12]. Im Rahmen eines Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 ist der Abschluss eines Vertrags nicht notwendigerweise maßgebend, da er für diese Bestimmung keine förmliche Voraussetzung ist [13].

19. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass Art. 14 Abs. 2 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 139/2004 die Möglichkeit vorsieht, getrennte Geldbußen zu verhängen, wenn durch den Vollzug eines Zusammenschlusses vor seiner Anmeldung gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 gleichzeitig verstoßen wird [14]. Wenn die Kommission den Verdacht hat, dass Beteiligte i) einen Zusammenschluss nicht rechtzeitig angemeldet und ii) ihn vor der Genehmigung vollzogen haben, wird es wahrscheinlich eine Überschneidung zwischen den tatsächlichen Umständen geben, die sie zu Ziff. i) und zu Ziff. ii) zu ermitteln hat, nämlich die Art und die Zeitpunkte der Schritte, die die Beteiligten ergriffen haben und in denen möglicherweise ein Vollzug zu sehen ist [15].

20. Wie in den Rn. 56, 57, 60, 63 und 64 des angefochtenen Urteils unter Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs meines Erachtens zutreffend ausgeführt, stellen die Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 unterschiedliche Verpflichtungen auf, nämlich im ersten Fall das Gebot der rechtzeitigen Anmeldung und im zweiten Fall das Verbot des vorzeitigen Vollzugs; sie haben daher eigenständige Ziele [16]. Sie beziehen sich auf unterschiedliche Taten, wenngleich das Vorliegen dieser Taten in bestimmten Fällen anhand derselben Tatsachen festgestellt werden mag.

21. Da Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 eigenständige Ziele haben, kann die erstgenannte Vorschrift im Licht der letztgenannten Vorschrift nicht als redundant angesehen werden. Wie in den Rn. 54 und 55 des angefochtenen Urteils unter Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgeführt [17], führt ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 der

[11] Ebd.

[12] 595. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses.

[13] Dies bedeutet nicht, dass die Bedingungen des Vertrags nicht berücksichtigt werden können, wenn sie für die Beurteilung der Frage von Bedeutung sind, ob ein Vollzug stattgefunden hat.

[14] Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 106).

[15] Vgl. z. B. den 490. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses, wo die Kommission sich für die Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen die Verpflichtung nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 auf Nachweise stützt, die im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 vorgelegt wurden.

[16] Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 103 und 104). Altice bringt vor, dass mit den Pflichten nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 das Ziel verfolgt werde, eine wirksame Kontrolle von Zusammenschlüssen sicherzustellen. Wie vom Rat vorgetragen, ist hierin eher das übergeordnete Ziel der Verordnung Nr. 139/2004 zu sehen. Für die im Einzelnen vorzunehmende Beurteilung der Frage, ob mit den Pflichten nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 eigenständige Ziele verfolgt werden, führt die von Altice vertretene Ansicht nicht weiter.

[17] Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 101, 102 und 109).

Verordnung Nr. 139/2004 nicht immer zu einem Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004. Ist eine Anmeldung rechtzeitig eingereicht worden, können von den Beteiligten eines Zusammenschlusses Schritte dahin ergriffen werden, diesen Zusammenschluss nach der Anmeldung, aber vor der Genehmigung zu vollziehen, so dass möglicherweise ausschließlich Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 einschlägig ist.

22. Mit dem Ziel der Regulierung von Zusammenschlüssen soll sichergestellt werden, dass sie nicht zu dauerhaften Veränderungen der Marktstruktur führen, die den Wettbewerb mindern. Die Verordnung Nr. 139/2004 führt ein System der ausschließlichen Kontrolle von Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung ein und verbietet solche Zusammenschlüsse, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Das Schaffen von Anreizen zur Einhaltung sowohl der Anmelde- als auch der Stillhaltepflicht dadurch, dass die Verhängung von Geldbußen bei Verstößen gegen eine oder beide dieser Pflichten ermöglicht wird, stellt sicher, dass Zusammenschlüsse nicht unentdeckt bleiben, und vermeidet die Probleme, die bei der Rückabwicklung solcher Zusammenschlüsse entstehen, die Probleme bereiten. Es ist daher eindeutig, dass der Einhaltung jeder dieser Pflichten im Rahmen der durch die Verordnung Nr. 139/2004 festgelegten Regelung der verpflichtenden Anmeldung und vorherigen Genehmigung große Bedeutung zukommt [18]. Altice hat nichts vorgetragen, was diesen Ansatz in überzeugender Weise entkräften könnte. Dieses Ergebnis entspricht der Begründung des angefochtenen Urteils und steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die in diesem Urteil im Zusammenhang mit der Zurückweisung der von Altice erhobenen Einrede der Rechtswidrigkeit in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 angeführt wird.

23. Schließlich kann meines Erachtens dem Vorbringen von Altice nicht gefolgt werden, wonach das Gericht auf ihren Darlegungs- und Beweisvortrag zum Verbot der Doppelbestrafung und zur Normen- oder Tatenkonkurrenz nicht eingegangen sei. Altice dürfte dies im Verfahren vor dem Gericht unter der Prämisse vorgebracht haben, dass Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 „dasselbe rechtliche Interesse schütz[en]“ [19]. In den Rn. 56 und 57 des angefochtenen Urteils wurde diese Prämisse erörtert, bevor dieses Vorbringen zurückgewiesen worden ist [20].

24. Ergänzt sei, dass das Vorbringen von Altice, soweit es sich auf Begriffe wie „Normenkonkurrenz“, „unechte (scheinbare) Normenkonkurrenz“ und den „Grundsatz der Konsumtion“ bezieht, unbestimmt ist [21]. Nach Ansicht von Altice sollen diese miteinander zusammenhängenden Begriffe und das Verbot der „Doppelbestrafung“, das offenbar mit ihnen einhergehen soll, Bestandteil der gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten sein und somit allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellen. Altice hat als Nachweis für die Auslegung und Anwendung dieser Begriffe in den Strafrechtsordnungen Belgiens, Spaniens, Frankreichs, Italiens und Portugals fünf Rechtsgutachten vorgelegt. Diesen Gutachten sind zwei Themen zu entnehmen. Erstens gebe es in den Strafrechtsordnungen dieser Mitgliedstaaten eine Vielzahl von Vorschriften, die in Fällen anwendbar seien, in denen beispielsweise „dieselbe Tat“ oder „derselbe Sachverhalt“ zu Verstößen gegen mehrere Rechtsvorschriften führe; Taten seien miteinander durch einen „logischen Zusammenhang“ oder „gleichen Vorsatz“ verbunden; ein

[18] Vgl. die Erwägungsgründe 21 und 26 der Verordnung Nr. 4064/89. Vgl. ferner Urteile vom 31. Mai 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, Rn. 41 und 42 sowie die dort angeführte Rechtsprechung) (im Folgenden: Urteil Ernst & Young), und vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 109).

[19] Rn. 51 des angefochtenen Urteils.

[20] Rn. 51 bis 67 des angefochtenen Urteils zur Einrede der Rechtswidrigkeit.

[21] Offenbar wendet Altice sich nicht gegen die Rn. 326 bis 330 des angefochtenen Urteils, in denen die Anwendung des *Anrechnungsprinzips* des deutschen Rechts erörtert wird.

Straftatbestand schließe eine Tat ein, die von einem anderen Straftatbestand erfasst sei; „allgemeine Tatbestände" würden von „besonderen Tatbeständen" eingeschlossen oder seien den Letzteren gegenüber als subsidiär anzusehen; und in „schweren Tatbeständen" gingen „weniger schwere Tatbestände" auf. Zweitens beruhten die auf diese Fälle anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften auf den Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit, der Rechtmäßigkeit, der Verhältnismäßigkeit der Sanktionen und des *ne bis in idem*[22], die im Unionsrecht sämtlich anerkannt seien[23], oder konkretisierten diese.

25. Soweit derzeit ersichtlich, sind die von Altice angeführten Begriffe nahezu alle Urteilen zu entnehmen, die den Vollzug von Zusammenschlüssen betreffen. Nur in einigen wenigen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden sie beiläufig im Zusammenhang mit Verweisen auf nationale Rechtsvorschriften erwähnt. In Ermangelung genauer und gemeinsamer Definitionen dieser Begriffe, eines Konsenses darüber, dass sie und die sich aus ihnen ergebenden Folgen Teil der Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten sind, und eines Anzeichens dafür, dass sie eine erkennbare Lücke im Unionsrecht schließen, kann meines Erachtens nicht davon ausgegangen werden, dass ihre Anwendung oder Übernahme im Kontext der vorliegenden Rechtssache angebracht oder sinnvoll wäre.

26. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, den ersten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

27. Da Altice das gleiche Vorbringen auch im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes anführt, ist dieser demnach aus den gleichen Gründen zurückzuweisen.

28. Auf das Vorbringen von Altice zur Verhältnismäßigkeit der Geldbußen werde ich im Rahmen des sechsten Rechtsmittelgrundes eingehen.

B. Dritter, vierter und fünfter Rechtsmittelgrund: Vollzug des Zusammenschlusses

1. Dritter Rechtsmittelgrund: Begriff des Vollzugs

a) Zusammenfassung des Vorbringens

29. Dieser Rechtsmittelgrund betrifft die Vereinbarungen vor dem Vollzug. Er gliedert sich in drei Teile. Erstens macht Altice geltend, dass das angefochtene Urteil die Begriffe des Zusammenschlusses in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 und des Vollzugs in Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung verwechsele. Ein Vollzug habe erst nach der Übertragung der Aktien des Zielunternehmens auf Altice stattfinden können, die stattgefunden habe, nachdem die Kommission den Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt habe. Dies werde auch durch den Umstand belegt, dass in dem Fall, dass die Kommission den Zusammenschluss untersagt oder die Parteien sich zur Aufgabe des Vorhabens entschieden hätten, keine Maßnahmen nach Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 139/2004 erforderlich gewesen

[22] Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Grundsatz *ne bis in idem* nicht anwendbar ist, wenn für Verstöße gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 von ein und derselben Behörde in ein und demselben Beschluss Sanktionen verhängt werden, wie dies vorliegend der Fall war (Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission, C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 78). Auf die Aufforderung, zu diesem Urteil Stellung zu nehmen, teilte Altice dem Gericht mit, dass sie ihren auf den Grundsatz *ne bis in idem* gestützten Klagegrund nicht mehr weiterverfolge.

[23] Vgl. entsprechend Grünbuch der Kommission über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union (KOM[2004] 334 endgültig), Abschnitt 3.1.1.7.

wären, um die vor der Unterzeichnung des SPA bestehende Wettbewerbssituation wiederherzustellen [24]. Das angefochtene Urteil verfälsche den Vortrag von Altice zu diesem Punkt [25].

30. Zweitens sei das angefochtene Urteil fehlerhaft, soweit es davon ausgehe, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug einen teilweisen Vollzug darstellten, weil das Gericht das Vorbringen, dass diese Vereinbarungen keine dauerhafte Veränderung der Kontrolle dargestellt hätten, nicht widerlegt habe. Sie hätten weniger als fünf Monate gedauert, und das SPA habe einen Zeitpunkt für ihr endgültiges Auslaufen vorgesehen. Das Gericht habe ferner rechtsfehlerhaft entschieden, soweit es die in Rn. 49 des Urteils Ernst & Young angeführten Erwägungen als nicht relevant angesehen habe.

31. Drittens sei das angefochtene Urteil zu Unrecht davon ausgegangen, dass Vereinbarungen vor dem Vollzug nur dann als ergänzende Nebenabreden im Sinne der Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind [26], angesehen werden könnten, wenn sie den Wert des Zielunternehmens erhielten. Vorliegend fielen die Vereinbarungen vor dem Vollzug in den Anwendungsbereich dieser Bekanntmachung, da sie eine legitime Rolle dabei gespielt hätten, die Integrität des erworbenen Unternehmens zwischen der Unterzeichnung und dem Vollzug zu wahren, und die Grundlagen für seine Integration in Altice gelegt hätten [27].

32. Die Kommission trägt vor, dass Altice die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen nicht angegriffen habe, dass sie den Zusammenschluss, bevor die Kommission ihn für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt habe, dadurch vollzogen habe, dass sie tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen ausgeübt habe und nicht lediglich die Möglichkeit hierzu gehabt habe. Da die Feststellungen zur tatsächlichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses ausreichten, um den Tenor des angefochtenen Urteils aufrechtzuerhalten, soweit damit „im Übrigen … die Klage abgewiesen“ worden sei, gehe der Rechtsmittelgrund, der sich darauf stütze, dass Altice die Möglichkeit gehabt habe, einen bestimmenden Einfluss auszuüben, ins Leere und sei somit zurückzuweisen. Jedenfalls werde das gesamte zur Stützung des dritten Rechtsmittelgrundes von Altice angeführte Vorbringen bestritten.

b) Würdigung

33. Ich stimme mit der von der Kommission vertretenen Ansicht, dass der dritte Rechtsmittelgrund ganz oder teilweise ins Leere gehe, nicht überein. Altice hat die im angefochtenen Beschluss getroffene Feststellung, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug ihr die Möglichkeit gegeben hätten, einen bestimmenden Einfluss auszuüben, angegriffen. Die Begründungen und Schlussfolgerungen des Gerichts zu diesem Punkt stellen nicht lediglich nicht tragende Gründe dar, sondern sind Teil der Begründung, die zur Abweisung der Klage geführt hat [28].

[24] Rn. 69 bis 89, 96, 132 und 144 des angefochtenen Urteils.

[25] Rn. 87 des angefochtenen Urteils.

[26] ABl. 2005, C 56, S. 24.

[27] Rn. 102 bis 105, 117, 120, 121, 130 und 131 des angefochtenen Urteils.

[28] Urteil vom 18. Juni 2020, Kommission/RQ (C-831/18 P, EU:C:2020:481, Rn. 52 und 53 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dass die Kommission im Hinblick auf den Verstoß gegen die Verordnung Nr. 139/2004 zu demselben Ergebnis hätte kommen können, ohne sich darauf zu stützen, dass Altice die Möglichkeit zur Ausübung eines bestimmenden Einflusses gehabt habe, ist eine andere Frage.

34. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs enthält Feststellungen zu zwei wesentlichen Punkten, die für den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes von Bedeutung sind. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 beschränkt das Verbot des Vollzugs auf Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 3 dieser Verordnung [29]. Nach der letztgenannten Bestimmung wird ein Zusammenschluss dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle durch eine Fusion oder einen Erwerb stattfindet; diese Kontrolle wird durch die durch Rechte, Verträge oder andere Mittel gewährte Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit eines Unternehmens begründet. Der Vollzug eines Zusammenschlusses im Sinne von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 tritt somit ein, sobald die an einem Zusammenschluss Beteiligten Handlungen oder Transaktionen vornehmen, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen [30]. Diese Punkte gelten auch für Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004.

35. Entgegen dem Vorbringen von Altice lässt sich den einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 139/2004 oder ihrer Auslegung durch den Gerichtshof nichts dafür entnehmen, dass die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auszuüben, nur durch eine Übertragung von Anteilen am Zielunternehmen auf den Erwerber gewährt würde. Dies ergibt sich im Übrigen eindeutig aus Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 139/2004 und aus der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [31]. Das Gericht hat daher zu Recht entschieden, dass eine Veränderung der Kontrolle eintreten konnte, weil Altice durch das SPA die Möglichkeit gegeben worden sei, ab dem Zeitpunkt seiner Unterzeichnung einen bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben [32].

36. Nach Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 139/2004 kann die Kommission den Unternehmen aufgeben, den Zusammenschluss durch die Veräußerung von Anteilen oder andere Maßnahmen zur Wiederherstellung des früheren Zustands rückgängig zu machen. Wie das Gericht zutreffend festgestellt hat [33], definiert diese Bestimmung nicht den Begriff des Zusammenschlusses. Entgegen dem Vorbringen von Altice definiert sie auch nicht den Begriff des Vollzugs. Altice ist daher unzutreffend der Ansicht, dass vor diesem Hintergrund ein Vollzug nur dann stattfinde, wenn die Kommission Maßnahmen zur Auflösung im Sinne von Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 139/2004 verlangen könne.

37. Auch das Vorbringen von Altice, dass Rn. 87 des angefochtenen Urteils ihr Vorbringen verfälscht habe, ist unbegründet. Altice trägt vor, sie habe sich in Rn. 47 ihrer Klageschrift im Verfahren vor dem Gericht auf den *Vollzug* bezogen, während Rn. 87 des angefochtenen Urteils sich auf das Vorbringen von Altice beziehe, dass nur die Transaktionen, die Maßnahmen zur Auflösung im Sinne von Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 139/2004 erforderten, das Vorliegen eines *Zusammenschlusses* kennzeichneten [34]. Wie in Nr. 36 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt, werden durch diese Bestimmung die Begriffe des Zusammenschlusses oder des Vollzugs nicht definiert. Das Ergebnis, zu dem das Gericht gelangt ist, ist jedenfalls auch dann richtig, wenn man das Wort „Zusammenschluss“ durch das Wort „Vollzug“ ersetzt [35].

29 Urteil Ernst & Young, Rn. 43 und 44.

30 Urteil Ernst & Young, Rn. 45 bis 47 und 52.

31 ABl. 2008, C 95, S. 1, Rn. 18 bis 21 und 61 (im Folgenden: Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen).

32 Rn. 77 und 84 letzter Satz des angefochtenen Urteils.

33 Rn. 87 des angefochtenen Urteils.

34 Hervorhebung nur hier.

35 Urteil vom 11. Mai 2017, Dyson/Kommission (C-44/16 P, EU:C:2017:357, Rn. 30 und 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).

38. Was den zweiten Teil des vorliegenden Rechtsmittelgrundes angeht, ist in den Rn. 85 und 94 bis 97 des angefochtenen Urteils die Dauer der Vereinbarungen vor dem Vollzug geprüft worden. Das Gericht hat zwischen Maßnahmen, die zu einer Veränderung der Kontrolle beitragen und nicht dauerhaft sein müssen, und der Veränderung der Kontrolle selbst, die dauerhaft sein muss, um die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Zusammenschlusses zu erfüllen, unterschieden. Diese Bewertung ist im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs richtig[36]. Es ist daher unerheblich, dass Altice sich zur Ausübung der Kontrolle über das Zielunternehmen über einen Zeitraum von vier Monaten und elf Tagen auf die Vereinbarungen vor dem Vollzug stützte.

39. Unter den konkreten Umständen der vorliegenden Rechtssache werden im Übrigen etwaige Zweifel an der Dauerhaftigkeit der Veränderung der Kontrolle durch die Feststellung ausgeräumt, dass die Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen mit der Übertragung von Aktien nach dem SPA nahtlos vollendet wurde, die mit der Unterzeichnung des SPA erfolgte, und Altice aufgrund der Vereinbarungen vor dem Vollzug über bestimmte Aspekte der Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens tatsächlich einen bestimmenden Einfluss ausübte. Nach der Übertragung der Aktien des Zielunternehmens auf Altice war sie zur Kontrolle des Zielunternehmens nicht mehr auf die vertraglichen Vereinbarungen angewiesen. Das Vorbringen von Altice, wonach die Veränderung der Kontrolle vorübergehend gewesen sei, findet daher im Sachverhalt keine Stütze.

40. Was das Vorbringen von Altice zur Anwendung der Kriterien nach Rn. 49 des Urteils Ernst & Young angeht, heißt es dort, dass der Vollzug von Vorgängen, die keinen unmittelbaren funktionellen Zusammenhang mit dem Vollzug eines Zusammenschlusses aufweisen und daher nicht erforderlich sind, um eine Veränderung der Kontrolle herbeizuführen, nicht unter Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 fällt. Altice macht geltend, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug unnötig gewesen seien, keinen funktionellen Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien gehabt hätten und daher nicht unter diese Bestimmung fielen.

41. Die Kommission trägt zutreffend vor, dass es in der in Rn. 49 des Urteils Ernst & Young genannten und in den Rn. 47 und 48 des Urteils eingehender beschriebenen Fallgestaltung darum gehe, dass ein Zusammenschluss „mittels aufeinanderfolgender Teilvorgänge“ und in Form von „[V]orgänge[n], die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden,“ erreicht werde. Diese tatsächliche Fallgestaltung ist in der vorliegenden Rechtssache, wie in den Rn. 98 bis 100 des angefochtenen Urteils festgestellt wird, nicht gegeben. Die in Rn. 49 des Urteils Ernst & Young genannten Kriterien für die Beurteilung, ob ergänzende oder vorbereitende Transaktionen als Vollzug eines Zusammenschlusses mittels einer Reihe von Rechtsgeschäften anzusehen sind, sind daher nicht relevant.

42. Was den dritten Teil angeht, stimme ich mit Altice nicht darin überein, dass das angefochtene Urteil zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass Vereinbarungen vor dem Vollzug nur dann als ergänzende Nebenabreden im Sinne der Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, angesehen werden könnten, wenn sie den Wert des Zielgeschäfts erhielten. In den Rn. 102 und 103 des angefochtenen Urteils ist die Möglichkeit offengelassen worden, andere Kriterien als das der Erhaltung des Wertes des Unternehmens heranzuziehen. In Rn. 104 ist dort festgestellt

[36] Urteil Ernst & Young, Rn. 52.

worden, dass Altice keine Beweise dafür angeführt habe, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der geschäftlichen Integrität des Zielunternehmens bestanden habe, also nicht seines Wertes. Das Vorbringen von Altice beruht daher auf einem Missverständnis des angefochtenen Urteils.

43. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, den dritten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

2. Vierter Rechtsmittelgrund: Begriff der Vetorechte

a) Zusammenfassung des Vorbringens

44. Altice macht geltend, dass die in den Rn. 91 bis 169 des angefochtenen Urteils vorgenommene Prüfung der Vereinbarungen vor dem Vollzug fehlerhaft sei, die im angefochtenen Beschluss dahin charakterisiert würden, dass sie Altice „Vetorechte" bei das Zielunternehmen betreffenden strategischen Entscheidungen gewährten. Altice verweist auf die Nrn. 18 und 54 der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, wonach Kontrolle nur dann auf vertraglicher Grundlage erlangt werden könne, wenn das betreffende Unternehmen „bei strategischen Unternehmensentscheidungen über ein Vetorecht" verfüge, nämlich „die Annahme strategischer Entscheidungen blockieren [kann]". Diese Befugnis sei ihr nicht durch das SPA gewährt worden, da ihre Zustimmung nur nach den Vereinbarungen vor dem Vollzug erforderlich gewesen sei. Die Verweigerung dieser Zustimmung könne nicht dazu führen, dass sie „Entscheidungen blockieren kann", da bei Missachtung der Vereinbarungen vor dem Vollzug die alleinige Rechtsfolge in Schadensersatz bestanden habe. Das Gericht habe daher rechtsfehlerhaft entschieden, soweit es ihr Vorbringen gegen den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen habe.

45. Aus denselben Gründen wird von Altice hilfsweise geltend gemacht, dass das Gericht die Beweise verfälscht habe, soweit es zu dem Schluss gekommen sei, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug Altice Vetorechte gewährt hätten. Hieraus ergebe sich wiederum, dass die Würdigung in den Rn. 170 bis 215 des angefochtenen Urteils in Bezug auf Abschnitt 4.2.1 des angefochtenen Beschlusses unzutreffend sei, die auf der Feststellung aufbaue, dass Altice über ein Vetorecht bei diesen strategischen Entscheidungen verfügt habe. Das Gericht sei daher zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug als Vollzug im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 anzusehen seien.

46. Die Kommission wendet sich gegen dieses Vorbringen.

b) Würdigung

47. Mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund werden Fehler in den Rn. 91 bis 215 des angefochtenen Urteils gerügt. Ein derart weit gefasster Verweis ermöglicht dem Gerichtshof entgegen seinen prozessualen Anforderungen[37] nicht, zu bestimmen, welche Teile des angefochtenen Urteils von Altice beanstandet werden[38]. In der mündlichen Verhandlung hat Altice die Rn. 111, 114, 123 bis 125 und 131 des angefochtenen Urteils als die wichtigsten Randnummern benannt, die von ihr beanstandet würden.

[37] Vgl. z. B. Urteil vom 23. November 2021, Rat/Hamas (C-833/19 P, EU:C:2021:950, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[38] Diese Feststellung gilt ebenso für den zweiten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes.

48. Altice verweist auf die Nrn. 18 und 54 der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen und macht insoweit geltend, dass das Gericht rechtsfehlerhaft entschieden habe, soweit es die Schlussfolgerung der Kommission bestätigt habe, dass die Vereinbarungen vor dem Vollzug Altice in bestimmten Bereichen Vetorechte gewährt hätten. Insbesondere habe das Gericht den in dieser Mitteilung verwendeten Begriff des Vetorechts unzutreffend ausgelegt.

49. Die Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen stellt Leitlinien auf, anhand derer Unternehmen vor einer Kontaktaufnahme mit der Kommission feststellen können, ob und inwieweit ihre Maßnahmen unter die Fusionskontrollvorschriften der Union fallen können. Sie greift einer Auslegung durch den Gerichtshof oder das Gericht nicht vor [39].

50. Ich werde zunächst Nr. 54 der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen prüfen, die den Abschnitt über den Erwerb der alleinigen Kontrolle einleitet. Bei aufmerksamer Lektüre dieses Abschnitts zeigt sich, dass darin zwei unterschiedliche Fallgestaltungen behandelt werden. In den Nrn. 54 bis 60 geht es um den Erwerb einer alleinigen Kontrolle auf rechtlicher Grundlage im Wege von Stimmrechten, typischerweise durch Erwerb einer Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung am Zielunternehmen. In Nr. 61 geht es um den Erwerb einer alleinigen Kontrolle auf faktischer Grundlage über den Kauf von Vermögenswerten oder auf vertraglichem Wege. Soweit in Nr. 54 davon die Rede ist, dass ein Gesellschafter „strategische Entscheidungen … durch Veto verhindern“ und „die Annahme strategischer Entscheidungen blockieren“ kann, und von Gesellschaftern die Rede ist, die „Entscheidungen blockieren“ können, steht dies im Kontext von mit Anteilen verbundenen Stimmrechten. Es soll damit also keine Definition oder Beschreibung von Vetorechten vorgenommen werden, die für die Beurteilung der in Rede stehenden vertraglichen Rechte maßgebend wäre. Das Gericht hat daher zutreffend entschieden, dass Nr. 54 dieser Mitteilung im Kontext der Prüfung der Vereinbarungen vor dem Vollzug nicht relevant sei [40].

51. In Nr. 18 der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen wird festgestellt, dass für einen Erwerb der Kontrolle auf vertraglicher Grundlage „der Vertrag eine ähnliche Kontrolle über Unternehmensleitung und Ressourcen des anderen Unternehmens bewirken [muss] wie der Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten“. Es werden mehrere Beispiele angeführt, von denen sich das letzte auf „Vetorechte“ im Kontext von Verträgen bezieht, die „zu einer gemeinsamen Kontrolle führen, wenn sowohl der Eigentümer der Vermögenswerte als auch das Unternehmen, das die Unternehmensleitung kontrolliert, bei strategischen Unternehmensentscheidungen über ein Vetorecht verfügen“. Diese Feststellung wird durch zwei Fusionskontrollentscheidungen veranschaulicht, die in Fn. 22 dieser Mitteilung angeführt werden. Die erste betrifft den Erwerb einer Hotelgruppe. Ein Unternehmen, bei dem es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen handelte, sollte Eigentümer der Hotels sein. Das andere Unternehmen sollte auf der Grundlage eines Geschäftsführungsvertrags ihre Geschäftsführung übernehmen. Die Unternehmen waren verpflichtet, den betrieblichen Vorhaben des Geschäftsführungsunternehmens für die Hotels zuzustimmen. Für den Fall, dass die Parteien keine Einigung erzielen konnten, sollten sie die Streitfrage einem externen Schiedsrichter vorlegen, womit die Möglichkeit einer Blockade vermieden werden sollte [41].

[39] Urteil vom 18. Januar 2017, Toshiba/Kommission (C-623/15 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:21, Rn. 67 und 71 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[40] Rn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils.

[41] Sache COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien (20. Juli 2005), Rn. 7 bis 10. Die zweite Fusionskontrollentscheidung, die in Fn. 22 der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen genannt ist (Sache IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits, 28. April 1992), ist nicht detailliert genug, um daraus sachdienliche Schlüsse für das vorliegende Rechtsmittelverfahren ziehen zu können.

52. Dieser Überblick zeigt eindeutig, dass mit dem in diesem Teil der Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen verwendeten Begriff „Vetorecht“ eine Fallgestaltung beschrieben wird, in der die Parteien einer Transaktion vereinbaren, dass für bestimmte, das Zielunternehmen betreffende Unternehmensentscheidungen die Zustimmung des Käufers erforderlich ist. Soweit das angefochtene Urteil die Verwendung des Begriffs „Vetorecht“ im angefochtenen Beschluss für die Regelungen, die nach den Vereinbarungen vor dem Vollzug galten, ausdrücklich oder implizit gebilligt hat, weist es keinen Fehler auf.

53. Mit dem auf ähnliche Argumente gestützten Hilfsvorbringen von Altice, wonach das Gericht die Beweise verfälscht haben soll, wird in Wirklichkeit die Tatsachenwürdigung des Gerichts in Frage gestellt, was im Rechtsmittelverfahren nicht zulässig ist[42]. Es geht im Übrigen von der Prämisse aus, dass nach den Vereinbarungen vor dem Vollzug keine „Vetorechte“ gewährt worden seien; ich schlage dem Gerichtshof vor, dies aus den in den Nrn. 50 bis 52 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführten Gründen zurückzuweisen.

54. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, den vierten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

3. Fünfter Rechtsmittelgrund: Informationsaustausch

a) Zusammenfassung des Vorbringens

55. Altice macht drei Einwände gegen die Feststellungen des Gerichts zum Informationsaustausch geltend.

56. Mit dem ersten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes macht Altice geltend, dass die Rn. 226, 235 und 236 des angefochtenen Urteils die Bedeutung der Erwägungsgründe 470, 479 und 482 des angefochtenen Beschlusses insoweit verfälschten, als in diesen Erwägungsgründen nicht festgestellt worden sein solle, dass dieser Informationsaustausch zwischen Altice und dem Zielunternehmen gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verstoßen habe. Die Auslegung dieser Erwägungsgründe durch das Gericht sei nicht nachvollziehbar, da der Wortlaut des angefochtenen Beschlusses eindeutig bestätige, dass die Kommission zu dem Schluss gekommen sei, dass der Informationsaustausch als solcher als Ausübung eines bestimmenden Einflusses anzusehen sei.

57. Mit dem zweiten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes macht Altice geltend, dass das Gericht nicht berücksichtigt habe, dass der Informationsaustausch möglicherweise gegen Art. 101 AEUV verstoße, der ein System der nachträglichen Durchsetzung vorsehe. Die Schlussfolgerung, dass der Informationsaustausch unter das System der Vorabkontrolle nach der Verordnung Nr. 139/2004 falle, wenn er in Situationen stattfinde, die letztlich zu einem Zusammenschluss führten, sich aber in Verstöße gegen Art. 101 AEUV verwandele, wenn es keine Veränderung der Kontrolle gebe, sei ungewöhnlich und mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs unvereinbar, wonach der Anwendungsbereich von Art. 7 der Verordnung Nr. 139/2004 denjenigen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln[43] nicht beschränken dürfe.

[42] Urteil vom 11. Mai 2017, Dyson/Kommission (C-44/16 P, EU:C:2017:357, Rn. 30 und 31 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[43] ABl. 2003, L 1, S. 1.

58. Mit dem dritten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes wird geltend gemacht, dass das angefochtene Urteil nicht erläutere, inwiefern der Informationsaustausch zur Erreichung einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle oder für das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Vollzug des Zusammenschlusses zum Zeitpunkt des Erwerbs der Aktien des Zielunternehmens durch Altice erforderlich gewesen sei. Das Gericht habe daher die Anforderungen nach Rn. 49 des Urteils Ernst & Young nicht beachtet.

59. Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen.

b) Würdigung

60. Was die angebliche Verfälschung von Beweisen angeht, ist es Sache des Gerichts, die Tatsachen festzustellen. Sofern seine Feststellungen nicht tatsächlich falsch sind, liegt kein Rechtsfehler vor, dessen Prüfung Sache des Gerichtshofs wäre [44].

61. Im 470. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses wird festgestellt, dass Altice „durch den Erhalt derart sensibler und detaillierter Informationen … ohne Clean-Team-Vereinbarung so gestellt war, als ob sie [das Zielunternehmen] bereits kontrollierte und somit berechtigt war, solche Informationen zu verlangen und zu erhalten“. Im 473. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses, der am Ende des Abschnitts steht, der den 470. Erwägungsgrund enthält, wird festgestellt: „Die Kommission ist der Ansicht, dass der Umstand, dass Altice strategische Informationen über die wichtigsten Leistungskennzahlen und die künftige Preisstrategie des Zielunternehmens anforderte und erhielt, *zum Nachweis beiträgt*, dass Altice einen bestimmenden Einfluss ausübte“ [45].

62. Der 479. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses ist der erste Absatz des Abschnitts mit der Überschrift „Schlussfolgerung zum Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 der [Verordnung Nr. 139/2004]“. Dort wird festgestellt, dass die Bestimmungen des SPA und das Verhalten von Altice ab dem Zeitpunkt der Unterzeichnung, das in Abschnitt 4.2 des angefochtenen Beschlusses dargestellt sei, als frühzeitiger Vollzug der Übernahme anzusehen seien. Abschnitt 4.2 mit der Überschrift „Altices Einfluss auf die Zielgesellschaft“ reicht vom 178. bis zum 478. Erwägungsgrund. In diesem Abschnitt wird zunächst die Rolle von Altice bei den geschäftlichen Entscheidungen des Zielunternehmens (Abschnitt 4.2.1, Erwägungsgründe 178 bis 377) und anschließend der Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen zwischen Altice und dem Zielunternehmen (Abschnitt 4.2.2, Erwägungsgründe 378 bis 478) erörtert. Im 482. Erwägungsgrund wird der Schluss gezogen, dass das gesamte in Abschnitt 4.2 beschriebene Verhalten als tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses anzusehen sei.

63. Dem Wortlaut der Erwägungsgründe 470, 479 und 482 des angefochtenen Beschlusses ist daher eindeutig zu entnehmen, dass die Kommission nicht zu dem Schluss kam, dass der Informationsaustausch zwischen Altice und der Zielgesellschaft als solcher gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verstieß. Diese Ansicht wird durch den Kontext, in dem diese Erwägungsgründe stehen, bestätigt. Das Gericht hat daher die Tatsachen nicht verfälscht, soweit es zu dem Schluss gekommen ist, dass die Kommission nicht festgestellt habe, dass dieser Austausch von Informationen für sich genommen ausgereicht habe, um einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 oder Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 nachzuweisen [46],

[44] Urteil vom 11. Mai 2017, Dyson/Kommission (C-44/16 P, EU:C:2017:357, Rn. 30 und 31 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[45] Hervorhebung nur hier. Vgl. auch die Erwägungsgründe 477 und 478 des angefochtenen Beschlusses.

[46] Rn. 226 des angefochtenen Urteils.

und dass die Kommission im 478. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zu Recht zu dem Schluss gelangt sei, dass der Informationsaustausch zum Nachweis beigetragen habe, dass Altice einen bestimmenden Einfluss auf bestimmte Aspekte der Tätigkeit des Zielunternehmens ausgeübt habe [47].

64. Die Argumente, die Altice im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Rechtsmittelgrundes vorbringt und die sich auf die Anwendung von Art. 101 AEUV beziehen, beruhen auf einem grundlegenden Missverständnis. Abgesehen von der Rüge der angeblichen Verfälschung von Beweisen im Rahmen des ersten Teils des vorliegenden Rechtsmittelgrundes, deren Zurückweisung ich dem Gerichtshof vorschlage, hat Altice die Feststellung des Gerichts nicht angegriffen, dass der Informationsaustausch dazu beigetragen habe, nachzuweisen, dass Altice einen bestimmenden Einfluss auf Aspekte der Tätigkeit des Zielunternehmens ausgeübt habe. Der Informationsaustausch ging mit der Anwendung der Zustimmungsregelungen in den Vereinbarungen vor dem Vollzug einher und war ein integraler Aspekt der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf das Zielunternehmen durch Altice [48]. Es wäre unlogisch, wenn nicht gar rechtswidrig [49], wenn die Kommission den Informationsaustausch im Rahmen ihrer Beurteilung des sonstigen Verhaltens nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 außer Acht lassen und ihn stattdessen gesondert nach Art. 101 AEUV beurteilen würde.

65. Das Vorbringen zur Heranziehung der in Rn. 49 des Urteils Ernst & Young dargelegten Erwägungen ist somit aus den in Nr. 41 der vorliegenden Schlussanträge dargelegten Gründen zurückzuweisen.

66. Aus den vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, den fünften Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

C. Sechster Rechtsmittelgrund: Bemessung der Geldbußen

67. Altice gliedert diesen sechsten Rechtsmittelgrund in vier Teile. Sie lassen sich unter vier große Überschriften fassen: i) die Frage, ob die Verstöße fahrlässig begangen wurden; ii) die Begründung des Gerichts; iii) das Vorbringen, dass es sich um unterschiedliche Verstöße handele, insbesondere im Hinblick auf ihre Dauer, und dass deshalb die Höhe der Geldbußen unterschiedlich sein müsse; sowie iv) die Verhältnismäßigkeit der Geldbußen bei getrennter und kumulativer Betrachtung.

1. Erster Teil: Fahrlässig begangene Verstöße

a) Zusammenfassung des Vorbringens

68. Altice macht geltend, dass entgegen den Feststellungen des Gerichts in den Rn. 279 bis 296 des angefochtenen Urteils die Verstöße gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 nicht fahrlässig begangen worden seien. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass der Umfang der Verpflichtung nach Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 unklar sei. Vereinbarungen vor dem Vollzug im Rahmen von Aktienkaufverträgen seien bei Fusionen und

47 Rn. 235 des angefochtenen Urteils.

48 Erwägungsgründe 49 und 50 des angefochtenen Beschlusses.

49 Vgl. Art. 21 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004.

Übernahmen übliche Praxis. Auch sei es das erste Mal gewesen, dass die Kommission die Ansicht vertreten habe, dass diese Arten von Vereinbarungen und Informationsaustausch im Zeitraum zwischen der Unterzeichnung des SPA und der Übertragung der Aktien des Zielunternehmens als Vollzug anzusehen seien. Altice macht außerdem geltend, dass sie die Kommission nicht in ihren Möglichkeiten behindert habe, den Zusammenschluss aufzudecken, da sie der Kommission den Entwurf des SPA zusammen mit dem Entwurf des Formulars CO vorgelegt habe.

69. Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen.

b) Würdigung

70. In den Rn. 279 bis 296 des angefochtenen Urteils ist das Vorbringen von Altice geprüft worden, dass die Geldbußen wegen des Fehlens von Fahrlässigkeit oder Vorsatz ihrerseits rechtswidrig seien. Nach einer kurzen Zusammenfassung des Vorbringens in Rn. 279 des angefochtenen Urteils hat das Gericht darauf hingewiesen, dass nach Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 Geldbußen für vorsätzlich oder fahrlässig begangene Verstöße festgesetzt werden könnten. Anschließend hat es dargelegt, wie die Rechtsprechung diese Bestimmung ausgelegt habe. In den Rn. 284 bis 290 des angefochtenen Urteils sind die Faktoren und Beweise gewürdigt worden, auf deren Grundlage die Kommission zu dem Schluss gekommen sei, dass Altice fahrlässig gehandelt habe. Das gegen diese Würdigung gerichtete Vorbringen von Altice hat das Gericht zurückgewiesen. Die Feststellungen in den Rn. 284 bis 290 des angefochtenen Urteils sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens. Altice wendet sich lediglich gegen die Feststellungen in den Rn. 292 und 293, mit denen ihr Vorbringen zur mangelnden Klarheit der in Rede stehenden Rechtsvorschrift und zum Fehlen von Präzedenzfällen geprüft wird.

71. Wie in den Rn. 282, 292 und 293 des angefochtenen Urteils zutreffend festgestellt wird, ist nach ständiger Rechtsprechung die Voraussetzung der Fahrlässigkeit erfüllt, wenn sich das betroffene Unternehmen über das Wesen seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm dabei bewusst ist, dass es gegen Regelungen des Unionsrechts verstößt [50]. Dass ein Verhalten mit denselben Merkmalen bisher noch nicht Gegenstand einer Entscheidung war, bedeutet nicht, dass ein Unternehmen für ein solches Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden kann [51].

72. Altice bestreitet nicht, dass sie über umfassende Erfahrung mit Zusammenschlüssen verfügt. Vor allem aber wird durch Beweise auf Basis von Unterlagen vom gleichen Zeitpunkt belegt, dass sie auf die Gefahr hingewiesen worden war, dass ihr Verhalten einen „Frühstart“ („gun jumping“) darstellte, oder, mit anderen Worten, dass „einer Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vorgegriffen und so gehandelt wurde, als ob die Genehmigung bereits erteilt worden wäre“ [52]. Es liegen zahlreiche Belege vor, die dafürsprechen, dass die Parteien des Zusammenschlusses das Vorhaben vor der Anmeldung und Genehmigung vollziehen wollten und tatsächlich vollzogen haben und dass sie sich dabei über ausdrückliche Hinweise hinwegsetzten, dass dies gegen die geltenden Regelungen verstoßen würde. Die ergriffenen Schritte hatten mehr als vorbereitenden Charakter und gingen über die Erhaltung des Wertes des Zielunternehmens hinaus. Für sie

[50] Vgl. in diesem Sinne die Urteile vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a. (C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, Rn. 156 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[51] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Dezember 2012, AstraZeneca/Kommission (C-457/10 P, EU:C:2012:770, Rn. 164), und vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 43).

[52] Rn. 286 bis 289 des angefochtenen Urteils und 582. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses.

wurden keine Schutzmechanismen wie Vertraulichkeitsvereinbarungen oder der Einsatz von Clean Teams vorgesehen. Das Vorbringen von Altice, dass diese Vorgehensweise bei Fusionen und Übernahmen übliche Praxis sei, ist besorgniserregend und sollte der Kommission Anlass zur Aufmerksamkeit geben.

73. Das Vorbringen, Altice habe die Kommission nicht in ihren Möglichkeiten behindert, den Zusammenschluss aufzudecken, da sie den Entwurf des SPA zusammen mit dem Entwurf des Formulars CO vorgelegt habe, ist meines Erachtens für die Beurteilung der Frage, ob der Verstoß fahrlässig begangen wurde, nicht relevant. Es kann allenfalls für die Beurteilung der Schwere des Verstoßes gegen die Anmeldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 relevant sein [53].

2. Zweiter Teil: Begründung der Festsetzung der Geldbußen

a) Zusammenfassung des Vorbringens

74. Altice macht geltend, das Gericht habe gegen Art. 296 AEUV und Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstoßen, soweit es zu dem Schluss gekommen sei, dass der angefochtene Beschluss eine hinreichende Begründung hinsichtlich der Höhe der Geldbußen nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 enthalte. Die Begründung in den Rn. 297 bis 362 des angefochtenen Urteils, insbesondere, wie in der mündlichen Verhandlung klargestellt, in den Rn. 314 bis 324, sei unzureichend und widersprüchlich. Das Gericht hätte erläutern müssen, warum die Kommission, wenn sie zwei getrennte Geldbußen für den Verstoß gegen diese Bestimmungen habe festsetzen können, nicht die Höhe jeder Geldbuße getrennt hätte beurteilen müssen.

75. Die Kommission ist der Ansicht, dass der Gerichtshof dieses Vorbringen für unzulässig erklären müsse, weil es nicht mit dem Erfordernis im Einklang stehe, dass ein Rechtsmittel die beanstandeten Teile des Urteils, dessen Aufhebung Altice beantrage, und die rechtlichen Argumente, auf die sie diesen Antrag speziell stütze, genau bezeichnen müsse [54].

b) Würdigung

76. Die Kommission weist zu Recht darauf hin, dass das Vorbringen von Altice knapp sei. Es ist jedoch detailliert genug, um der Kommission eine Verteidigung und dem Gerichtshof eine Beurteilung zu ermöglichen.

77. Nach ständiger Rechtsprechung muss die in Art. 296 Abs. 2 AEUV vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die ihm zugrunde liegenden Überlegungen klar und eindeutig zum Ausdruck bringen. Diese Begründung braucht nicht auf alle tatsächlich und rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte einzugehen, da die Frage, ob die Begründung diesen Erfordernissen genügt, sowohl anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, als auch anhand des Kontexts, in dem er erlassen wurde [55].

[53] Dies entspricht dem in den Rn. 364 bis 368 des angefochtenen Urteils vertretenen Ansatz.

[54] Urteil vom 9. November 2017, TV2/Danmark/Kommission (C-649/15 P, EU:C:2017:835, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[55] Urteil vom 10. März 2016, HeidelbergCement/Kommission (C-247/14 P, EU:C:2016:149, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).

78. Die Rn. 315 bis 324 des angefochtenen Urteils enthalten die Begründung, aufgrund derer das Gericht das Vorbringen von Altice zurückgewiesen hat, dass die Geldbußen wegen unzureichender Begründung des angefochtenen Beschlusses rechtswidrig seien. Das Gericht hat zunächst darauf hingewiesen, dass die Kommission nach Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes festsetzen könne und dass die Kommission nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße die Art, die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung berücksichtigen müsse. In Rn. 319 des angefochtenen Urteils wird festgestellt, dass die Kommission die Art, die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlungen in den Erwägungsgründen 568 bis 599 des angefochtenen Beschlusses erläutert habe. In den Rn. 320 bis 322 des angefochtenen Urteils wird die Begründung des angefochtenen Beschlusses zusammengefasst. In Rn. 323 wird der Schluss gezogen, dass diese Begründung ausreichend gewesen sei, da sie Altice ermöglicht habe, sich zu verteidigen, und dem Gericht ermöglicht habe, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen.

79. Dem Wortlaut der Rn. 320 bis 323 des angefochtenen Urteils ist eindeutig zu entnehmen, dass das Gericht der Auffassung war, dass die Kommission die Art, die Schwere und die Dauer der einzelnen Zuwiderhandlungen getrennt beurteilt habe. Die Kommission sei der Ansicht gewesen, dass beide Zuwiderhandlungen die Wirksamkeit der Verordnung Nr. 139/2004 beeinträchtigten, dass beide schwer und zumindest fahrlässig begangen worden seien, dass sie jedoch eine unterschiedliche Dauer gehabt hätten.

80. Das Gericht hat daher gemeinsame Elemente der Zuwiderhandlungen zusammen geprüft und abweichende Elemente getrennt beurteilt. Diese Vorgehensweise des Gerichts war angemessen. Sie steht nicht im Widerspruch zu seiner Schlussfolgerung, dass es der Kommission freigestanden habe, zwei Geldbußen festzusetzen. In Ermangelung detaillierter Leitlinien für die Berechnung von Geldbußen, in denen beispielsweise die Gewichtung der drei verschiedenen Kriterien und die Ausgangspunkte oder Multiplikationsfaktoren für eines oder mehrere dieser Kriterien festgelegt sind, durfte das Gericht die Begründung des angefochtenen Beschlusses hierzu als ausreichend billigen [56].

81. Zu dem Vorbringen, dass es dem angefochtenen Beschluss an Transparenz mangele, was die Berechnung der durch ihn nach Art. 14 der Verordnung Nr. 139/2004 festgesetzten Geldbußen angehe, möchte ich folgende Anmerkungen machen. Bislang hat die Kommission solche Geldbußen nur in einigen wenigen Fällen verhängt; daraus folgt, dass dem auch nur eine begrenzte Bandbreite von Umständen zugrunde lag, unter denen Unternehmen gegen die Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verstoßen haben [57]. Der durch solche Verstöße verursachte Schaden lässt sich rein monetär schwer beziffern [58]. Würde die Kommission einem schadensbasierten Ansatz folgen, würde der rechtswidrige Vollzug einer problematischen Fusion aller Wahrscheinlichkeit nach härter geahndet als derjenige einer unproblematischen Fusion. Dieser Ansatz könnte mit dem Grundsatz kollidieren, dass, da alle Fusionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung bei der Kommission angemeldet und vor ihrem

[56] Vgl. entsprechend Urteile vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, Rn. 181 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 68 und 69 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[57] Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, Nrn. 44 und 45). In den Entscheidungen der Kommission vom 18. Februar 1998 (Sache IV/M.920, Samsung/AST) und vom 10. Februar 1999 (Sache IV/M.969, A.P. Møller) wurden symbolische Geldbußen festgesetzt. In den Entscheidungen der Kommission vom 10. Juni 2009 (Sache COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône) und vom 30. September 2013 (Sache COMP/M.6850, Marine Harvest/Morpol) wurden Geldbußen in Höhe von insgesamt 20 Mio. Euro festgesetzt.

[58] Diese beiden Umstände stehen im Gegensatz zu der Fallgestaltung bei Verstößen gegen Art. 101 AEUV.

Vollzug für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden müssen, alle Verstöße gegen diese Regelung in gleicher Weise geahndet werden müssten. Fusionen sind außergewöhnliche Ereignisse im Leben eines Unternehmens. Sie bringen ein erhebliches finanzielles Risiko und Reputationsrisiko mit sich und beinhalten im Hinblick auf Akquisitionskosten, Finanzierung, Gebühren und Zeitaufwand der Geschäftsführung einen hohen Kostenaufwand [59]. Wäre es möglich, die Höhe der Geldbußen genau zu bestimmen, könnten Unternehmen das mit Verstößen verbundene Risiko in die Kosten-Nutzen-Analyse einer Fusion einstellen. Vor allem aber ist die Aufdeckung von Verstößen gegen die Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 nicht einfach. Während einige Aspekte, wie etwa Werbung und Marketing, der Kommission durch öffentlich zugängliche Informationen zur Kenntnis gelangen können, beinhalten andere Strategien eines vorzeitigen Vollzugs Veränderungen, die für Außenstehende kaum wahrnehmbar sind [60]. Alle diese Gesichtspunkte unterstreichen die Bedeutung, die der Abschreckung zukommt, wenn die Kommission die Höhe der Geldbußen für verbotene Verhaltensweisen in diesem Bereich festlegt. Die Abschreckung ist zweifellos größer, wenn die Höhe der Geldbußen, die die Kommission im Einzelfall verhängen könnte, in gewissem Maß unvorhersehbar ist. Nach derzeitigem Stand bin ich nicht der Ansicht, dass die Aufrechterhaltung wettbewerbsfähiger Marktstrukturen und die vollständige Einhaltung der Fusionskontrollvorschriften der Union durch eine größere Transparenz bei der Berechnung von Geldbußen für Verstöße gegen die Verordnung Nr. 139/2004 gefördert würden, vorausgesetzt, dass der Entscheidungsprozess der Kommission die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Begründungspflicht, wahrt und dass seine Ergebnisse einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen [61].

3. Dritter Teil: Unterschiede zwischen den Zuwiderhandlungen, die in der Höhe der Geldbußen zum Ausdruck kommen

a) Zusammenfassung des Vorbringens

82. Altice macht geltend, dass die Rn. 320 bis 324 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler enthielten, soweit dort festgestellt worden sei, dass nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 für zwei angeblich eigenständige Zuwiderhandlungen auch dann zwei getrennte Geldbußen in gleicher Höhe festgesetzt werden könnten, wenn diese von unterschiedlicher Art, Schwere und Dauer seien. Ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 sei weniger schwerwiegend als ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 der Verordnung, da es sich bei Ersterem um einen Einzelverstoß und bei Letzterem um einen fortgesetzten Verstoß handele. In Rn. 343 des angefochtenen Urteils werde nicht erläutert, warum kein Vergleich zwischen der Dauer der beiden Verstöße vorgenommen werden könne. Diese Feststellung sei ferner rechtlich falsch, da sie in der Verordnung Nr. 139/2004 keinerlei Stütze finde. Wenn eine Geldbuße von 62,25 Mio. Euro für eine Zuwiderhandlung verhältnismäßig sei, die 137 Tage gedauert habe, dürfe die Geldbuße für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004, die nur einen Tag gedauert habe, 450 000 Euro nicht übersteigen.

[59] Nach den Angaben auf der Website von Altice hatte das Zielunternehmen einen Unternehmenswert ohne liquide Mittel und ohne Schulden (Cash and debt free) von 7,4 Mrd. Euro. Der Kaufpreis in bar betrug 5,6 Mrd. Euro. Die Transaktionskosten beliefen sich auf 122 Mio. Euro.

[60] Die im Rahmen von Art. 101 AEUV vorgesehene Regelung, wonach Hinweisgebern und Unternehmen, die mit der Kommission zusammenarbeiten, Geldbußen erlassen oder ermäßigt werden, die die Kommission anwendet, um von möglichen Verstößen gegen diese Bestimmung Kenntnis zu erlangen, würde im Kontext von Unternehmenszusammenschlüssen nicht funktionieren.

[61] Zu einer gegenteiligen Ansicht vgl. z. B. Memeti, N., „Monetary fines in EU Mergers: In Need for More Regulation“, *Market and Competition Law Review*, April 2019, Bd. III, Nr. 1, S. 209 bis 233.

83. Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen.

b) Würdigung

84. Das Vorbringen von Altice beruht auf einem Missverständnis des angefochtenen Urteils. In den Rn. 320 bis 324 des Urteils wird die Frage der hinreichenden Begründung des angefochtenen Beschlusses geprüft. Dies ergibt sich eindeutig aus der Überschrift vor Rn. 312 und aus dem Wortlaut dieses Absatzes, in dem das Vorbringen von Altice zusammengefasst wird. Es ergibt sich ferner aus Rn. 314, die auf Art. 296 Abs. 2 AEUV verweist, aus der Rechtsprechung zur Auslegung dieses Artikels und aus den beiden Absätzen dieses Abschnitts, die das Ergebnis enthalten, nämlich den Rn. 319 und 323, in denen festgestellt wird, dass die Begründung des angefochtenen Beschlusses ausreichend sei.

85. Die von Altice beanstandeten Absätze des angefochtenen Urteils befassen sich nicht mit der materiellen Richtigkeit der Begründung des angefochtenen Beschlusses. Sie können daher nicht mit der Begründung beanstandet werden, dass sie einen derartigen Rechtsfehler enthielten.

86. Was den angeblichen Begründungsmangel in Rn. 343 des angefochtenen Urteils angeht, wird in diesem Absatz, der in dem Abschnitt steht, in dem die Rechtswidrigkeit der Geldbußen im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprüft wird, festgestellt, dass ein solcher Vergleich nicht möglich sei, da „[eine einmalige Zuwiderhandlung] keine Dauer hat“. Diese, wenn auch knappe, Begründung erläutert die Entscheidung des Gerichts zu dieser Frage und ermöglicht es, wie durch Altice geschehen, sie im Rechtsmittelverfahren anzufechten.

87. Gegen diese Feststellung wendet Altice sich mit ihrem materiellen Einwand, dass das Ergebnis des Gerichts in der Verordnung Nr. 139/2004, insbesondere deren Art. 4 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 2, keinerlei Stütze finde. Dem kann meines Erachtens nicht gefolgt werden. Wie in Nr. 17 der vorliegenden Schlussanträge erläutert, stellt das Erfordernis der Anmeldung eines Zusammenschlusses in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 eine verfahrensrechtliche Verpflichtung dar, die greift, wenn die beiden in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist daher zutreffend, dass der Verstoß gegen diese Bestimmung eine einmalige Zuwiderhandlung darstellt, die keine Dauer hat, und dass es deshalb nicht möglich ist, sie mit einem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 zu vergleichen, da die letztere Zuwiderhandlung, wie von Altice anerkannt, eine Dauer hat. In Anbetracht dieses Ergebnisses kann ihr Vorbringen, dass die Geldbuße für die Zuwiderhandlung gegen Art. 4 Abs. 1 dieser Verordnung auf 450 000 Euro herabzusetzen sei, keinen Erfolg haben [62].

4. Vierter Teil: Verhältnismäßigkeit der Geldbußen bei getrennter und kumulativer Betrachtung

a) Zusammenfassung des Vorbringens

88. Altice macht geltend, dass die Festsetzung einer Geldbuße in Höhe von 62,25 Mio. Euro für einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004, bei dem es sich um denselben Verstoß handele, der auch nach Art. 7 Abs. 1 erster Teil dieser Verordnung geahndet werde, unverhältnismäßig sei. Ferner sei jede einzelne der Geldbußen unverhältnismäßig, da die Kommission bislang weitaus niedrigere Geldbußen für Verstöße gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verhängt habe. Schließlich sei in Rn. 308 des angefochtenen

[62] Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 115).

Urteils unzutreffend festgestellt worden, dass die Tatsache, dass sie die Transaktion angemeldet und Verpflichtungszusagen angeboten habe, bevor sie das SPA unterzeichnet habe, „die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens nicht mildern [könnte]“. Durch diese Feststellung werde das Vorbringen von Altice verfälscht, wonach die Kommission diese Umstände bei der Prüfung der Art und Schwere jeder Zuwiderhandlung hätte berücksichtigen müssen.

89. Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen.

b) Würdigung

90. Die von Altice vertretene Ansicht, dass dann, wenn im Rahmen ein und derselben Entscheidung zwei Geldbußen verhängt würden, die Verhältnismäßigkeit für jede von ihnen zu prüfen sei, wird durch die Rechtsprechung nicht gestützt [63]. Demnach kann, in Anbetracht der von mir vorgeschlagenen Begründung, auf deren Grundlage der Gerichtshof die ersten beiden Rechtsmittelgründe zurückweisen sollte, das Vorbringen, wonach Altice für dasselbe Verhalten zweimal bestraft werde, keinen Erfolg haben [64].

91. Nach Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 dürfen Geldbußen eine Höhe von 10 % des Gesamtumsatzes eines Unternehmens nicht übersteigen. Die Kommission trägt vor, dass die von ihr gegen Altice festgesetzten Geldbußen 0,5 % ihres Gesamtumsatzes im Jahr vor Erlass des angefochtenen Beschlusses entsprächen. Altice hat nicht in Frage gestellt, dass die Kommission diesen Gesichtspunkt bei ihrer Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Geldbuße im Hinblick auf das Erfordernis der Abschreckung in richtiger oder relevanter Weise berücksichtigt hat. Es steht fest, dass für ähnliche Zuwiderhandlungen bislang verhängte Geldbußen keine hinreichend abschreckende Wirkung auf Altice hatten, so dass ihr Vorbringen, wonach die Festsetzung erheblich höherer Geldbußen unverhältnismäßig sei, keinen Erfolg haben kann. Auch kann eine Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden [65].

92. Das Vorbringen von Altice, das Gericht habe es versäumt, „die Verhältnismäßigkeit der Geldbußen zu gewährleisten“, ist aus zwei Gründen offensichtlich unbegründet. Zum einen wird in den Rn. 332 bis 349 des angefochtenen Urteils das Vorbringen von Altice, wonach die Geldbußen im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig seien, geprüft. Mit Ausnahme der Rn. 343 wird diese Prüfung von Altice in keinem Punkt in Frage gestellt [66]. Zum anderen hat das Gericht in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung den Antrag auf Herabsetzung der Geldbuße im Kontext des Vorbringens von Altice, wonach ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgelegen haben soll, geprüft. Das Gericht hat in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung festgestellt, dass es verpflichtet sei, „jede Rechts- oder Sachrüge zu prüfen, mit der dargetan werden soll, dass die Höhe der Geldbuße nicht der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung angemessen ist“, und zwar „unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls“, um „eine Geldbuße festzusetzen, die im Hinblick auf die von ihm für geeignet erachteten Kriterien in angemessenem Verhältnis zur Schwere der von der Klägerin begangenen Zuwiderhandlung steht und auch

63 Urteil vom 3. April 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, Rn. 38 und 39).

64 Siehe Nrn. 14 bis 27 der vorliegenden Schlussanträge, insbesondere Nr. 20, und Urteil vom 4. März 2020, Marine Harvest/Kommission (C-10/18 P, EU:C:2020:149, Rn. 116).

65 Vgl. entsprechend Urteil vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission (C-76/06 P, EU:C:2007:326, Rn. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung).

66 Siehe Nr. 86 der vorliegenden Schlussanträge.

hinreichend abschreckend ist“ [67]. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich eindeutig, dass das Gericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Überprüfung der Geldbußen in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung beachtet hat. Altice wendet sich nicht gegen einen bestimmten Punkt dieser Prüfung. Ihr Vorbringen, wonach das Gericht nicht jeden Verstoß gesondert geprüft habe, ist tatsächlich unzutreffend, da es festgestellt hat, dass der mildernde Umstand nur für die Geldbuße für den Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 gelte.

93. Altice macht geltend, dass Rn. 308 des angefochtenen Urteils ihr Vorbringen verfälsche, wonach die Kommission bei ihrer Prüfung der Art und Schwere jeder Zuwiderhandlung die Tatsache hätte berücksichtigen müssen, dass Altice die Transaktion angemeldet und Verpflichtungszusagen angeboten habe, bevor sie das SPA unterzeichnet habe. Da Altice keine weiteren Einzelheiten oder rechtlichen Argumente zur Stützung dieses angeblichen Fehlers vorgetragen hat, genügt dieser Vortrag den Anforderungen des Gerichtshofs nicht und ist daher zurückzuweisen [68].

94. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, den sechsten Rechtsmittelgrund und damit das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

IV. Kosten

95. Nach Art. 138 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 184 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

96. Da Altice unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission ihre eigenen Kosten und die Kosten der Kommission für das vorliegende Verfahren aufzuerlegen.

97. Nach Art. 140 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 184 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung tragen die Mitgliedstaaten und die Organe, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

98. Daher sind dem Rat seine eigenen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten aufzuerlegen.

V. Ergebnis

99. Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor,

– das Rechtsmittel zurückzuweisen;

– der Altice Group Lux Sàrl, vormals New Altice Europe BV, in Liquidation, ihre eigenen Kosten und die Kosten der Europäischen Kommission aufzuerlegen;

– dem Rat der Europäischen Union seine eigenen Kosten aufzuerlegen.

[67] Rn. 350, 354, 355 und 363 des angefochtenen Urteils.

[68] Siehe Nr. 47 der vorliegenden Schlussanträge.