CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. M. COLLINS
van 27 april 2023[1]

Zaak C-746/21 P

Altice Group Lux Sàrl, voorheen New Altice Europe BV, in liquidatie
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Mededinging – Controle op concentraties van ondernemingen – Verordening (EG) nr. 139/2004 – Artikel 4, lid 1 – Verplichting tot voorafgaande aanmelding – Artikel 7, lid 1 – Standstillverplichting – Artikel 14, lid 2 – Besluit waarbij geldboeten worden opgelegd wegens niet-aanmelding en totstandbrenging van een concentratie vóór verenigbaarverklaring met de interne markt – Evenredigheidsbeginsel – Onjuiste opvatting van feiten”

I. Inleiding

1. Deze hogere voorziening betreft „gun-jumping”, oftewel niet-nakoming van de aanmeldingsplicht en de standstillverplichting waarin is voorzien in verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”)[2]. Deze verordening verplicht fuserende partijen ertoe een concentratie die onder het verplichte registratiestelsel valt, aan te melden bij de Europese Commissie. Daarnaast verbiedt zij deze partijen om een concentratie tot stand te brengen voordat de Commissie deze heeft goedgekeurd. Verordening nr. 139/2004 verleent de Commissie de bevoegdheid om geldboeten op te leggen aan partijen die deze beide verplichtingen niet nakomen. De uitoefening van deze bevoegdheid heeft tot de onderhavige hogere voorziening geleid.

II. Feiten, procedure en conclusies van partijen

2. Op 9 december 2014 heeft New Altice Europe BV (hierna: „Altice”) een aandelenkoopovereenkomst[3] (*share purchase agreement*; hierna: „SPA”) gesloten met Oi SA (hierna: „verkoper”) waarbij zij over PT Portugal (hierna: „doelonderneming”) de uitsluitende zeggenschap zou krijgen in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004. Deze overeenkomst bevatte beperkende afspraken, met name beding 6, lid 1, onder b), waarmee

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] PB 2004, L 24, blz. 1.

[3] In besluit C(2018) 2418 final van de Commissie in zaak M.7993 – Altice/PT Portugal (hierna: „litigieus besluit”) „transactie” of „transactieovereenkomst” genoemd (omschreven in punt 4 hieronder).

werd beoogd het beheer van de doelonderneming te regelen in de periode tussen de ondertekening van de overeenkomst en de sluiting van de transactie, en waarin de verkoper verklaarde af te zien van bepaalde handelsactiviteiten en -beslissingen of daarvoor de voorafgaande toestemming van Altice te verkrijgen (hierna: „voorafgaande afspraken”). [4]

3. Na voorafgaand aan de aanmelding contacten met de Commissie te hebben gehad, heeft Altice de concentratie op 25 februari 2015 formeel aangemeld. Op 20 april 2015 heeft de Commissie haar verenigbaar met de interne markt verklaard, op voorwaarde dat een aantal toezeggingen werd gedaan.

4. Op 24 april 2018 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld. Zij heeft Altice een geldboete van 62 250 000 EUR opgelegd wegens de totstandbrenging van een concentratie voorafgaand aan de goedkeuring daarvan, waarmee inbreuk is gemaakt op artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, en een geldboete van 62 250 000 EUR wegens de totstandbrenging van een concentratie voorafgaand aan de aanmelding daarvan, hetgeen een inbreuk vormt op artikel 4, lid 1, van die verordening. [5] De Commissie was tot de conclusie gekomen dat Altice de mogelijkheid had verworven om beslissende invloed uit te oefenen op de doelonderneming, deze invloed ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend en in dit verband herhaaldelijk informatie met de doelonderneming heeft uitgewisseld. [6]

5. Altice heeft verzocht om nietigverklaring van het litigieuze besluit. Bij arrest van 22 september 2021 [7] heeft het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht de geldboete wegens de inbreuk op artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 verlaagd tot 56 025 000 EUR. Het Gerecht heeft het beroep voor het overige verworpen. De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 29 van het bestreden arrest.

6. Altice concludeert in haar hogere voorziening tot:

– vernietiging van het bestreden arrest en nietigverklaring van de artikelen 1, 2, 3 en 4 van het litigieuze besluit, of, subsidiair, uitoefening door het Hof van zijn volledige rechtsmacht en aanzienlijke verlaging van de geldboeten die in de artikelen 3 en 4 van het litigieuze besluit, zoals gewijzigd door het Gerecht, zijn opgelegd, of, meer subsidiair, terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht voor verdere afdoening;

– verwijzing van de Commissie in haar kosten van de onderhavige procedure en van de procedure voor het Gerecht.

7. De Commissie concludeert tot:

– afwijzing van de hogere voorziening;

– verwijzing van Altice in de kosten.

[4] Zie overwegingen 58-66 van het litigieuze besluit voor meer bijzonderheden.

[5] Artikelen 1-4 van het litigieuze besluit.

[6] Overwegingen 479-491 van het litigieuze besluit.

[7] Arrest van 22 september 2021, Altice Europe/Commissie (T-425/18, EU:T:2021:607; hierna: „bestreden arrest”).

8. De Raad van de Europese Unie, die alleen het eerste middel van de hogere voorziening aan de orde heeft gesteld, concludeert tot:

– afwijzing van het eerste middel van de hogere voorziening;

– verwijzing van Altice in de kosten van de Raad in de onderhavige procedure.

III. Middelen van de hogere voorziening

9. De zes middelen van de hogere voorziening kunnen in drie categorieën worden ingedeeld. Met het eerste en tweede middel worden de wettigheid en de toepasselijkheid betwist van artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004, alsmede de toepassing daarvan op de feiten van de onderhavige zaak. Met het derde, vierde en vijfde middel wordt de vraag aan de orde gesteld of Altice de concentratie tot stand had gebracht. Met het zesde middel wordt de hoogte van de door de Commissie opgelegde geldboeten betwist.

A. Eerste en tweede middel: wettigheid en toepasselijkheid van artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004

1. Samenvatting van de argumenten

10. Met het eerste middel stelt Altice dat het Gerecht haar op grond van artikel 277 VWEU aangevoerde middel dat artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 wegens de onwettigheid ervan niet van toepassing zijn, ten onrechte heeft afgewezen.

11. Altice betoogt dat artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 de Commissie niet toestaan om dezelfde persoon een tweede geldboete op te leggen voor gedrag dat reeds op grond van artikel 7, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder b), van die verordening is bestraft. Artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 zijn onevenredig en overbodig, en bijgevolg onwettig, omdat artikel 7, lid 1, elke vroegtijdige totstandbrenging van een concentratie verbiedt en hetzelfde doel nastreeft als artikel 4, lid 1. Deze anomalie vindt haar oorsprong in de herziening van verordening nr. 139/2004. De vorige versie van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 voorzag in een aanmeldingsplicht, terwijl de huidige versie ervan een standstillverplichting bevat.

12. Met haar tweede middel voert Altice aan dat het Gerecht, ook als haar op grond van artikel 277 VWEU opgeworpen exceptie faalt, ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie in casu afzonderlijke geldboeten kon opleggen voor inbreuken op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Zij voert dezelfde argumenten aan als in haar eerste middel, namelijk dat deze bepalingen dezelfde doelstellingen nastreven en aldus het verbod op dubbele bestraffing en samenloop van wetten schenden. Subsidiair voert zij aan dat, indien het Hof mocht oordelen dat artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 autonome doelstellingen nastreven, het beginsel van samenloop van inbreuken zich ertegen verzet dat dienovereenkomstig twee afzonderlijke geldboeten worden opgelegd. In deze omstandigheden had het Gerecht ook de evenredigheid van de geldboeten moeten toetsen.

13. De Commissie en de Raad zijn het niet eens met deze argumenten.

2. Beoordeling

14. Artikel 4, lid 1, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen[8], de voorloopster van verordening nr. 139/2004, bepaalde dat concentraties binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, of de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil, of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming moesten worden aangemeld. Deze termijn ving aan zodra een van deze gebeurtenissen had plaatsgevonden. Artikel 7, leden 1 en 2, van verordening nr. 4064/89 bepaalde dat een concentratie noch vóór de aanmelding noch binnen drie weken na de aanmelding tot stand kon worden gebracht, waarbij de duur van dit verbod kon worden verlengd. Artikel 14, lid 1, onder a), van verordening nr. 4064/89 verleende de Commissie de bevoegdheid om geldboeten op te leggen van ten minste 1 000 en ten hoogste 50 000 European Currency Unit wanneer de partijen hadden nagelaten een concentratie overeenkomstig artikel 4 van deze verordening aan te melden. Artikel 14, lid 2, onder b), van verordening nr. 4064/89 bepaalde dat de Commissie geldboeten van ten hoogste 10 % van de totale omzet van de betrokken ondernemingen kon opleggen wegens inbreuken op artikel 7, lid 1, of lid 2, van deze verordening.

15. Verordening nr. 139/2004 bevat een aanmeldingsplicht en een standstillverplichting (of niet-totstandbrengingsverplichting), die op de volgende wezenlijke punten verschillen van de verplichtingen van de vorige verordening. Artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 heeft als opschrift „Voorafgaande aanmelding van concentraties en verwijzing vóór aanmelding op verzoek van de aanmeldende partijen" en bepaalt dat de aanmeldingsplicht ontstaat zodra de betrokken overeenkomst is gesloten (of het openbare overnamebod is aangekondigd), maar voordat de totstandbrenging ervan is gestart. Artikel 7 van verordening nr. 139/2004 heeft het opschrift „Opschorting van de totstandbrenging van de concentratie" en bepaalt in lid 1 dat een concentratie niet tot stand mag worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de interne markt verenigbaar is verklaard. Volgens artikel 14, lid 2, van verordening nr. 139/2004 kan de Commissie geldboeten van ten hoogste 10 % van de totale omzet opleggen wegens niet-aanmelding van een concentratie en wegens een voortijdige totstandbrenging ervan.[9]

16. Anders dan Altice betoogt, zijn de relevante bepalingen van verordening nr. 139/2004 in wezen vergelijkbaar met die van haar voorgangster: zij maken een onderscheid tussen de verplichting tot aanmelding en de verplichting tot niet-totstandbrenging, en voorzien in de mogelijkheid om geldboeten op te leggen wegens niet-nakoming van elk van deze verplichtingen. De verschillen tussen deze twee verordeningen rechtvaardigen mijns inziens geen conclusies over de uitlegging van verordening nr. 139/2004 die het door Altice verdedigde standpunt kunnen schragen.

17. Volgens artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 ontstaat de verplichting tot aanmelding, ten eerste, nadat de overeenkomst is gesloten en, ten tweede, voordat de concentratie tot stand is gebracht. Deze bepaling legt als zodanig geen standstillverplichting op. Het opschrift en de tekst ervan zijn gericht op de verplichting tot aanmelding, een procedureel vereiste dat concreet gestalte krijgt zodra aan de twee bovengenoemde voorwaarden is voldaan. Wanneer de Commissie tot de bevinding komt dat deze bepaling is geschonden, kan zij op grond van artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 binnen een verjaringstermijn van drie

[8] PB 1989, L 395, blz. 1.

[9] Verordening nr. 139/2004 voorziet in verschillende afwijkingen van en uitzonderingen op de aanmeldings- en standstillverplichting, die voor de onderhavige hogere voorziening niet ter zake doen.

jaar [10] geldboeten opleggen. De Commissie moet de feiten beoordelen, met name om vast te stellen of, wanneer en hoe de concentratie tot stand is gebracht, aangezien dit een van de voorwaarden is voor het bestaan van een inbreuk op artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004. De andere voorwaarde is de sluiting van de betrokken overeenkomst.

18. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 betreft de verplichting om de totstandbrenging van een concentratie op te schorten. Het bepaalt dat partijen geen concentratie tot stand mogen brengen zolang deze niet is aangemeld en met de interne markt verenigbaar is verklaard. Op grond van artikel 14, lid 2, onder b), van verordening nr. 139/2004 kan de Commissie binnen een verjaringstermijn van vijf jaar [11] geldboeten opleggen wegens schendingen van dit verbod. De Commissie moet de feiten beoordelen om na te gaan of, en zo ja, wanneer de concentratie tot stand is gebracht. De omvang en de duur van de totstandbrenging zijn relevante elementen voor de vaststelling van de hoogte van een eventuele geldboete die wegens niet-nakoming van deze verplichting moet worden opgelegd. [12] In geval van schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 is het sluiten van een overeenkomst niet per definitie doorslaggevend, aangezien dit geen formeel vereiste van deze bepaling is. [13]

19. Het Hof heeft opgemerkt dat artikel 14, lid 2, onder a) en b), van verordening nr. 139/2004 voorziet in de mogelijkheid om afzonderlijke geldboeten op te leggen wanneer gelijktijdig inbreuk wordt gemaakt op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, doordat een concentratie tot stand is gebracht voordat deze is aangemeld. [14] Wanneer de Commissie vermoedt dat partijen, ten eerste, een concentratie niet tijdig hebben aangemeld en, ten tweede, deze concentratie vóór de goedkeuring tot stand hebben gebracht, is er waarschijnlijk een overlapping tussen de feitelijke omstandigheden die zij in verband met haar eerste en tweede vermoeden moet onderzoeken, namelijk de aard en het tijdstip van de door de partijen ondernomen stappen die kunnen neerkomen op totstandbrenging. [15]

20. Zoals in de punten 56, 57, 60, 63 en 64 van het bestreden arrest onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof – mijns inziens terecht – is vastgesteld, voorzien artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 in verschillende verplichtingen: de eerste bepaling schrijft voor dat concentraties tijdig worden aangemeld, terwijl de tweede de voortijdige totstandbrenging ervan verbiedt; zij hebben aldus autonome doelstellingen. [16] Zij hebben betrekking op verschillende gedragingen, hoewel het in bepaalde gevallen mogelijk is dat het bestaan van deze gedragingen aan de hand van een aantal van dezelfde feiten wordt aangetoond.

[10] Artikel 1 van verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB 1974, L 319, blz. 1).

[11] Ibidem.

[12] Overweging 595 van het litigieuze besluit.

[13] Dit betekent niet dat er geen rekening kan worden gehouden met de voorwaarden van de overeenkomst indien relevant voor de beoordeling van de vraag of de totstandbrenging heeft plaatsgevonden.

[14] Arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 106).

[15] Zie bijvoorbeeld overweging 490 van het litigieuze besluit, waarin de Commissie zich beroept op in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 aangevoerd bewijsmateriaal om te beoordelen of de verplichting van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet is nagekomen.

[16] Arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punten 103 en 104). Altice merkt op dat de verplichtingen van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 tot doel hebben een doeltreffende controle op concentraties te waarborgen. Zoals de Raad benadrukt, is het juister om dit als de overkoepelende doelstelling van verordening nr. 139/2004 aan te merken. De zienswijze van Altice brengt ons niet verder bij de gedetailleerde beoordeling van de vraag of de verplichtingen van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, autonome doelstellingen nastreven.

21. Aangezien artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 autonome doelstellingen hebben, kan niet worden aangenomen dat het eerste artikel gelet op het tweede overtollig is. Zoals in de punten 54 en 55 van het bestreden arrest onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof wordt benadrukt [17], leidt schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet altijd tot schending van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Wanneer een aanmelding tijdig is gedaan, kunnen partijen bij een concentratie na de aanmelding maar vóór de goedkeuring ervan stappen ondernemen om die concentratie tot stand te brengen, in welk geval alleen artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 relevant kan zijn.

22. Het doel van de regulering van fusies is te voorkomen dat zij leiden tot blijvende mededingingsbeperkende wijzigingen in de structuur van de markt. Verordening nr. 139/2004 voert een stelsel van uitsluitende controle in en verbiedt concentraties met een communautaire dimensie die de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren. De mogelijkheid om bij niet-nakoming van de aanmeldingsplicht en/of de standstillverplichting geldboeten op te leggen moedigt de naleving van deze verplichtingen aan en voorkomt aldus dat concentraties onopgemerkt blijven, waardoor de problemen worden vermeden die ontstaan bij het ongedaan maken van problematische concentraties. Het belang van de naleving van elk van deze verplichtingen in het kader van de in verordening nr. 139/2004 neergelegde regeling inzake de verplichte aanmelding en voorafgaande goedkeuring van concentraties is dus duidelijk. [18] Altice heeft geen enkel overtuigend argument aangevoerd dat deze benadering in twijfel zou kunnen trekken. Deze conclusie sluit aan bij de motivering van het bestreden arrest en is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof waarnaar in dit arrest wordt verwezen teneinde de door Altice opgeworpen exceptie van onwettigheid met betrekking tot artikel 4, lid 1, en artikel 14, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 te verwerpen.

23. Ten slotte ben ik het niet eens met het betoog van Altice dat het Gerecht niet is ingegaan op haar argumenten en het door haar aangevoerde bewijs met betrekking tot het verbod op dubbele bestraffing en de samenloop van wetten of strafbare feiten. Altice heeft deze argumenten voor het Gerecht schijnbaar aangevoerd op basis van de premisse dat artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 „hetzelfde rechtsbelang beschermen”. [19] In de punten 56 en 57 van het bestreden arrest is op deze premisse ingegaan, waarna deze argumenten zijn afgewezen. [20]

24. Ik wil hieraan toevoegen dat de schrifturen van Altice onnauwkeurig zijn voor zover daarin begrippen als „samenloop van wetten”, „schijnbare (kennelijke) samenloop van wetten” en „consumptiebeginsel” worden gebruikt. [21] Volgens Altice maken deze verwante begrippen en het verbod op „dubbele bestraffing” dat zij kennelijk inhouden, deel uit van de gemeenschappelijke rechtstradities van de lidstaten en vormen zij derhalve algemene beginselen van Unierecht. Als bewijs heeft Altice aan het Gerecht vijf juridische adviezen overgelegd, om aan te tonen hoe de strafrechtstelsels van België, Spanje, Frankrijk, Italië en Portugal deze begrippen uitleggen en toepassen. Uit deze adviezen komen twee thema’s naar voren. Ten eerste bevatten de strafrechtstelsels van deze lidstaten een verscheidenheid aan regels, die van toepassing zijn in situaties waarin bijvoorbeeld „dezelfde gedraging” of „dezelfde feiten” leiden tot schendingen van meerdere rechtsvoorschriften, gedragingen met elkaar verbonden zijn door een „logisch verband”

[17] Arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punten 101, 102 en 109).

[18] Zie overwegingen 21 en 26 van verordening 4064/89. Zie ook arresten van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Ernst & Young”), en 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 109).

[19] Punt 51 van het bestreden arrest.

[20] Punten 51-67 van het bestreden arrest, waarin de exceptie van onwettigheid wordt onderzocht.

[21] Ik begrijp dat Altice de punten 326-330 van het bestreden arrest, waarin de toepassing van het Duitse beginsel van de verrekening van straffen (*Anrechnungsprinzip*) aan de orde komt, niet betwist.

of „soortgelijk oogmerk", een strafbaar feit gedragingen omvat die een ander strafbaar feit vormen, „algemene strafbare feiten" worden opgenomen in of worden beschouwd als ondergeschikt aan „speciale strafbare feiten" en „minder ernstige strafbare feiten" worden opgeslorpt door „ernstige strafbare feiten". Ten tweede berust de op deze situaties toepasselijke nationale wetgeving op of geeft zij uitdrukking aan de beginselen van billijke procesvoering, wettigheid, evenredigheid van sancties en ne bis in idem [22], die alle in het Unierecht zijn verankerd. [23]

25. Op dit moment zijn bijna alle verwijzingen naar de begrippen waarop Altice zich beroept, te vinden in arresten betreffende de totstandbrenging van concentraties. Door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden zij in slechts een handvol arresten terloops genoemd in het kader van verwijzingen naar nationaal recht. Bij gebreke van nauwkeurige en gemeenschappelijke definities van deze begrippen, een consensus over het feit dat deze begrippen en de daaruit voortvloeiende gevolgen deel uitmaken van de rechtstradities van de lidstaten en een aanwijzing dat zij een identificeerbare leemte in het Unierecht vullen, ben ik er niet van overtuigd dat het nuttig of verstandig is om deze begrippen in het kader van de onderhavige zaak toe te passen of over te nemen.

26. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het eerste middel van de hogere voorziening af te wijzen.

27. Aangezien Altice in het kader van het tweede middel van de hogere voorziening dezelfde argumenten aanvoert, moet dat middel om dezelfde redenen worden afgewezen.

28. Op het betoog van Altice betreffende de evenredigheid van de geldboeten zal ik ingaan bij de bespreking van het zesde middel.

B. Derde, vierde en vijfde middel: totstandbrenging van de concentratie

1. Derde middel: begrip „totstandbrenging"

a) Samenvatting van de argumenten

29. Dit middel heeft betrekking op de voorafgaande afspraken. Het omvat drie onderdelen. Ten eerste voert Altice aan dat in het bestreden arrest het begrip „concentratie" van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 139/2004 wordt verward met het begrip „totstandbrenging" van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van die verordening. Zij betoogt dat er pas sprake van totstandbrenging kon zijn bij de overdracht van de aandelen in de doelonderneming aan Altice, die heeft plaatsgevonden nadat de Commissie de concentratie verenigbaar met de interne markt had verklaard. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat, indien de Commissie de concentratie had verboden of indien de partijen hadden besloten van de transactie af te zien, het niet nodig zou

[22] Het Hof heeft geoordeeld dat het beginsel ne bis in idem niet van toepassing is wanneer een en dezelfde autoriteit in een en dezelfde beslissing sancties oplegt wegens inbreuken op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, zoals hier het geval was (arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 78). Toen Altice werd verzocht zich over dat arrest uit te spreken, heeft zij het Gerecht meegedeeld dat zij haar op het beginsel ne bis in idem gebaseerde middel niet langer handhaafde.

[23] Zie in vergelijkbare zin het Groenboek van de Commissie over de onderlinge aanpassing, wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties in de Europese Unie, COM(2004) 334 definitief, punt 3.1.1.7.

zijn geweest om op grond van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 139/2004 maatregelen te nemen om de vóór de ondertekening van de SPA bestaande mededingingssituatie te herstellen.[24] Het bestreden arrest verdraait de argumenten van Altice op dit punt.[25]

30. Ten tweede wordt in het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover is geoordeeld dat de voorafgaande afspraken een gedeeltelijke totstandbrenging vormden, omdat het Gerecht het argument dat deze afspraken geen duurzame wijziging in zeggenschap vormden, niet heeft weerlegd. Deze afspraken hebben minder dan vijf maanden geduurd en in de SPA was een definitieve einddatum vastgesteld. Het Gerecht heeft ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de overwegingen in punt 49 van het arrest Ernst & Young niet ter zake deden.

31. Ten derde betoogt Altice dat in het bestreden arrest ten onrechte is geoordeeld dat voorafgaande afspraken slechts een nevenrestrictie zijn in de zin van de mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties[26] wanneer zij gericht zijn op het behoud van de waarde van de doelonderneming. De voorafgaande afspraken vielen in casu binnen de werkingssfeer van deze mededeling omdat zij een legitieme rol speelden bij het waarborgen van de integriteit van de overgenomen onderneming tussen de ondertekening en de sluiting en de basis legden voor de integratie ervan in Altice.[27]

32. De Commissie merkt op dat Altice niet is opgekomen tegen de conclusie in het bestreden arrest dat zij de concentratie tot stand had gebracht door daadwerkelijk beslissende invloed op de doelonderneming uit te oefenen – en niet door daartoe in staat te zijn – voordat de Commissie de concentratie verenigbaar met de interne markt had verklaard. Aangezien de conclusie met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed volstaat als grondslag voor het dictum van het bestreden arrest, namelijk dat „het beroep […] voor het overige [wordt] verworpen", treft het middel van de hogere voorziening dat is ontleend aan de mogelijkheid voor Altice om beslissende invloed uit te oefenen, geen doel en moet het daarom worden afgewezen. Hoe dan ook betwist zij alle argumenten die Altice ter ondersteuning van het derde middel naar voren heeft gebracht.

b) Beoordeling

33. Ik ben het niet eens met het betoog van de Commissie dat het derde middel geheel of gedeeltelijk niet ter zake dienend is. Altice is opgekomen tegen de conclusie in het bestreden arrest dat de voorafgaande afspraken het haar mogelijk maakten om beslissende invloed uit te oefenen. De redenering en de conclusies van het Gerecht dienaangaande zijn niet ten overvloede geformuleerd en maken deel van de redenering die tot de verwerping van het beroep heeft geleid.[28]

34. Met betrekking tot het eerste onderdeel van het derde middel van de hogere voorziening heeft het Hof in zijn rechtspraak twee belangrijke punten geformuleerd. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 legt het verbod om een concentratie tot stand te brengen enkel op met betrekking tot

[24] Punten 69-89, 96, 132 en 144 van het bestreden arrest.

[25] Punt 87 van het bestreden arrest.

[26] PB 2005, C 56, blz. 24.

[27] Punten 102-105, 117, 120, 121, 130 en 131 van het bestreden arrest.

[28] Arrest van 18 juni 2020, Commissie/RQ (C-831/18 P, EU:C:2020:481, punt 52 en 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het feit dat de Commissie tot dezelfde conclusie had kunnen komen over de schending van verordening nr. 139/2004 zonder zich te baseren op de mogelijkheid voor Altice om beslissende invloed uit te oefenen, is een andere kwestie.

concentraties zoals die in artikel 3 van deze verordening zijn gedefinieerd.[29] Volgens de bewoordingen van deze laatste bepaling komt een concentratie tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit een fusie of uit verkrijging, waarbij de zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die het mogelijk maken om beslissende invloed uit te oefenen op een onderneming. Van de totstandbrenging van een concentratie in de zin van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 is er sprake zodra de partijen bij een concentratie transacties verrichten die bijdragen tot een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming.[30] Deze punten gelden ook voor artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004.

35. Anders dan Altice stelt, wijst niets in de desbetreffende bepalingen van verordening nr. 139/2004 of in de uitlegging die het Hof daaraan heeft gegeven erop dat de mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen enkel ontstaat door de overdracht van aandelen in de doelonderneming aan de koper. Dit blijkt bovendien duidelijk uit artikel 3, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 en uit de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.[31] Het Gerecht heeft dus terecht geoordeeld dat er sprake kon zijn van een wijziging in zeggenschap omdat de SPA vanaf de datum van ondertekening het voor Altice mogelijk maakten om beslissende invloed op de doelonderneming uit te oefenen.[32]

36. Artikel 8, lid 4, van verordening nr. 139/2004 bepaalt dat de Commissie ondernemingen ertoe kan verplichten de concentratie te ontbinden door de verkoop van aandelen of andere herstelmaatregelen. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt[33], definieert deze bepaling het begrip „concentratie" niet. Anders dan Altice stelt, wordt daarin evenmin het begrip „totstandbrenging" gedefinieerd. Altice stelt op grond hiervan dus ten onrechte dat er slechts sprake is van totstandbrenging in omstandigheden waarin de Commissie ontbindingsmaatregelen in de zin van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 139/2004 kan eisen.

37. De stelling van Altice dat haar betoog in punt 87 van het bestreden arrest is verdraaid, is eveneens ongegrond. Altice zet uiteen in punt 47 van haar verzoekschrift voor het Gerecht te hebben verwezen naar *totstandbrenging*, terwijl in punt 87 van het bestreden arrest wordt verwezen naar het argument van Altice dat alleen transacties die „ontbindingsmaatregelen" in de zin van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 139/2004 vereisen, kenmerkend zijn voor het bestaan van een *concentratie.*[34] Zoals is opgemerkt in punt 36 hierboven, worden de begrippen „concentratie" en „totstandbrenging" in deze bepaling niet gedefinieerd. De conclusie van het Gerecht is hoe dan ook juist, zelfs wanneer het woord „totstandbrenging" wordt vervangen door het woord „concentratie".[35]

38. Wat het tweede onderdeel van dit middel betreft, wordt in de punten 85 en 94 tot en met 97 van het bestreden arrest de duur van de voorafgaande afspraken beoordeeld. Het Gerecht heeft een onderscheid gemaakt tussen maatregelen die bijdragen tot een wijziging in zeggenschap, die niet duurzaam hoeven te zijn, en de wijziging in zeggenschap zelf, die duurzaam moet zijn om een concentratie te vormen. Deze analyse is juist in het licht van de rechtspraak van het

29 Arrest Ernst & Young, punten 43 en 44.

30 Arrest Ernst & Young, punten 45-47 en 52.

31 PB 2008, C 95, blz. 1, punten 18-21 en 61 (hierna: „geconsolideerde mededeling").

32 Punten 77 en 84, laatste volzin, van het bestreden arrest.

33 Punt 87 van het bestreden arrest.

34 Cursivering van mij.

35 Arrest van 11 mei 2017, Dyson/Commissie (C-44/16 P, EU:C:2017:357, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Hof.[36] Het feit dat Altice zich op de voorafgaande afspraken heeft gebaseerd om gedurende 4 maanden en 11 dagen zeggenschap over de doelonderneming uit te oefenen, doet dus niet ter zake.

39. Bovendien worden in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval eventuele twijfels over de duurzaamheid van de wijziging in zeggenschap weggenomen door de vaststelling dat de wijziging in zeggenschap over de doelonderneming die bij de ondertekening van de SPA heeft plaatsgevonden, probleemloos is volbracht bij de overdracht van de aandelen zoals overeengekomen in de SPA, en dat Altice op grond van de voorafgaande afspraken daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op bepaalde aspecten van de activiteiten van de doelonderneming. Zodra de aandelen in de doelonderneming aan Altice waren overgedragen, hoefde zij zich niet langer op de contractuele afspraken te baseren. De stelling van Altice dat de wijziging in zeggenschap tijdelijk was, wordt dus niet door de feiten gestaafd.

40. Wat betreft het argument van Altice inzake de toepassing van de criteria van punt 49 van het arrest Ernst & Young, bepaalt dit punt dat het verrichten van transacties die niet van direct functioneel belang zijn voor de totstandbrenging van een concentratie en derhalve niet noodzakelijk zijn om een wijziging in de zeggenschap te realiseren, niet onder artikel 7 van verordening nr. 139/2004 valt. Altice betoogt dat de voorafgaande afspraken niet noodzakelijk waren, niet van direct functioneel belang waren voor de overdracht van de aandelen en derhalve niet onder deze bepaling vielen.

41. De Commissie wijst er terecht op dat punt 49 van het arrest Ernst & Young ziet op een in de punten 47 en 48 van dat arrest nader beschreven situatie waarin een concentratie tot stand wordt gebracht „met opeenvolgende deeltransacties” en met „transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden”. Zoals in de punten 98 tot en met 100 van het bestreden arrest is opgemerkt, was deze feitelijke situatie in casu niet aan de orde. De criteria van punt 49 van het arrest Ernst & Young voor de beoordeling of het bij neventransacties of voorbereidende transacties om de totstandbrenging van een concentratie door middel van een reeks transacties gaat, doen dus niet ter zake.

42. Wat het derde onderdeel betreft, ben ik het niet eens met het standpunt van Altice dat in het bestreden arrest ten onrechte is geoordeeld dat voorafgaande afspraken gericht moeten zijn op het behoud van de waarde van de doelonderneming om een nevenrestrictie te vormen in de zin van de mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties. In de punten 102 en 103 van het bestreden arrest is de mogelijkheid opengelaten dat andere criteria worden gebruikt dan het behoud van de waarde van de onderneming. In punt 104 wordt opgemerkt dat Altice geen bewijs had geleverd dat er een risico bestond voor de commerciële integriteit van de doelonderneming in plaats van voor de waarde. Het argument van Altice berust dus op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

43. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het derde middel van de hogere voorziening af te wijzen.

[36] Arrest Ernst & Young, punt 52.

2. Vierde middel: begrip „vetorecht”

a) Samenvatting van de argumenten

44. Altice betoogt dat in de punten 91 tot en met 169 van het bestreden arrest blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de voorafgaande afspraken, die in het litigieuze besluit worden aangemerkt als „vetorechten” van Altice ten aanzien van strategische beslissingen die van invloed op de doelonderneming zijn. Altice beroept zich op de punten 18 en 54 van de geconsolideerde mededeling, waarin staat dat zeggenschap slechts op een contractuele grondslag kan worden verkregen indien de betrokken onderneming „een vetorecht [heeft] ten aanzien van strategische commerciële beslissingen”, dat wil zeggen dat zij „bij machte [is] de goedkeuring van strategische beslissingen te blokkeren”. Volgens Altice gaf de SPA haar die bevoegdheid niet, aangezien alleen in de voorafgaande afspraken haar toestemming werd vereist. Het onthouden van die toestemming kon geen „patstelling […] teweegbrengen”, omdat bij niet-nakoming van de voorafgaande afspraken enkel een schadeloosstelling voor geleden verliezen kon worden geëist. Het Gerecht heeft dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door haar betwisting van het litigieuze besluit af te wijzen.

45. Om dezelfde redenen stelt Altice subsidiair dat het Gerecht de bewijzen onjuist heeft opgevat door te oordelen dat de voorafgaande afspraken Altice een vetorecht verleenden. Dit betekent dan weer dat de beoordeling in de punten 170 tot en met 215 van het bestreden arrest met betrekking tot punt 4.2.1 van het litigieuze besluit, die is gebaseerd op de conclusie dat Altice een vetorecht had ten aanzien van die strategische beslissingen, onjuist is. Het Gerecht is dus ten onrechte tot de slotsom gekomen dat de voorafgaande afspraken neerkwamen op een totstandbrenging in de zin van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004.

46. De Commissie is het niet eens met deze argumenten.

b) Beoordeling

47. Met dit middel wordt gesteld dat de punten 91 tot en met 215 van het bestreden arrest fouten bevatten. Aan de hand van een dergelijke ruime verwijzing, die in strijd is met de procedurevereisten van het Hof[37], kan het Hof niet vaststellen tegen welke elementen van het bestreden arrest Altice opkomt.[38] Ter terechtzitting heeft Altice verklaard dat zij voornamelijk de punten 111, 114, 123 tot en met 125 en 131 van het bestreden arrest betwist.

48. Altice beroept zich op de punten 18 en 54 van de geconsolideerde mededeling om te betogen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de conclusie van de Commissie over te nemen dat de voorafgaande afspraken Altice op bepaalde gebieden een vetorecht verleenden. In het bijzonder heeft het Gerecht het in die mededeling gebruikte begrip „vetorecht” onjuist uitgelegd.

[37] Zie bijvoorbeeld arrest van 23 november 2021, Raad/Hamas (C-833/19 P, EU:C:2021:950, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[38] Dit geldt ook voor het tweede onderdeel van het zesde middel.

49. De geconsolideerde mededeling biedt richtsnoeren aan de hand waarvan ondernemingen – voordat zij contact opnemen met de Commissie – kunnen vaststellen of en in hoeverre hun activiteiten onder het Europese stelsel voor concentratiecontrole vallen. Dit laat eventuele uitlegging die het Hof of het Gerecht zou kunnen geven, onverlet. [39]

50. Ik zal eerst punt 54 van de geconsolideerde mededeling onderzoeken, waarin het onderdeel over de verwerving van uitsluitende zeggenschap is opgenomen. Bij aandachtige lezing van dit onderdeel blijkt dat daarin twee verschillende situaties worden geanalyseerd. De punten 54 tot en met 60 hebben betrekking op de verkrijging rechtens van uitsluitende zeggenschap, via stemrechten, doorgaans door middel van de verwerving van een meerderheid of minderheid van de aandelen in de doelonderneming. Punt 61 betreft de feitelijke verkrijging van uitsluitende zeggenschap door de aankoop van vermogensbestanddelen of bij overeenkomst. Voor zover in punt 54 wordt gesproken van een aandeelhouder die „in staat is tegen strategische beslissingen […] een veto uit te spreken", „bij machte [is] de goedkeuring van strategische beslissingen te blokkeren" en over aandeelhouders die „een patstelling [kunnen] teweegbrengen", staat dit in de context van stemrechten die aan aandelen zijn verbonden. Deze bewoordingen geven dus geen definitie of beschrijving van een vetorecht dat bepalend is voor de beoordeling van de in casu aan de orde zijnde rechten op contractuele grondslag. Het Gerecht heeft derhalve terecht geoordeeld dat punt 54 van deze mededeling niet relevant is bij de beoordeling van de voorafgaande afspraken. [40]

51. In punt 18 van de geconsolideerde mededeling staat dat de overeenkomst, om zeggenschap op een contractuele basis te verschaffen, moet „leiden tot een soortgelijke zeggenschap over het beheer en de middelen van de andere onderneming als bij verkrijging van aandelen of vermogensbestanddelen". Er worden verschillende voorbeelden gegeven, waarvan het laatste betrekking heeft op een „vetorecht" in het kader van overeenkomsten die leiden „tot een situatie van gezamenlijke zeggenschap, indien zowel de eigenaar van de vermogensbestanddelen als de onderneming die zeggenschap heeft over het beheer, een vetorecht hebben ten aanzien van strategische commerciële beslissingen". De twee concentratiebesluiten die in voetnoot 22 van de mededeling worden aangehaald, illustreren dit. Het eerste betreft de overname van een groep hotels. Eén gezamenlijke onderneming zou de eigenaar van de hotels worden. De andere onderneming zou de hotels overeenkomstig een beheersovereenkomst beheren. De door de beherende onderneming voor de hotels opgestelde exploitatieplannen moesten door de ondernemingen worden goedgekeurd. Indien de partijen geen overeenstemming konden bereiken, zouden zij het geschil voorleggen aan een externe arbiter, waardoor een eventuele patstelling zou worden vermeden. [41]

52. Uit dit overzicht blijkt dat het begrip „vetorecht" in dit deel van de geconsolideerde mededeling wordt gebruikt om een situatie te beschrijven waarin de bij een transactie betrokken partijen overeenkomen dat de instemming van de koper vereist is voor bepaalde commerciële beslissingen die de doelonderneming raken. Voor zover het bestreden arrest het gebruik van het begrip „vetorecht" in het litigieuze besluit uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft bekrachtigd om de inhoud van de voorafgaande afspraken te beschrijven, is geen fout gemaakt.

[39] Arrest van 18 januari 2017, Toshiba/Commissie (C-623/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:21, punten 67 en 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[40] Punten 123-125 van het bestreden arrest.

[41] Zaak COMP/M.3858 (Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien) van 20 juli 2005, punten 7-10. Het tweede concentratiebesluit waarnaar in voetnoot 22 van de geconsolideerde mededeling wordt verwezen [zaak IV/M.126 (Accor/Wagon-Lits) van 28 april 1992], is onvoldoende gedetailleerd beschreven om er voor de onderhavige hogere voorziening nuttige conclusies uit te kunnen trekken.

53. Met haar subsidiaire middel, dat op soortgelijke argumenten berust en volgens hetwelk het Gerecht bewijzen onjuist heeft opgevat, trekt Altice in werkelijkheid de beoordeling van de feiten door het Gerecht in twijfel, hetgeen in het kader van een hogere voorziening niet is toegestaan. [42] Dit middel berust bovendien op de premisse dat in de voorafgaande afspraken geen „vetorechten" zijn toegekend. Om de in de punten 50 tot en met 52 hierboven uiteengezette redenen geef ik het Hof in overweging niet in te stemmen met deze premisse.

54. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het vierde middel van de hogere voorziening af te wijzen.

3. Vijfde middel: uitwisseling van informatie

a) Samenvatting van de argumenten

55. Altice voert drie argumenten aan om de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de uitwisseling van informatie te betwisten.

56. Met het eerste onderdeel van het vijfde middel stelt Altice dat in de punten 226, 235 en 236 van het bestreden arrest de betekenis van de overwegingen 470, 479 en 482 van het litigieuze besluit wordt verdraaid voor zover daarin wordt geoordeeld dat in deze overwegingen niet is vermeld dat de uitwisseling van informatie tussen Altice en de doelonderneming in strijd is met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. De uitlegging van deze overwegingen door het Gerecht is onredelijk, omdat de tekst van het litigieuze besluit overduidelijk bevestigt dat de Commissie tot de conclusie was gekomen dat de uitwisseling van informatie als zodanig de uitoefening van beslissende invloed vormde.

57. Met het tweede onderdeel van het vijfde middel betoogt Altice dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met het feit dat de uitwisseling van informatie in strijd kan zijn met artikel 101 VWEU, dat voorziet in een systeem van handhaving achteraf. De conclusie dat de uitwisseling van informatie onder het systeem van voorafgaande controle van verordening nr. 139/2004 valt wanneer zij plaatsvindt in situaties die uiteindelijk tot een concentratie leiden, maar tot inbreuken op artikel 101 VWEU muteert wanneer er geen wijziging in zeggenschap is, is abnormaal en niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, volgens welke de werkingssfeer van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 die van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 en 102 VWEU niet mag beperken. [43]

58. Het derde onderdeel van het vijfde middel stelt dat het bestreden arrest niet uiteenzet in welk opzicht de uitwisseling van informatie noodzakelijk zou zijn geweest om een duurzame wijziging in zeggenschap tot stand te brengen of om een rechtstreeks verband te leggen met de totstandbrenging van de concentratie toen Altice de aandelen in de doelonderneming verwierf. Het Gerecht is dus voorbijgegaan aan de vereisten van punt 49 van het arrest Ernst & Young.

59. De Commissie bestrijdt deze argumenten.

[42] Arrest van 11 mei 2017, Dyson/Commissie (C-44/16 P, EU:C:2017:357, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[43] PB 2003, L 1, blz. 1.

b) Beoordeling

60. Wat de gestelde onjuiste opvatting van de bewijzen betreft, staat het uitsluitend aan het Gerecht om de feiten vast te stellen. Tenzij de vaststellingen van het Gerecht feitelijk onjuist zijn, is er geen sprake van een onjuiste rechtsopvatting die door het Hof moet worden beoordeeld. [44]

61. In overweging 470 van het litigieuze besluit wordt opgemerkt dat de „ontvangst van dergelijke gevoelige en gedetailleerde informatie […] zonder clean-teamregelingen Altice in staat stelde om te handelen alsof zij reeds de zeggenschap over [de doelonderneming] had en derhalve het recht had om naar dergelijke informatie te vragen en deze te ontvangen". In overweging 473 van het litigieuze besluit, de laatste alinea van het onderdeel waar overweging 470 onder valt, staat: „[…] [D]e Commissie is van mening dat het feit dat door Altice strategische informatie over de KPI's [(kritieke prestatie-indicatoren)] en het toekomstige prijsbeleid van de doelonderneming is opgevraagd en ontvangen, *mede aantoont* dat Altice beslissende invloed heeft uitgeoefend […]." [45]

62. Overweging 479 van het litigieuze besluit is de eerste alinea van het onderdeel met het opschrift „Conclusie over de schending van artikel 7, lid 1, van [verordening nr. 139/2004]". Er staat in dat een aantal bedingen in de SPA en het gedrag van Altice vanaf de datum van ondertekening zoals dat in onderdeel 4.2 van het litigieuze besluit is beschreven, neerkwamen op een vroegtijdige uitvoering van de transactie. Onderdeel 4.2 heeft het opschrift „De invloed van Altice op de doelonderneming" en omvat de overwegingen 178 tot en met 478. In dit onderdeel wordt eerst de invloed van Altice op de commerciële beslissingen van de doelonderneming besproken (onderdeel 4.2.1., overwegingen 178-377) en vervolgens de uitwisselingen van commercieel gevoelige informatie tussen Altice en de doelonderneming (onderdeel 4.2.2., overwegingen 378-478). In overweging 482 is geconcludeerd dat alle in onderdeel 4.2 beschreven gedragingen neerkwamen op de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed.

63. Uit de tekst van de overwegingen 470, 479 en 482 van het litigieuze besluit blijkt dan ook dat de Commissie niet tot de slotsom is gekomen dat de uitwisseling van informatie tussen Altice en de doelonderneming als zodanig inbreuk maakte op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. De context van deze overwegingen bevestigt dit standpunt. Het Gerecht heeft de feiten dus niet onjuist opgevat door te oordelen dat de Commissie niet tot de slotsom is gekomen dat deze uitwisseling van informatie voldoende was om een inbreuk op artikel 4, lid 1, of artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 vast te stellen [46] en dat de Commissie in overweging 478 van het litigieuze besluit terecht tot de slotsom is gekomen dat de uitwisselingen van informatie mede aantoonden dat verzoekster beslissende invloed heeft uitgeoefend op bepaalde aspecten van de activiteiten van PT Portugal [47].

64. De argumenten die Altice met het tweede onderdeel van het onderhavige middel aanvoert met betrekking tot de toepassing van artikel 101 VWEU, zijn fundamenteel onjuist. Afgezien van de betwisting van de gestelde onjuiste opvatting van de bewijzen bij het onderzoek van het eerste onderdeel van het onderhavige middel, dat ik het Hof in overweging geef af te wijzen, is Altice niet opgekomen tegen de vaststelling van het Gerecht dat de uitwisseling van informatie mede heeft aangetoond dat zij beslissende invloed had uitgeoefend op aspecten van de activiteiten van de doelonderneming. De uitwisseling van informatie was inherent aan de werking van de toestemmingsregelingen in de voorafgaande afspraken en was een wezenlijk element van de

44 Arrest van 11 mei 2017, Dyson/Commissie (C-44/16 P, EU:C:2017:357, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Cursivering van mij. Zie ook overwegingen 477 en 478 van het litigieuze besluit.

46 Punt 226 van het bestreden arrest.

47 Punt 235 van het bestreden arrest.

uitoefening van beslissende invloed op de doelonderneming door Altice.[48] Het zou onlogisch of zelfs onwettig[49] zijn indien de Commissie de uitwisseling van informatie buiten beschouwing zou laten bij haar toetsing van de andere gedragingen aan artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 en in plaats daarvan deze gedragingen afzonderlijk zou beoordelen in het licht van artikel 101 VWEU.

65. Het argument betreffende de toepassing van de overwegingen in punt 49 van het arrest Ernst & Young moet derhalve om de in punt 41 hierboven uiteengezette redenen worden afgewezen.

66. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het vijfde middel van de hogere voorziening af te wijzen.

C. Zesde middel: vaststelling van de geldboeten

67. Het zesde middel van Altice bestaat uit vier onderdelen. Deze kunnen onder vier algemene noemers worden gebracht: ten eerste, de vraag of de inbreuken uit onachtzaamheid zijn begaan; ten tweede, de motivering van het Gerecht; ten derde de stelling dat, aangezien de inbreuken – met name in tijdsduur – verschillend zijn, ook de hoogte van de geldboeten verschillend moet zijn, en ten vierde, de evenredigheid van de geldboeten, afzonderlijk en cumulatief beschouwd.

1. Eerste onderdeel: onachtzaamheid bij het begaan van de inbreuken

a) Samenvatting van de argumenten

68. Altice betoogt dat, anders dan het Gerecht in de punten 279 tot en met 296 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, de inbreuken op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet uit onachtzaamheid zijn begaan. In de rechtspraak wordt erkend dat de omvang van de verplichting van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet duidelijk is. Voorafgaande afspraken in aandelenkoopovereenkomsten zijn bij fusies en overnamen vaste praktijk. Dit is ook de eerste keer dat de Commissie heeft verklaard dat dit soort afspraken en uitwisselingen van informatie in de periode tussen de ondertekening van de SPA en de overdracht van aandelen in de doelonderneming als totstandbrenging moet worden aangemerkt. Voorts betoogt Altice dat zij de Commissie niet heeft belemmerd bij het opsporen van de concentratie, omdat zij met het ontwerpformulier CO ook het ontwerp van de SPA bij de Commissie heeft ingediend.

69. De Commissie bestrijdt deze argumenten.

b) Beoordeling

70. In de punten 279 tot en met 296 van het bestreden arrest zijn de argumenten van Altice onderzocht dat de geldboeten onwettig zijn omdat er van haar kant geen sprake was van onachtzaamheid of opzet. Na een korte samenvatting van de argumenten in punt 279 van dit arrest herinnert het Gerecht eraan dat volgens artikel 14, lid 2, van verordening nr. 139/2004 geldboeten kunnen worden opgelegd wegens opzettelijk of uit onachtzaamheid begane

[48] Overwegingen 49 en 50 van het litigieuze besluit.

[49] Zie artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004.

inbreuken. Vervolgens zet het Gerecht uiteen hoe de rechtspraak deze bepaling heeft uitgelegd. In de punten 284 tot en met 290 van het bestreden arrest worden de factoren en het bewijs beoordeeld op basis waarvan de Commissie heeft geconcludeerd dat Altice onachtzaam is geweest. Het Gerecht heeft de argumenten van Altice tegen deze beoordeling afgewezen. De vaststellingen in de punten 284 tot en met 290 van het bestreden arrest zijn in deze hogere voorziening niet aan de orde. Altice betwist enkel de vaststellingen in de punten 292 en 293, waarin wordt ingegaan op haar argumenten dat de betrokken rechtsregel onduidelijk is en dat er geen precedenten zijn.

71. Zoals in de punten 282, 292 en 293 van het bestreden arrest terecht wordt opgemerkt, is het vaste rechtspraak dat aan de voorwaarde van onachtzaamheid is voldaan wanneer de onderneming niet onkundig kan zijn van het karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust is, de mededingingsregels van de Unie te schenden. [50] Het feit dat gedragingen met dezelfde kenmerken in het verleden niet zijn onderzocht, betekent niet dat een onderneming niet aansprakelijk kan worden gesteld voor dergelijk gedrag. [51]

72. Altice betwist niet significante ervaring met concentratietransacties te hebben. Bovendien blijkt uit bewijsstukken uit de periode van de inbreuk dat zij op de hoogte was gebracht van het risico dat haar gedrag „gun-jumping" vormde, oftewel „vooruitlopen op een besluit van de mededingingsautoriteit en handelen alsof de goedkeuring is verleend". [52] Er is overduidelijk aangetoond dat de partijen bij de concentratie voornemens waren de transactie vóór de aanmelding en goedkeuring uit te voeren en deze ook daadwerkelijk hebben uitgevoerd, en dat zij uitdrukkelijk gegeven advies dat dit in strijd zou zijn met de toepasselijke regels, hebben genegeerd. De ondernomen stappen waren niet louter ter voorbereiding en gingen verder dan wat noodzakelijk was om de waarde van de doelonderneming te behouden. Er waren geen waarborgen, zoals niet-openbaarmakingsovereenkomsten of clean-teamregelingen. De opmerking van Altice dat deze werkwijze de normale gang van zaken is bij fusies en overnamen, is zorgwekkend en verdient de aandacht van de Commissie.

73. Het argument dat Altice de Commissie niet heeft belemmerd bij het opsporen van de concentratie omdat zij met het ontwerpformulier CO ook het ontwerp van de SPA heeft ingediend, doet mijns inziens niet ter zake voor de beoordeling van de vraag of de inbreuk uit onachtzaamheid is begaan. Het kan hooguit relevant zijn voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk op de aanmeldingsplicht van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004. [53]

2. Tweede onderdeel: motivering inzake de oplegging van geldboeten

a) Samenvatting van de argumenten

74. Altice betoogt dat het Gerecht artikel 296 VWEU en artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie heeft geschonden door te concluderen dat de hoogte van de uit hoofde van artikel 7, lid 1, en artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 opgelegde

[50] Zie in die zin arresten van 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a. (C-681/11, EU:C:2013:404, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 156 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[51] Zie in die zin arresten van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie (C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 164), en 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 43).

[52] Punten 286-289 van het bestreden arrest en overweging 582 van het litigieuze besluit.

[53] Dit sluit aan bij de in de punten 364-368 van het bestreden arrest gekozen benadering.

geldboeten in het litigieuze besluit toereikend was gemotiveerd. De motivering in de punten 297 tot en met 362 van het bestreden arrest, in het bijzonder – zoals ter terechtzitting is verduidelijkt – de punten 314 tot en met 324 van het bestreden arrest, is ontoereikend en tegenstrijdig. Het Gerecht had moeten uitleggen waarom, indien de Commissie twee afzonderlijke geldboeten wegens schending van deze bepalingen kon opleggen, zij de hoogte van elke geldboete niet afzonderlijk hoefde te beoordelen.

75. De Commissie is van mening dat het Hof dit argument niet-ontvankelijk moet verklaren, omdat het niet voldoet aan het vereiste dat in de hogere voorziening duidelijk wordt aangegeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan Altice vernietiging vordert, het is gericht, en welke argumenten rechtens worden aangevoerd om deze vordering specifiek te staven. [54]

b) Beoordeling

76. De Commissie wijst er terecht op dat het argument van Altice beknopt is. Het is niettemin uitvoerig genoeg om de Commissie in staat te stellen op dit punt verweer te voeren en het Hof in staat te stellen het te beoordelen.

77. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 296 VWEU vereiste motivering zijn aangepast aan de aard van de betrokken handeling en moet de gevolgde redenering duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking komen. In de motivering hoeven niet alle gegevens feitelijk en rechtens te worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering aan deze vereisten voldoet, acht moet worden geslagen op zowel de tekst ervan als de context waarin de handeling is genomen. [55]

78. In de punten 315 tot en met 324 van het bestreden arrest motiveert het Gerecht zijn afwijzing van het argument van Altice dat de geldboeten onwettig zijn wegens ontoereikende motivering in het litigieuze besluit. Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan dat de Commissie overeenkomstig artikel 14, lid 2, van verordening nr. 139/2004 geldboeten kan opleggen tot 10 % van de totale omzet behaald door de betrokken onderneming en dat de Commissie ingevolge artikel 14, lid 3, van deze verordening bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening moet houden met de aard, de zwaarte en de duur van elke inbreuk. In punt 319 van het bestreden arrest staat dat de Commissie de aard, de zwaarte en de duur van deze inbreuken in de overwegingen 568 tot en met 599 van het litigieuze besluit heeft toegelicht. In de punten 320 tot en met 322 van het bestreden arrest wordt de motivering van het litigieuze besluit samengevat. In punt 323 wordt geconcludeerd dat deze motivering toereikend was omdat zij Altice in staat stelde zichzelf te verdedigen en het Gerecht in staat stelde zijn toezicht uit te oefenen.

79. Blijkens de tekst van de punten 320 tot en met 323 van het bestreden arrest was het Gerecht van oordeel dat de Commissie de aard, de zwaarte en de duur van elk van de inbreuken afzonderlijk had beoordeeld. De Commissie was van mening dat beide inbreuken afbreuk deden aan de doeltreffendheid van verordening nr. 139/2004, ernstig waren en ten minste uit onachtzaamheid waren begaan, maar dat de duur ervan verschilde.

80. Het Gerecht heeft aldus de gemeenschappelijke elementen van de inbreuken tezamen onderzocht en de uiteenlopende elementen afzonderlijk beoordeeld. Daarmee heeft het Gerecht gekozen voor een geschikte benadering die niet in tegenspraak is met zijn conclusie dat het de

[54] Arrest van 9 november 2017, TV2/Danmark/Commissie (C-649/15 P, EU:C:2017:835, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[55] Arrest van 10 maart 2016, HeidelbergCement/Commissie (C-247/14 P, EU:C:2016:149, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Commissie vrijstond om twee geldboeten op te leggen. Aangezien er geen gedetailleerde richtsnoeren zijn voor de berekening van geldboeten, waarin bijvoorbeeld het relatieve gewicht van de drie verschillende criteria en van de uitgangswaarden of vermenigvuldigingsfactoren voor een of meer daarvan zou zijn vermeld, kon het Gerecht de motivering hiervan in het litigieuze besluit als toereikend beschouwen.[56]

81. In antwoord op het betoog dat in het litigieuze besluit niet helder wordt uiteengezet hoe de Commissie de krachtens artikel 14 van verordening nr. 139/2004 opgelegde geldboeten heeft berekend, wil ik de volgende opmerkingen maken. Tot op heden heeft de Commissie in slechts een handvol gevallen dergelijke geldboeten opgelegd en wel in een beperkt aantal omstandigheden waarin ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004.[57] De schade die uit dergelijke inbreuken voortvloeit, is moeilijk louter in geld uit te drukken.[58] Indien de Commissie de geldboete op de schade zou baseren, zou de totstandbrenging van een problematische concentratie naar alle waarschijnlijkheid strenger worden bestraft dan die van een onproblematische concentratie. Deze benadering zou kunnen botsen met het beginsel dat, aangezien alle concentraties met een communautaire dimensie die vóór de totstandbrenging ervan bij de Commissie moeten worden aangemeld en verenigbaar met de interne markt moeten worden verklaard, elke schending van deze regel op dezelfde wijze moet worden bestraft. Concentraties zijn uitzonderlijke gebeurtenissen in het bestaan van een onderneming. Zij brengen aanzienlijke financiële risico's en reputatierisico's met zich mee en kosten veel geld in de vorm van acquisitiekosten, financiering, honoraria en managementtijd.[59] Indien de hoogte van de geldboeten nauwkeurig zou kunnen worden bepaald, zouden ondernemingen het risico van niet-naleving kunnen opnemen in de kosten-batenanalyse van een concentratie. Bovendien is de opsporing van inbreuken op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet eenvoudig. Bepaalde activiteiten, zoals reclame en marketing, kunnen door de Commissie op basis van openbaar toegankelijke informatie worden herkend, maar andere strategieën voor de vroegtijdige totstandbrenging van concentraties houden wijzigingen in die buitenstaanders waarschijnlijk niet kunnen opsporen.[60] Uit al deze overwegingen blijkt hoe belangrijk het is dat de Commissie de hoogte van geldboeten voor verboden gedrag op dit gebied zodanig vaststelt dat er een afschrikkende werking van uitgaat. De afschrikkende werking is zeker groter wanneer de hoogte van de geldboeten die de Commissie in een individueel geval zou kunnen opleggen, in zekere mate onvoorzienbaar is. Mits het besluitvormingsproces van de Commissie de algemene beginselen van Unierecht eerbiedigt, met name het beginsel van gelijke behandeling, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsvereiste, en de resultaten ervan aan een daadwerkelijke rechterlijke toetsing zijn onderworpen, denk ik bij de huidige stand van zaken niet dat de instandhouding van concurrerende marktstructuren en de volledige naleving van het Europese

[56] Zie naar analogie arresten van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 181 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punten 68 en 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[57] Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, punten 44 en 45). In zaak IV/M.920, Samsung/AST, beschikking van de Commissie van 18 februari 1998, en zaak IV/M.969, A.P. Møller, beschikking van de Commissie van 10 februari 1999, heeft de Commissie symbolische geldboeten opgelegd. In zaak COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône van 10 juni 2009, en in zaak nr. COMP/M.6850, Marine Harvest/Morpol van 30 september 2013, heeft de Commissie geldboeten opgelegd van in totaal 20 miljoen EUR.

[58] Beide omstandigheden staan in contrast met de situatie met betrekking tot schendingen van artikel 101 VWEU.

[59] Volgens de website van Altice had de doelonderneming een „cash and debt free"-bedrijfswaarde van 7,4 miljard EUR (dat wil zeggen zonder rekening te houden met de liquide middelen en de schulden). De contante vergoeding bedroeg 5,6 miljard EUR. De transactiekosten bedroegen 122 miljoen EUR.

[60] De regeling met betrekking tot artikel 101 VWEU, die erin voorziet dat klokkenluiders en ondernemingen die met de Commissie samenwerken, en die de Commissie nodig heeft om haar attent te maken op mogelijke inbreuken op die bepaling, vrijgesteld zijn van geldboeten of lagere geldboeten krijgen, zou in het kader van concentraties niet werken.

stelsel voor concentratiecontrole zouden worden bevorderd door meer transparantie bij de berekening van de geldboeten die wegens schending van verordening nr. 139/2004 worden opgelegd. [61]

3. Derde onderdeel: verschil in de hoogte van de geldboeten als gevolg van verschillen in de inbreuken

a) Samenvatting van de argumenten

82. Altice betoogt dat in de punten 320 tot en met 324 van het bestreden arrest blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover daarin wordt geoordeeld dat op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 139/2004 twee afzonderlijke geldboeten van eenzelfde bedrag kunnen worden opgelegd voor twee beweerdelijk autonome inbreuken, ondanks de verschillen in aard, zwaarte en duur daarvan. Altice is van mening dat schending van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 minder ernstig is dan schending van artikel 7, lid 1, ervan, in de zin dat de eerste een eenmalige en de tweede een continue inbreuk is. In punt 343 van het bestreden arrest wordt niet uiteengezet waarom de duur van de twee inbreuken niet kan worden vergeleken. Deze vaststelling is bovendien rechtens onjuist, aangezien zij geen enkele steun vindt in verordening nr. 139/2004. Indien een geldboete van 62 250 000 EUR evenredig is voor een inbreuk die 137 dagen heeft geduurd, mag de geldboete voor een inbreuk op artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 die slechts één dag heeft geduurd, niet hoger zijn dan 450 000 EUR.

83. De Commissie bestrijdt deze argumenten.

b) Beoordeling

84. Het betoog van Altice berust op een onjuiste uitlegging van het bestreden arrest. In de punten 320 tot en met 324 ervan wordt onderzocht of het litigieuze besluit toereikend is gemotiveerd. Dit blijkt uit het opschrift boven punt 312 en uit de tekst van dat punt, waarin de argumenten van Altice worden samengevat. Tevens blijkt dit uit punt 314, waarin wordt verwezen naar artikel 296, tweede alinea, VWEU, uit de rechtspraak die dit artikel uitlegt, en uit de twee concluderende punten in dit onderdeel (de punten 319 en 323), waarin wordt geoordeeld dat de motivering van het litigieuze besluit toereikend is.

85. In de punten van het bestreden arrest waartegen Altice opkomt, wordt niet ingegaan op de gegrondheid van de motivering van het litigieuze besluit. Zij kunnen dus niet worden betwist op grond dat blijk is geven van een dergelijke onjuiste rechtsopvatting.

86. Wat de gestelde ontoereikende motivering in punt 343 van het bestreden arrest betreft, wordt in dit punt – dat is opgenomen in het onderdeel waarin wordt onderzocht of de geldboeten in het licht van het evenredigheidsbeginsel onwettig zijn – verklaard dat deze vergelijking onmogelijk is omdat „een eenmalige inbreuk geen duur heeft”. Deze redenering is weliswaar beknopt geformuleerd, maar licht de beslissing van het Gerecht op dit punt toe en maakt het mogelijk daartegen in hogere voorziening op te komen, zoals Altice heeft gedaan.

[61] Zie voor een tegenovergestelde opvatting bijvoorbeeld, Memeti, N., „Monetary Fines in EU Mergers: In Need for More Regulation”, *Market and Competition Law Review*, april 2019, deel III, nr. 1, blz. 209-233.

87. In haar betwisting ten gronde van deze vaststelling voert Altice aan dat niets in verordening nr. 139/2004, en met name niets in artikel 4, lid 1, artikel 7, lid 1, of artikel 14, lid 2, de conclusie van het Gerecht staaft. Ik ben het hier niet mee eens. Zoals in punt 17 hierboven is uiteengezet, is het in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 neergelegde vereiste van aanmelding van concentraties een procedurele verplichting die aan de orde is wanneer is voldaan aan de twee in deze bepaling genoemde voorwaarden. Het is dus juist te stellen dat inbreuken op deze bepaling eenmalig zijn en geen duur hebben, zodat ze niet kunnen worden vergeleken met inbreuken op artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, aangezien die laatstbedoelde inbreuken, zoals Altice erkent, een duur hebben. Gelet op deze conclusie kan haar argument dat het bedrag van de geldboete wegens schending van artikel 4, lid 1, van die verordening moet worden verlaagd naar 450 000 EUR, niet slagen. [62]

4. Vierde onderdeel: evenredigheid van de geldboeten, afzonderlijk en cumulatief beschouwd

a) Samenvatting van de argumenten

88. Altice betoogt dat de oplegging van een geldboete van 62 250 000 EUR voor een inbreuk op artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004, de inbreuk die ook op grond van artikel 7, lid 1, eerste zinsdeel, van die verordening wordt bestraft, onevenredig is. Zij voegt daaraan toe dat elk van de geldboeten onevenredig is, aangezien de Commissie voordien veel lagere geldboeten heeft opgelegd voor inbreuken op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Ten slotte voert Altice aan dat in punt 308 van het bestreden arrest ten onrechte is geoordeeld dat het feit dat zij de transactie heeft aangemeld en vóór de ondertekening van de SPA toezeggingen heeft gedaan, „[niet afdoet] aan het feit dat haar gedrag een inbreuk vormt". In deze vaststelling wordt de stelling van Altice verdraaid dat de Commissie deze omstandigheden bij haar beoordeling van de aard en de zwaarte van elke inbreuk in aanmerking had moeten nemen.

89. De Commissie bestrijdt deze argumenten.

b) Beoordeling

90. De rechtspraak biedt geen steun voor de stelling van Altice dat, wanneer bij één besluit twee geldboeten worden opgelegd, de evenredigheid van elk ervan moet worden beoordeeld. [63] Gelet op de motivering die ik het Hof in overweging geef voor de afwijzing van de eerste twee middelen van de hogere voorziening, kan het argument dat Altice tweemaal voor dezelfde gedraging wordt bestraft, dan ook niet slagen. [64]

91. Volgens artikel 14, lid 2, van verordening nr. 139/2004 mag de maximale geldboete niet hoger zijn dan 10 % van de totale omzet van een onderneming. De Commissie wijst erop dat de door haar aan Altice opgelegde geldboeten 0,5 % van haar totale omzet in het jaar vóór de vaststelling van het litigieuze besluit bedroegen. De juistheid of de relevantie van de inaanmerkingneming van deze overweging door de Commissie bij haar beoordeling van de evenredigheid van de geldboete in het licht van het vereiste van de afschrikkende werking, is door Altice niet in twijfel getrokken. Het is duidelijk dat de eerdere geldboeten wegens soortgelijke inbreuken onvoldoende

[62] Arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 115).

[63] Arrest van 3 april 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, punten 38 en 39).

[64] Zie punten 14-28 hierboven, met name punt 20, en arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 116).

afschrikkende werking op Altice hebben gehad, zodat haar argument dat de oplegging van aanzienlijk hogere geldboeten onevenredig is, niet kan slagen. Evenmin kan een eerdere besluitvormingspraktijk van de Commissie als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken dienen. [65]

92. Het argument van Altice dat het Gerecht heeft nagelaten „de evenredigheid van de geldboeten te verzekeren" is om twee redenen kennelijk ongegrond. In de eerste plaats is in de punten 332 tot en met 349 van het bestreden arrest het argument van Altice dat de geldboeten onwettig zijn, aan het evenredigheidsbeginsel getoetst. Afgezien van punt 343 betwist Altice geen enkel element van deze beoordeling. [66] In de tweede plaats heeft het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht het verzoek om verlaging van de geldboete beoordeeld in het kader van het door Altice aangevoerde middel van schending van het evenredigheidsbeginsel. Het Gerecht heeft in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht vastgesteld dat het „elke grief, rechtens of feitelijk, [moet] onderzoeken waarmee wordt aangevoerd dat het bedrag van de geldboete niet passend is in het licht van de zwaarte en de duur van de inbreuk", „rekening houdend met alle omstandigheden van het geval", teneinde „een bedrag van de geldboete vast te stellen dat, gelet op de criteria die het passend acht, in verhouding staat tot de zwaarte van de door [Altice] gemaakte inbreuk en dat tevens voldoende afschrikkend is". [67] Uit het voorgaande blijkt dat het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht bij de toetsing van de geldboeten het evenredigheidsbeginsel in acht heeft genomen. Altice betwist geen enkel specifiek element van deze analyse. Haar stelling dat het Gerecht niet elke inbreuk afzonderlijk heeft onderzocht, is feitelijk onjuist, aangezien het Gerecht heeft geoordeeld dat de verzachtende omstandigheid enkel van toepassing was op de geldboete wegens schending van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004.

93. Altice voert aan dat in punt 308 van het bestreden arrest haar stelling wordt verdraaid dat de Commissie bij haar beoordeling van de aard en de zwaarte van elke inbreuk in aanmerking had moeten nemen dat Altice de transactie had aangemeld en vóór de ondertekening van de SPA toezeggingen had gedaan. Aangezien Altice geen andere gegevens of juridische argumenten ter staving van deze gestelde onjuistheid heeft verstrekt, voldoet dit betoog niet aan de voorschriften van het Hof en moet het op die grond worden afgewezen. [68]

94. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het zesde middel, en aldus de hogere voorziening in haar geheel, af te wijzen.

IV. Kosten

95. Volgens artikel 138, leden 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, gelezen in samenhang met artikel 184, leden 1 en 2, ervan, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

96. Aangezien Altice in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten en de kosten die de Commissie in het kader van de onderhavige procedure heeft gemaakt.

[65] Zie naar analogie arrest van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie (C-76/06 P, EU:C:2007:326, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[66] Zie punt 87 hierboven.

[67] Punten 350, 354, 355 en 363 van het bestreden arrest.

[68] Zie punt 48 hierboven.

97. Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, gelezen in samenhang met artikel 184, leden 1 en 2, ervan, dragen de lidstaten en de instellingen die hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten.

98. Bijgevolg moet de Raad in zijn eigen kosten van deze hogere voorziening worden verwezen.

V. Conclusie

99. Ik geef het Hof derhalve in overweging:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– Altice Group Lux Sàrl, voorheen New Altice Europe BV, in liquidatie, te verwijzen in haar eigen kosten en in die van de Europese Commissie.

– de Raad van de Europese Unie te verwijzen in zijn eigen kosten.