Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTHONY MICHAEL COLLINS
apresentadas em 27 de abril de 2023 [1]

Processo C-746/21 P

Altice Group Lux Sàrl, anteriormente New Altice Europe BV, em liquidação
contra

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Concorrência — Controlo das operações de concentração entre empresas — Regulamento (CE) n.º 139/2004 — Artigo 4.º, n.º 1 — Obrigação de notificação prévia — Artigo 7.º, n.º 1 — Obrigação de suspensão — Artigo 14.º, n.º 2 — Decisão que aplica coimas por falta de notificação e realização de uma concentração antes de esta ter sido declarada compatível com o mercado interno — Princípio da proporcionalidade — Desvirtuação dos factos»

I. Introdução

1. O presente recurso diz respeito a «*gun-jumping*» [«queimar etapas»] ou incumprimento das obrigações de notificação e suspensão previstas no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das Concentrações Comunitárias») [2]. Este regulamento exige que as partes numa concentração notifiquem a Comissão Europeia de uma concentração abrangida pelo regime de notificação obrigatória. Também as proíbe de realizar uma concentração antes que a Comissão a tenha autorizado. O Regulamento n.º 139/2004 confere à Comissão o poder de aplicar coimas às partes que violem ambas as obrigações referidas. O exercício desse poder deu origem ao presente recurso.

II. Matéria de facto, tramitação processual e pedidos das partes

2. Em 9 de dezembro de 2014, a New Altice Europe BV (a seguir «Altice») celebrou um contrato de aquisição de ações [3] («*share purchase agreement*», a seguir «SPA») com a Oi SA (a seguir «vendedor») pelo qual a Altice adquiria o controlo exclusivo da PT Portugal (a seguir «alvo») na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004. Esse contrato incluía acordos restritivos, nomeadamente o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), que visava regular a gestão do alvo entre a

[1] Língua original: inglês.

[2] JO 2004, L 24, p. 1.

[3] Designado «acordo de operação» na decisão impugnada (definido no n.º 4 das presentes conclusões).

data de assinatura e a data do encerramento da aquisição, nos termos da qual o vendedor concordou em abster-se de tomar certas ações e decisões comerciais sem autorização prévia da Altice (a seguir «acordos anteriores ao encerramento») [4].

3. Na sequência de contactos com a Comissão, prévios à notificação, a Altice notificou formalmente a concentração em 25 de fevereiro de 2015. Em 20 de abril de 2015, a Comissão declarou-a compatível com o mercado interno, sob reserva do respeito de determinados compromissos.

4. Em 24 de abril de 2018, a Comissão adotou a Decisão C(2018) 2418 final no Processo M.7993 — Altice/PT Portugal (a seguir «decisão impugnada»). Aplicou à Altice uma coima de 62 250 000 euros por ter realizado uma concentração antes de ser autorizada, violando assim o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, e de 62 250 000 euros por ter realizado uma concentração antes da sua notificação, o que constituía uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do mesmo regulamento [5]. A Comissão considerou que os acordos anteriores ao encerramento davam à Altice a capacidade de exercer uma influência determinante sobre o alvo, que a Altice tinha efetivamente exercido essa influência e que tinha procedido a uma série de trocas de informações com o alvo nesse âmbito [6].

5. A Altice pediu a anulação da decisão impugnada. Por Acórdão de 22 de setembro de 2021 [7], o Tribunal Geral, no exercício da sua competência de plena jurisdição, reduziu o montante da coima por violação do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 para 56 025 000 euros. Negou provimento ao recurso quanto ao restante. Os n.ºs 1 a 29 do acórdão recorrido fornecem pormenores sobre os antecedentes do recurso.

6. No seu recurso, a Altice pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– anular o acórdão recorrido e os artigos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º da decisão impugnada ou, a título subsidiário, exercer a sua competência de plena jurisdição para reduzir substancialmente as coimas aplicadas nos artigos 3.º 4.º da decisão impugnada, conforme alterada pelo Tribunal Geral, ou, a título ainda mais subsidiário, remeter o processo ao Tribunal Geral;

– condenar a Comissão no pagamento das despesas da recorrente, tanto no presente recurso como no processo no Tribunal Geral.

7. A Comissão pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– negar provimento ao recurso;

– condenar a Altice no pagamento das despesas.

8. O Conselho, que apenas abordou o primeiro fundamento de recurso, pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– negar provimento ao primeiro fundamento de recurso;

4 V. considerandos 58 a 66 da decisão impugnada para mais pormenores.

5 Artigos 1.º a 4.º da decisão impugnada.

6 Considerandos 479 a 491 da decisão impugnada.

7 Acórdão de 22 de setembro de 2021, Altice Europe/Comissão (T-425/18, EU:T:2021:607) (a seguir «acórdão recorrido»).

– condenar a Altice no pagamento das suas despesas no presente recurso.

III. Fundamentos de recurso

9. Os seis fundamentos de recurso dividem-se em três categorias. O primeiro e segundo fundamentos contestam a legalidade e a aplicação do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004, bem como a sua aplicação aos factos do presente processo. O terceiro, quarto e quinto fundamentos abordam a questão de saber se a Altice tinha realizado a concentração. O sexto fundamento contesta o montante das coimas aplicadas pela Comissão.

A. Primeiro e segundo fundamentos: legalidade e aplicação do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004

1. Resumo dos argumentos

10. Com o seu primeiro fundamento, a Altice alega que o Tribunal Geral julgou erradamente improcedente o seu fundamento, baseado no artigo 277.º TFUE, que contesta a aplicabilidade do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004 por serem ilegais.

11. A Altice alega que o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004 não permitem que a Comissão aplique uma segunda coima à mesma pessoa devido a um comportamento já punido nos termos do artigo 7.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 2, alínea b), do mesmo regulamento. O artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004 são desproporcionados e redundantes e, por conseguinte, ilegais, uma vez que o artigo 7.º, n.º 1, proíbe a realização antecipada de uma concentração e prossegue o mesmo objetivo que o artigo 4.º, n.º 1. Esta anomalia tem origem na revisão do Regulamento n.º 139/2004. Na sua versão anterior, o artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, previa uma obrigação de notificação, ao passo que a sua versão atual estabelece uma obrigação de suspensão.

12. Com o seu segundo fundamento, a Altice alega que, mesmo que o seu fundamento ao abrigo do artigo 277.º TFUE não vingue, o Tribunal Geral cometeu um erro na sua apreciação de que a Comissão podia aplicar coimas distintas por infrações ao artigo 4.º, n.º 1, e ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 nas circunstâncias do presente processo. Invoca os mesmos argumentos que no seu primeiro fundamento, a saber, que estas disposições prosseguem os mesmos objetivos e violam, assim, a proibição da dupla incriminação e do concurso de leis. A título subsidiário, se o Tribunal de Justiça considerar que o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 prosseguem objetivos autónomos, o princípio do concurso de infrações opõe-se a que sejam aplicadas duas coimas distintas por força dessas normas. Nestas circunstâncias, o Tribunal Geral deveria também ter considerado a proporcionalidade das coimas.

13. A Comissão e o Conselho discordam destes argumentos.

2. Apreciação

14. O artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [8], ou seja, a versão anterior do Regulamento n.º 139/2004, exigia a notificação das operações de concentração o mais tardar uma semana após a conclusão do acordo (ou a publicação da oferta de compra ou de troca ou a aquisição de uma participação de controlo). Esse prazo começava a contar a partir da data em que ocorresse o primeiro desses factos. O artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento 4064/89 previa que uma concentração não podia ter lugar nem antes de ser notificada nem no decurso do prazo de três semanas após a sua notificação, sem prejuízo da prorrogação dessa proibição. O artigo 14.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89 conferia à Comissão o poder de aplicar coimas no montante de 1 000 a 50 000 ecus quando as partes não tivessem declarado uma operação de concentração nos termos do artigo 4.º do mesmo regulamento. O artigo 14.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89 previa que a Comissão podia aplicar coimas de um montante máximo de 10 % do volume total de negócios realizado pelas empresas em causa por infrações ao artigo 7.º, n.º 1 ou n.º 2, do referido regulamento.

15. O Regulamento n.º 139/2004 inclui uma obrigação de notificação e uma obrigação de suspensão (ou não realização), que no essencial diferem das da versão anterior nos seguintes aspetos. O artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, sob a epígrafe «Notificação prévia das concentrações e remessa anterior à notificação a pedido das partes notificantes», prevê que a obrigação de notificação surge quando o acordo em causa é celebrado (ou é feito o anúncio da oferta pública de aquisição), mas a realização da concentração ainda não teve início. O artigo 7.º do Regulamento n.º 139/2004 tem a epígrafe «Suspensão da concentração»: por força do n.º 1 deste artigo, uma concentração não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado interno. Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, a Comissão pode aplicar coimas até 10 % do volume de negócios total por falta de notificação de uma concentração e pela sua realização prematura [9].

16. Contrariamente ao que afirma a Altice, as disposições pertinentes do Regulamento n.º 139/2004 são, no essencial, semelhantes às da versão anterior: distinguem a obrigação de notificação da obrigação de não realização e permitem aplicar coimas pela violação de cada uma dessas obrigações. As diferenças entre as duas versões não permitem, a meu ver, tirar conclusões sobre a interpretação do Regulamento n.º 139/2004 capazes de apoiar a posição que a Altice defende.

17. Por força do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, a obrigação de notificação surge: (i) após a conclusão do acordo; e (ii) antes da realização deste. Esta disposição não impõe uma obrigação de suspensão propriamente dita. A sua epígrafe e o seu texto centram-se na obrigação de notificação, um requisito processual que se concretiza quando as duas condições acima mencionadas tiverem sido cumpridas. Sem prejuízo de um prazo de prescrição de três anos [10], o artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004 permite à Comissão aplicar coimas se verificar que essa disposição foi violada. A Comissão deve apreciar os factos a fim de determinar,

[8] JO 1989, L 395, p. 1.

[9] O Regulamento n.º 139/2004 prevê várias derrogações e exceções às obrigações de notificação e de suspensão, que são irrelevantes para o presente recurso.

[10] Artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO 1974, L 319, p. 1).

nomeadamente, se, quando e como ocorreu a realização, uma vez que esta figura entre as condições que determinam a existência de uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. A outra condição é a celebração do acordo pertinente.

18. O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 centra-se na obrigação de suspensão das operações de concentração. Prevê que as partes não podem realizar concentrações nem antes da notificação nem antes de terem sido declaradas compatíveis com o mercado interno. Sem prejuízo de um prazo de prescrição de cinco anos [11], o artigo 14.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 permite à Comissão aplicar coimas por infrações a esta proibição. A Comissão deve apreciar os factos a fim de determinar se, e quando, foi realizada a concentração. A extensão e a duração da realização são fatores relevantes para determinar o nível de qualquer coima a aplicar por desrespeito dessa obrigação [12]. No âmbito de uma infração ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, a celebração de um acordo não é necessariamente determinante, uma vez que não se trata de uma exigência formal desta disposição [13].

19. O Tribunal Geral observou que o artigo 14.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Regulamento n.º 139/2004 prevê a possibilidade de aplicação de coimas distintas se o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 forem objeto de violações efetuadas concomitantemente através da realização de uma concentração antes da sua notificação [14]. Quando a Comissão suspeita que as partes (i) não notificaram uma concentração atempadamente, e (ii) a realizaram antes da autorização, é provável que haja uma sobreposição entre as circunstâncias factuais que deve investigar nos termos das subalíneas (i) e (ii), nomeadamente a natureza e o calendário das medidas que as partes tomaram e que podem equivaler à realização [15].

20. Como salientaram os n.ºs 56, 57, 60, 63 e 64 do acórdão recorrido, na minha opinião corretamente, por referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 impõem obrigações diferentes: o primeiro exige a notificação atempada, enquanto o segundo proíbe a realização antecipada; têm, portanto, objetivos autónomos [16]. Referem-se a comportamentos diferentes, embora a existência desses comportamentos possa, em certos casos, ser analisada por referência a alguns dos mesmos factos.

21. Dado que o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 prosseguem objetivos autónomos, o primeiro não pode ser considerado redundante relativamente ao segundo. Como sublinham os n.ºs 54 e 55 do acórdão recorrido, baseando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça [17], uma infração ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 nem sempre implica uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. Quando uma notificação

[11] *Ibidem.*

[12] Considerando 595 da decisão impugnada.

[13] O que não quer dizer que os termos do acordo não possam ser tidos em conta quando são pertinentes para a apreciação da questão de saber se a realização teve lugar.

[14] Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 106).

[15] V., por exemplo, considerando 490 da decisão impugnada, em que a Comissão se baseia em elementos de prova apresentados no âmbito da aplicação do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 para apreciar se foi violada a obrigação prevista no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004.

[16] Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.ºs 103 e 104). A Altice observa que as obrigações previstas no artigo 4.º, n.º 1, e no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 têm por objetivo assegurar um controlo efetivo das concentrações. Como sublinha o Conselho, é mais correto qualificá-lo como objetivo primordial do Regulamento n.º 139/2004. A abordagem da Altice não contribui para a avaliação granular da questão de saber se as obrigações previstas no artigo 4.º, n.º 1, e no artigo 7.º, n.º 1, prosseguem objetivos autónomos.

[17] Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.os 101, 102 e 109).

tenha sido apresentada em tempo útil, as partes numa concentração podem tomar medidas para realizar essa concentração após a notificação mas antes da autorização, caso em que só o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 pode ser pertinente.

22. O objetivo da regulamentação das fusões é assegurar que estas não conduzam a alterações duradouras na estrutura do mercado que reduzam a concorrência. O Regulamento n.º 139/2004 institui um sistema de controlo exclusivo das concentrações de dimensão comunitária e proíbe as que entravem significativamente uma concorrência efetiva. O facto de incentivar o cumprimento tanto da obrigação de notificação como da obrigação de suspensão, permitindo a aplicação de coimas quando uma ou ambas são violadas, garante que as concentrações não passem despercebidas e evita os problemas que surgem ao anular as que criam problemas. A importância do cumprimento de cada uma destas obrigações no âmbito do regime de notificação obrigatória e autorização prévia estabelecido pelo Regulamento n.º 139/2004 é, portanto, clara [18]. A Altice não apresentou nenhum argumento convincente suscetível de pôr em causa esta abordagem. Esta conclusão reflete a fundamentação do acórdão recorrido e está em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça a que esse acórdão faz referência ao julgar improcedente a exceção de ilegalidade suscitada pela Altice relativamente ao artigo 4.º, n.º 1, e ao artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004.

23. Por último, não aceito a alegação da Altice de que o Tribunal Geral não analisou os seus argumentos e as provas que apresentou relativamente à proibição da dupla punição e ao concurso de leis ou infrações. A Altice apresentou estes argumentos ao Tribunal Geral manifestamente com base na premissa de que o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 «protegem o mesmo interesse jurídico» [19]. Os n.ºs 56 e 57 do acórdão recorrido analisaram essa premissa antes de rejeitarem esses argumentos [20].

24. Gostaria de acrescentar que, na medida em que se referem a conceitos como «concurso de leis», «concurso aparente de infrações», «falso concurso de infrações» e ao «princípio da consumação», os articulados da Altice são imprecisos [21]. Segundo a Altice, estes conceitos conexos, e a proibição da «dupla incriminação» que aparentemente implicam, fazem parte das tradições jurídicas comuns dos Estados-Membros e constituem, assim, princípios gerais do direito da União. A título de prova, a Altice apresentou ao Tribunal Geral cinco pareceres jurídicos para mostrar como os sistemas jurídico-penais da Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal interpretam e aplicam esses conceitos. Nestes pareceres são afloradas duas temáticas. Em primeiro lugar, os sistemas juridico-penais desses Estados-Membros contêm uma variedade de regras aplicáveis em situações em que, por exemplo, a «mesma conduta» ou os «mesmos factos» conduzem a violações de múltiplas disposições legais; os comportamentos estão ligados por um «nexo lógico» ou «intenção semelhante»; uma infração abrange um comportamento visado por outra infração; as «infrações gerais» são integradas ou consideradas subsidiárias relativamente às «infrações especializadas»; e as «infrações graves» absorvem as «infrações menos

[18] V. vigésimo primeiro e vigésimo sexto considerandos do Regulamento 4064/89, Acórdãos de 31 de maio de 2018, Ernst & Young [C-633/16, EU:C:2018:371, n.ºs 41 e 42 e jurisprudência referida (a seguir «Acórdão Ernst & Young»)], e de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 109).

[19] N.º 51 do acórdão recorrido.

[20] N.ºs 51 a 67 do acórdão recorrido, sobre a exceção de ilegalidade.

[21] Tanto quanto sei, a Altice não contesta os parágrafos 326 a 330 do acórdão recorrido, onde aborda a aplicação do princípio da compensação da lei alemã (Anrechnungsprinzip).

graves». Em segundo lugar, as leis nacionais aplicáveis a essas situações baseiam-se ou são expressão dos princípios da equidade processual, legalidade, proporcionalidade das sanções e *ne bis in idem* [22], todos eles assentes no direito da União [23].

25. Neste momento, quase todas as referências aos conceitos em que a Altice se baseia constam de acórdãos relacionados com a realização de concentrações. Apenas alguns acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem os mencionam incidentalmente no âmbito de remissões para o direito nacional. Na ausência de definições precisas e comuns dos conceitos acima mencionados, de um consenso de que eles e as consequências que deles decorrem fazem parte das tradições jurídicas dos Estados-Membros e de indicações de que preenchem uma lacuna identificável no direito da União, não estou convencido de que seja útil ou sensato aplicar ou apoiar estes conceitos no âmbito do presente processo.

26. Tendo em conta o acima exposto, sugiro que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o primeiro fundamento de recurso.

27. Uma vez que a Altice apresenta os mesmos argumentos no âmbito do segundo fundamento de recurso, conclui-se que este deve ser julgado improcedente pelas mesmas razões.

28. Abordarei os argumentos da Altice relativos à proporcionalidade das coimas no âmbito do sexto fundamento de recurso.

B. Os terceiro, quarto e quinto fundamentos: realização da concentração

1. Terceiro fundamento: conceito de realização

a) Resumo dos argumentos

29. Este fundamento diz respeito aos acordos anteriores ao encerramento. Divide-se em três partes. Em primeiro lugar, a Altice alega que o acórdão recorrido confunde os conceitos de concentração, que figura no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, e de realização, que figura no artigo 4.º, n.º 1, e no artigo 7.º, n.º 1, do mesmo. Afirma que a realização só poderia ter tido lugar no momento da transferência das ações do alvo para a Altice, o que ocorreu depois de a Comissão ter declarado a concentração compatível com o mercado interno. Este facto é ainda demonstrado pela circunstância de que, se a Comissão tivesse proibido a concentração, ou se as partes tivessem decidido abandonar a operação, não teria sido necessário tomar medidas ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 para restabelecer a situação concorrencial que existia antes da assinatura do SPA [24]. O acórdão recorrido desvirtua os argumentos da Altice a este respeito [25].

[22] O Tribunal de Justiça declarou que o princípio *ne bis in idem* não se aplica quando a mesma autoridade pune as violações do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 numa só decisão, como aconteceu no presente caso (Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão, C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 78). Convidada a pronunciar-se sobre esse acórdão, a Altice informou o Tribunal Geral de que já não mantinha o seu fundamento baseado no princípio *ne bis in idem*.

[23] V., no mesmo sentido, Livro Verde da Comissão sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia (COM/2004/0334 final), secção 3.1.1.7.

[24] N.ºs 69 a 89, 96, 132 e 144 do acórdão recorrido.

[25] N.º 87 do acórdão recorrido.

30. Em segundo lugar, o acórdão recorrido comete um erro ao considerar que os acordos anteriores ao encerramento constituíram uma realização parcial porque o Tribunal Geral não refutou o argumento de que esses acordos não constituíram uma mudança duradoura de controlo. Duraram menos de cinco meses e o SPA estabeleceu uma data definitiva para o seu termo. O Tribunal Geral também cometeu um erro ao declarar que as considerações expostas no n.º 49 do referido acórdão eram irrelevantes.

31. Em terceiro lugar, a Altice alega que o acórdão recorrido considerou erradamente que, para serem acessórias na aceção da Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações [26], os acordos anteriores ao encerramento devem preservar o valor da empresa-alvo. Os acordos anteriores ao encerramento estavam abrangidos pelo âmbito da referida comunicação porque desempenharam um papel legítimo ao garantir a integridade da empresa adquirida entre a assinatura e o encerramento e lançaram as bases para a sua integração na Altice [27].

32. A Comissão observa que a Altice não contestou as conclusões do acórdão recorrido segundo as quais tinha realizado a concentração exercendo efetivamente uma influência determinante sobre a empresa-alvo — por oposição ao facto de ter a capacidade para o fazer — antes de a Comissão a ter declarado compatível com o mercado interno. Uma vez que as considerações relativas ao exercício efetivo de uma influência determinante são suficientes para fundamentar a parte decisória do acórdão recorrido, a saber, «negar provimento ao recurso quanto ao restante», o fundamento relativo à capacidade de a Altice exercer uma influência determinante é inoperante e deve ser julgado improcedente com esse fundamento. Em todo o caso, contesta todos os argumentos da Altice relativos ao terceiro fundamento de recurso.

b) Apreciação

33. Discordo da alegação da Comissão de que o terceiro fundamento de recurso é inoperante, no todo ou em parte. A Altice contestou a conclusão, na decisão impugnada, de que os acordos anteriores ao encerramento lhe davam a possibilidade de exercer uma influência determinante. A fundamentação e as conclusões do Tribunal Geral sobre este ponto não foram apresentadas a título exaustivo e fazem parte da fundamentação que levou ao não provimento do recurso [28].

34. A jurisprudência do Tribunal de Justiça identifica dois pontos-chave no que diz respeito à primeira parte do terceiro fundamento de recurso. O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 limita a proibição de realização das concentrações tal como definidas no seu artigo 3.º [29]. Nos termos desta última disposição, considera-se que uma concentração surge quando uma mudança de controlo numa base duradoura resulta de uma fusão ou aquisição, sendo esse controlo constituído pela possibilidade, conferida por direitos, contratos ou qualquer outro meio, de exercer uma influência determinante sobre uma empresa. Uma concentração na aceção do artigo 7.º do Regulamento n.º 139/2004 surge assim que as partes na concentração

[26] JO 2005, C 56, p. 24.

[27] N.ºs 102 a 105, 117, 120, 121, 130 e 131 do acórdão recorrido.

[28] Acórdão de 18 de junho de 2020, Comissão/RQ (C-831/18 P, EU:C:2020:481, n.ºs 52 e 53 e jurisprudência referida). O facto de a Comissão poder ter chegado à mesma conclusão sobre a violação do Regulamento n.º 139/2004 sem se basear na capacidade da Altice para exercer uma influência determinante é uma questão diferente.

[29] Acórdão Ernst & Young, n.ºs 43 e 44.

realizam operações ou transações que contribuem para uma mudança duradoura no controlo da empresa-alvo [30]. Estes pontos aplicam-se igualmente ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004.

35. Contrariamente ao que afirma a Altice, nada existe nas disposições pertinentes do Regulamento n.º 139/2004 ou na interpretação que dele fez o Tribunal Geral que indique que a possibilidade de exercer uma influência determinante só é conferida por uma transferência de ações da empresa-alvo para o adquirente. Esta situação resulta claramente, aliás, do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 e da Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas [31]. Foi, portanto, com razão que o Tribunal Geral declarou que podia ocorrer uma alteração no controlo porque o SPA dava à Altice a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a empresa-alvo a partir da data da sua assinatura [32].

36. O artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 prevê que a Comissão pode exigir às empresas que procedam à dissolução da concentração através da alienação de ações ou de outras medidas de restabelecimento. Como o Tribunal Geral observou com razão [33], esta disposição não define o conceito de concentração. Contrariamente ao que afirma a Altice, também não define o conceito de realização. Por conseguinte, é sem razão que a Altice sustenta, nesta base, que essa realização só ocorre nas circunstâncias em que a Comissão pode exigir medidas de dissolução na aceção do artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004.

37. A alegação da Altice de que o n.º 87 do acórdão recorrido desvirtuou o seu argumento também não tem fundamento. A Altice explica que, no n.º 47 da sua petição ao Tribunal Geral, fez referência à realização, ao passo que o n.º 87 do acórdão recorrido faz referência ao argumento da Altice segundo o qual só as operações que necessitam de medidas de dissolução na aceção do artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 demonstram a existência de uma concentração [34]. Como se observa no n.º 36 das presentes conclusões, a referida disposição não define os conceitos de concentração ou de realização. A conclusão do Tribunal Geral é, em qualquer caso, correta, ainda que se substitua a palavra «realização» pela palavra «concentração» [35].

38. Quanto à segunda parte do presente fundamento, os n.ºs 85 e 94 a 97 do acórdão recorrido apreciam a duração dos acordos anteriores ao encerramento. O Tribunal Geral distinguiu entre medidas que contribuem para uma mudança de controlo, que não têm de ser duradouras, e a própria mudança de controlo, que, para constituir uma concentração, deve ser duradoura. Esta análise é correta à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça [36]. É, portanto, irrelevante que a Altice se tenha baseado nos acordos anteriores ao encerramento para exercer um controlo sobre o alvo durante quatro meses e onze dias.

39. Nas circunstâncias específicas do presente processo, além disso, quaisquer dúvidas quanto ao caráter duradouro da mudança de controlo são dissipadas ao observar que a transferência de ações no âmbito do SPA procedeu sem problemas à mudança de controlo da empresa-alvo que ocorreu

30 Acórdão Ernst & Young, n.ºs 45 a 47 e 52.

31 JO 2008, C 95, p. 1 (a seguir «Comunicação Consolidada»), n.ºs 18 a 21 e 61.

32 N.ºs 77 e 84, último período, do acórdão recorrido.

33 N.º 87 do acórdão recorrido.

34 O sublinhado é meu.

35 Acórdão de 11 de maio de 2017, Dyson/Comissão (C-44/16 P, EU:C:2017:357, n.ºs 30 e 31 e jurisprudência referida).

36 Acórdão Ernst & Young, n.º 52.

no momento da assinatura da SPA e a Altice exerceu efetivamente uma influência determinante sobre os aspetos da atividade dessa empresa em virtude dos acordos anteriores ao encerramento. Uma vez transferidas as ações do alvo para a Altice, esta deixou de ter de recorrer às disposições contratuais para controlar a empresa-alvo. Por conseguinte, os factos não sustentam a afirmação da Altice de que a mudança de controlo foi temporária.

40. Quanto ao argumento da Altice baseado na aplicação dos critérios enunciados no n.º 49 do Acórdão Ernst & Young, é aí indicado que a realização de operações que não apresentam uma ligação funcional direta com a realização de uma concentração e que, portanto, não são necessárias para alcançar uma mudança de controlo não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 7.º do Regulamento n.º 139/2004. A Altice argumenta que os acordos anteriores ao encerramento não eram necessários, não tinham nenhuma ligação funcional com a transferência de ações e, por conseguinte, não estavam abrangidos pelo âmbito dessa disposição.

41. A Comissão sublinha, com razão, que a hipótese visada no n.º 49 do Acórdão Ernst Young, descrita mais pormenorizadamente nos n.os 47 e 48 desse acórdão, é aquela em que uma concentração é realizada «através de sucessivas operações parciais» e por «operações que apresentem ligações estreitas na medida em que estejam ligadas por condição ou assumam a forma de uma série de transações de títulos efetuadas num prazo razoavelmente curto». Como observam os n.os 98 a 100 do acórdão recorrido, esta situação de facto não se verificou no caso em apreço. Os critérios enunciados no n.º 49 do Acórdão Ernst & Young para avaliar se as operações acessórias ou preparatórias constituem a realização de uma concentração através de uma série de operações são, por conseguinte, irrelevantes.

42. Quanto à terceira parte, não concordo com a afirmação da Altice de que o acórdão recorrido considerou erradamente que, para serem acessórios na aceção da Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às operações de concentração, os acordos anteriores ao encerramento devem preservar o valor da empresa-alvo. Os n.os 102 e 103 do acórdão recorrido deixaram em aberto a possibilidade de utilizar outros critérios que não a preservação do valor da empresa. No n.º 104, observa que a Altice não apresentou elementos de prova suscetíveis de demonstrar que existia um risco para a integridade comercial da empresa-alvo e não para o seu valor. O argumento da Altice assenta, portanto, numa leitura errada do acórdão recorrido.

43. Tendo em conta o que precede, proponho que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o terceiro fundamento de recurso.

2. Quarto fundamento: conceito de direito de veto

a) Resumo dos argumentos

44. A Altice sustenta que os n.os 91 a 169 do acórdão recorrido contêm uma análise errada dos acordos anteriores ao encerramento, que a decisão impugnada descreve no sentido de que atribui à Altice «direitos de veto» sobre decisões estratégicas que afetam o alvo. A Altice invoca os n.os 18 e 54 da Comunicação, segundo os quais o controlo só pode ser adquirido numa base contratual quando a empresa em causa dispõe de «direitos de veto sobre decisões comerciais estratégica», a saber «o poder de bloquear decisões estratégicas». Segundo a Altice, o SPA não lhe conferiu esse poder, uma vez que só os acordos anteriores ao encerramento exigiam o seu consentimento. A recusa desse consentimento não podia «gerar uma situação de impasse», uma vez que a única via

de recurso relativa ao incumprimento dos acordos anteriores ao encerramento da perda era uma indemnização por perdas. O Tribunal Geral cometeu assim um erro de direito ao rejeitar a argumentação mediante a qual pôs em causa decisão impugnada.

45. Pelas mesmas razões, a Altice alega, a título subsidiário, que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova quando concluiu que os acordos anteriores ao encerramento conferiam direitos de veto à Altice. Tal implica, por sua vez, que a apreciação que figura nos n.os 170 a 215 do acórdão recorrido relativa ao n.º 4.2.1 da decisão impugnada, que se baseia na conclusão de que a Altice dispunha de um direito de veto sobre essas decisões estratégicas, é incorreta. Por conseguinte, o Tribunal Geral concluiu erradamente que os acordos anteriores ao encerramento da aquisição equivaliam à realização na aceção do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004.

46. A Comissão contesta estes argumentos.

b) Apreciação

47. Com o presente fundamento, a Altice queixa-se de erros nos n.os 91 a 215 do acórdão recorrido. Uma referência tão ampla, sendo contrária às exigências processuais do Tribunal de Justiça [37], não lhe permite determinar quais os elementos do acórdão recorrido que são objeto de contestação por parte da Altice [38]. Na audiência, a Altice identificou os n.os 111, 114, 123 a 125 e 131 do acórdão recorrido como sendo os principais pontos controvertidos.

48. A Altice baseia-se nos n.os 18 e 54 da Comunicação Consolidada para sustentar que o Tribunal Geral, ao subscrever a conclusão da Comissão de que os acordos anteriores ao encerramento davam à Altice direitos de veto em determinadas áreas, cometeu um erro de direito. Em especial, o Tribunal Geral interpretou de forma errada o conceito de direito de veto tal como figura nessa comunicação.

49. A Comunicação Consolidada fornece orientações para permitir às empresas estabelecer, antes de qualquer contacto com a Comissão, se e em que medida o sistema de controlo das concentrações na União pode abranger as suas atividades. Isto sem prejuízo das interpretações que possam ser seguidas pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Geral [39].

50. Começarei por analisar o n.º 54 da Comunicação Consolidada, que introduz a secção que trata da aquisição do controlo exclusivo. Uma leitura atenta da referida secção indica que ela analisa duas situações distintas. Os n.os 54 a 60 tratam da aquisição do controlo exclusivo *de jure* através de direitos de voto, normalmente através da aquisição de uma participação maioritária ou minoritária no alvo. Os n.os 54, 55 e 61 tratam da aquisição de um controlo exclusivo de facto através da compra de ativos ou por via contratual. As referências no n.º 54 ao poder de um acionista de «vetar decisões estratégicas», «bloquear decisões estratégicas» e aos acionistas que possam «gerar uma situação de impasse» figuram no contexto dos direitos de voto associados às ações. Não pretendem, portanto, dar uma definição ou uma descrição dos direitos de veto

37 V., por exemplo, Acórdão de 23 de novembro de 2021, Conselho/Hamas (C-833/19 P, EU:C:2021:950, n.º 50 e jurisprudência referida).

38 Esta observação aplica-se igualmente à segunda parte do sexto fundamento.

39 Acórdão de 18 de janeiro de 2017, Toshiba/Comissão (C-623/15 P, não publicado, EU:C:2017:21, n.os 67 e 71 e jurisprudência referida).

determinantes para a avaliação dos direitos contratuais em questão. Foi, portanto, com razão que o Tribunal Geral declarou que o n.º 54 dessa comunicação não é pertinente no âmbito da apreciação dos acordos anteriores ao encerramento [40].

51. O n.º 18 da Comunicação Consolidada estabelece que, para conferir controlo por via contratual, «o contrato deve conduzir a um controlo da gestão e dos recursos da outra empresa, análogo ao obtido pela aquisição de ações ou de elementos do ativo». São dados vários exemplos, o último dos quais se refere a «direitos de veto» no âmbito de contratos que conduzam «a uma situação de controlo conjunto, se tanto o titular dos ativo como a empresa que controla a gestão beneficiarem dos direitos de veto sobre decisões comerciais estratégicas». Duas decisões de fusão citadas na nota 22 da referida comunicação ilustram esta afirmação. A primeira diz respeito à aquisição de um grupo hoteleiro. Uma das empresas, uma empresa comum, seria proprietária dos hotéis. A outra empresa iria geri-los nos termos de um contrato de gestão. As empresas eram obrigadas a aprovar os planos de exploração dos hotéis da sociedade gestora. Se as partes não conseguissem chegar a acordo, submeteriam o litígio a um árbitro externo, evitando assim a possibilidade de uma situação de impasse [41].

52. Resulta claramente desta súmula que a expressão «direito de veto» é utilizada nesta parte da Comunicação Consolidada para descrever uma situação em que as partes numa operação acordam em que é exigido o consentimento do adquirente para certas decisões comerciais que afetam o alvo. Na medida em que o acórdão recorrido apoiou expressa ou tacitamente a utilização da expressão «direito de veto» na decisão impugnada para descrever as disposições pertinentes ao abrigo dos acordos anteriores ao encerramento, não contém nenhum erro.

53. O fundamento alternativo da Altice, baseado em argumentos semelhantes, de que o Tribunal Geral desvirtuou as provas, na realidade põe em causa a apreciação dos factos por parte desse tribunal, o que não é permitido num recurso [42]. Assenta, por outro lado, na premissa de que os acordos anteriores ao encerramento não conferiam «direitos de veto», que proponho que o Tribunal de Justiça rejeite pelas razões expostas nos n.os 50 a 52 das presentes conclusões.

54. Tendo em conta o que precede, proponho que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o quarto fundamento de recurso.

3. Quinto fundamento: trocas de informações

a) Resumo dos argumentos

55. A Altice apresenta três linhas de argumentação para contestar as conclusões do Tribunal Geral no que diz respeito às trocas de informações.

56. No âmbito da primeira parte do quinto fundamento, a Altice alega que os n.os 226, 235 e 236 do acórdão recorrido desvirtuam o sentido dos considerandos 470, 479 e 482 da decisão impugnada ao considerarem que esses considerandos não indicaram que a troca de informações entre a Altice e o alvo violavam o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento

[40] N.os 123 a 125 do acórdão recorrido.

[41] Processo COMP/M.3858 — Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien de 20 de julho de 2005, n.os 7 a 10. A segunda decisão de fusão referida na nota 22 da Comunicação Consolidada (Processo IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits de 28 de abril de 1992) não é suficientemente pormenorizada para permitir que dela se tirem conclusões úteis para efeitos do presente recurso.

[42] Acórdão de 11 de maio de 2017, Dyson/Comissão (C-44/16 P, EU:C:2017:357, n.os 30 e 31 e jurisprudência referida).

n.º 139/2004. A interpretação destes considerandos pelo Tribunal Geral não é razoável, uma vez que o texto da decisão impugnada confirma claramente que a Comissão concluiu que as trocas de informações constituíam, enquanto tal, uma influência determinante.

57. No âmbito da segunda parte do quinto fundamento, a Altice alega que o Tribunal Geral não teve em conta o facto de as trocas de informações poderem violar o artigo 101.º TFUE, que prevê um controlo de aplicação *ex post*. A conclusão de que as trocas de informações são abrangidas pelo sistema de controlo *ex ante* do Regulamento n.º 139/2004, quando ocorrem em situações que, em última análise, conduzem a uma concentração, mas que se transformam em infrações ao artigo 101.º TFUE quando não há mudança de controlo, é anómala e inconsistente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o âmbito do artigo 7.º do Regulamento n.º 139/2004 não deve limitar o do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º TFUE] [43].

58. A terceira parte do quinto fundamento refere que o acórdão recorrido não explica em que medida as trocas de informações foram necessárias para obter uma alteração duradoura do controlo ou para apresentar uma ligação direta com a realização da concentração quando a Altice adquiriu as ações do alvo. O Tribunal Geral não cumpriu, portanto, os requisitos do n.º 49 do Acórdão Ernst & Young.

59. A Comissão contesta estes argumentos.

b) Apreciação

60. No que respeita à alegada desvirtuação dos elementos de prova, o apuramento dos factos é da competência exclusiva do Tribunal Geral. A menos que haja uma inexatidão material das suas conclusões, não há erro de direito que caiba ao Tribunal de Justiça apreciar [44].

61. O considerando 470 da decisão impugnada observa que «a receção de informações tão sensíveis e granulares […] à margem de quaisquer acordos sobre uma equipa restrita ("*clean team*") colocou a Altice numa posição como se já controlasse [o alvo] e tivesse, portanto, o direito de pedir e receber tais informações». O considerando 473 da decisão impugnada, parágrafo conclusivo da secção que inclui o considerando 470, dispõe: «a Comissão considera que o facto de a Altice pedir e receber informações estratégicas sobre os KPI [indicadores-chave de desempenho] do alvo e a futura estratégia de preços contribui para demonstrar que a Altice exerceu uma influência determinante […].» [45]

62. O considerando 479 da decisão impugnada é o primeiro parágrafo da secção intitulada «Conclusão sobre a violação do artigo 7.º, n.º 1, do [Regulamento n.º 139/2004]». Declara que as disposições do SPA e o comportamento da Altice a partir da data de assinatura, descritos na secção n.º 4.2 da decisão impugnada, equivaliam a uma realização antecipada da operação. A secção 4.2, intitulada «Influência da Altice sobre o alvo» vai do considerando 178 ao 478. Esta secção considera em primeiro lugar o papel da Altice nas decisões comerciais do alvo (secção 4.2.1., considerandos 178 a 377) e depois as trocas de informações comerciais sensíveis

[43] JO 2003, L 1, p. 1.

[44] Acórdão de 11 de maio de 2017, Dyson/Comissão (C-44/16 P, EU:C:2017:357, n.ºs 30 e 31 e jurisprudência referida).

[45] O sublinhado é meu. V., igualmente, considerandos 477 a 478 da decisão impugnada.

entre a Altice e o alvo (secção 4.2.2., considerandos 378 a 478). O considerando 482 conclui que todos os comportamentos descritos na secção 4.2 constituíram o exercício efetivo de uma influência determinante.

63. Por conseguinte, resulta claramente do texto dos considerandos 470, 479 e 482 da decisão impugnada que a Comissão não concluiu que as trocas de informações entre a Altice e o alvo violavam, em si mesmas, o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. O contexto em que estes considerandos se inserem confirma este ponto de vista. O Tribunal Geral não desvirtuou os factos quando considerou que a Comissão não concluiu que as trocas de informações bastavam, por si só, para demonstrar uma violação do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004[46] e que a Comissão concluiu corretamente no considerando 478 da decisão impugnada que as trocas de informações tinham contribuído para demonstrar que a Altice tinha exercido uma influência determinante sobre certos aspetos dos negócios do alvo[47].

64. Os argumentos que a Altice invoca no âmbito da segunda parte do presente fundamento, relativos à aplicação do artigo 101.º TFUE, estão fundamentalmente errados. Além da contestação baseada na alegada desvirtuação dos elementos de prova no âmbito da primeira parte do presente fundamento, que proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente, a Altice não contestou a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual as trocas de informações contribuíram para demonstrar que a Altice tinha exercido uma influência determinante sobre aspetos dos negócios do alvo. As trocas de informações eram inerentes ao funcionamento do regime de consentimento constante dos acordos anteriores ao encerramento e parte integrante do exercício de influência determinante da Altice sobre o alvo[48]. Seria ilógico, se não mesmo ilegal[49], que a Comissão ignorasse as trocas de informações no âmbito da sua apreciação dos outros comportamentos ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 e que os avaliasse separadamente à luz do artigo 101.º TFUE.

65. O argumento relativo à aplicação das considerações expostas no n.º 49 do Acórdão Ernst & Young deve, portanto, ser rejeitado pelas razões expostas no n.º 41 das presentes conclusões.

66. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o quinto fundamento do recurso.

C. Sexto fundamento: apreciação das coimas

67. A Altice subdivide este sexto fundamento em quatro partes. Podem ser classificadas em quatro grandes títulos: (i) questão de saber se as infrações foram cometidas por negligência; (ii) fundamentação do Tribunal Geral; (iii) o argumento segundo o qual, uma vez que as infrações são diferentes, nomeadamente quanto à sua duração, os montantes das coimas devem ser diferentes; e (iv) proporcionalidade das coimas, consideradas separada e cumulativamente.

46 N.º 226 do acórdão recorrido.

47 N.º 235 do acórdão recorrido.

48 Considerandos 49 e 50 da decisão impugnada.

49 V. artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004.

1. Primeira parte: infrações cometidas por negligência

a) Resumo dos argumentos

68. A Altice alega que, contrariamente ao que o Tribunal Geral declarou nos n.os 279 a 296 do acórdão recorrido, as infrações ao artigo 4.º, n.º 1, e ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 não foram cometidas por negligência. A jurisprudência reconhece que o alcance da obrigação prevista no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 não é claro. Os acordos anteriores ao encerramento dos contratos de aquisição de ações são uma prática corrente em matéria de fusões e aquisições. Foi também a primeira vez que a Comissão declarou que estes tipos de pactos e trocas de informações durante o período compreendido entre a assinatura do SPA e a transmissão de ações do alvo, constituíam uma realização. A Altice sustenta, além disso, que não entravou a capacidade da Comissão para detetar a concentração porque apresentou o projeto de SPA à Comissão com o projeto de formulário CO.

69. A Comissão contesta estes argumentos.

b) Apreciação

70. Os n.os 279 a 296 do acórdão recorrido analisaram os argumentos da Altice segundo os quais as coimas eram ilegais por não haver negligência ou dolo da sua parte. Após efetuar um breve resumo dos argumentos que figuram no referido n.º 279, o Tribunal Geral recordou que, segundo o artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, podem ser aplicadas coimas por infrações cometidas com dolo ou negligência. Em seguida, expôs a forma como a jurisprudência tinha interpretado essa disposição. Os n.os 284 a 290 do acórdão recorrido apreciaram os fatores e os elementos de prova com base nos quais a Comissão concluiu que a Altice tinha sido negligente. O Tribunal Geral rejeitou os argumentos da Altice que contestavam essa apreciação. As conclusões que figuram nos n.os 284 a 290 do acórdão recorrido não são objeto do presente recurso. A Altice contesta apenas as conclusões que figuram nos n.os 292 e 293, que apreciam os seus argumentos segundo os quais a disposição jurídica em causa carece de clareza e relativos à inexistência de precedentes.

71. Como salientam com razão os n.os 282, 292 e 293 do acórdão recorrido, é jurisprudência constante que o requisito da negligência está preenchido quando a empresa em causa não pode ignorar a natureza da sua conduta, independentemente de ter ou não consciência de estar a infringir as regras da União[50]. O facto de um comportamento que apresenta as mesmas características não ter sido examinado no passado não exclui que uma empresa possa ser considerada responsável por ter adotado tal comportamento[51].

72. A Altice não contesta que tem uma experiência significativa em operações de fusão. Mais importante, provas documentais dessa altura mostram que tinha sido avisada do risco de o seu comportamento constituir uma prática de «*gun-jumping*» ou seja, «antecipar-se a uma decisão da Autoridade da Concorrência e agir como se a autorização tivesse sido dada»[52]. Existem vários elementos de prova que sustentam a conclusão de que as partes na concentração pretendiam e, de

[50] V., neste sentido, Acórdãos de 18 de junho de 2013, Schenker & Co. e o. (C-681/11, EU:C:2013:404, n.º 37 e jurisprudência referida), e de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 156 e jurisprudência referida).

[51] V., neste sentido, Acórdãos de 6 de dezembro de 2012, AstraZeneca/Comissão (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 164), e de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão (C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 43).

[52] N.os 286 a 289 do acórdão recorrido e considerando 582 da decisão impugnada.

facto, realizaram o negócio antes da notificação e autorização, ignorando o aviso expresso de que tal violaria as regras aplicáveis. As medidas tomadas foram mais do que preparatórias e foram além da preservação do valor do alvo. Não estavam sujeitas a garantias, tais como acordos de confidencialidade ou a utilização de equipas restritas («*clean teams*»). A insinuação da Altice de que este procedimento é prática corrente em fusões e aquisições é preocupante e merece a atenção da Comissão.

73. O argumento de que a Altice não restringiu a capacidade da Comissão de detetar a concentração porque aquela apresentou o projeto de SPA juntamente com o projeto de formulário CO é, a meu ver, irrelevante para a apreciação sobre a questão de saber se a infração foi cometida com negligência. Pode, quando muito, ser pertinente para a apreciação da gravidade da infração à obrigação de notificação prevista no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004[53].

2. Segunda parte: fundamentação para a aplicação de coimas

a) Resumo dos argumentos

74. A Altice alega que o Tribunal Geral violou o artigo 296.º TFUE e o artigo 41.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ao concluir que a decisão impugnada estava suficientemente fundamentada no que diz respeito ao nível das coimas aplicadas nos termos do artigo 7.º, n.º 1, e do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. A fundamentação que figura nos n.ºs 297 a 362 do acórdão recorrido, em especial — conforme esclarecido na audiência — os n.ºs 314 a 324 do mesmo, é insuficiente e contraditória. O Tribunal Geral devia ter explicado por que razão, se a Comissão podia aplicar duas coimas distintas pela violação dessas disposições, não tinha de apreciar separadamente o montante de cada coima.

75. A Comissão considera que o Tribunal de Justiça deve declarar este argumento inadmissível por não satisfazer o requisito segundo o qual um recurso de uma decisão do Tribunal Geral deve indicar de modo preciso os elementos recorridos do acórdão ou do despacho cuja anulação é requerida, bem como os argumentos jurídicos em que se apoia especificamente esse pedido[54].

b) Apreciação

76. A Comissão salienta acertadamente que o argumento de Altice é sucinto. No entanto, contém pormenores suficientes para permitir que a Comissão apresente a sua defesa e para que o Tribunal de Justiça aprecie.

77. Segundo jurisprudência constante, a fundamentação do artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deve revelar, de forma clara e inequívoca, a fundamentação que seguiu. Tal fundamentação não precisa de especificar todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato satisfaz essas exigências deve ser apreciada à luz não só da sua redação mas também do contexto em que foi adotada[55].

[53] Este entendimento está em consonância com a abordagem adotada nos n.ºs 364 a 368 do acórdão recorrido.

[54] Acórdão de 9 de novembro de 2017, TV2/Danmark/Comissão (C-649/15 P, EU:C:2017:835, n.º 34 e jurisprudência referida).

[55] Acórdão de 10 de março de 2016, HeidelbergCement/Comissão (C-247/14 P, EU:C:2016:149, n.º 16 e jurisprudência referida).

78. Constam dos n.os 315 a 324 do acórdão recorrido os fundamentos pelos quais o Tribunal Geral do argumento da Altice segundo o qual as coimas são ilegais devido à falta de fundamentação na decisão impugnada. O Tribunal Geral recorda, em primeiro lugar, que, nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, a Comissão pode aplicar coimas até 10 % do volume de negócios total realizado pelas empresas em causa e que, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do mesmo regulamento, a Comissão deve tomar em consideração a natureza, a gravidade e a duração da infração quando determina o montante da coima. O n.º 319 do acórdão recorrido afirma que a Comissão explicou a natureza, a gravidade e a duração dessas infrações nos considerandos 568 a 599 da decisão impugnada. Os n.os 320 a 322 do acórdão recorrido resumem a fundamentação da decisão impugnada. O n.º 323 conclui que essa fundamentação era suficiente porque permitia à Altice defender-se e ao Tribunal Geral exercer a sua fiscalização.

79. Resulta claramente da redação dos n.os 320 a 323 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral considerou que a Comissão tinha apreciado separadamente a natureza, a gravidade e a duração de cada uma das infrações. A Comissão considerou que ambas as infrações comprometiam a eficácia do Regulamento n.º 139/2004; que ambas eram graves e tinham sido cometidas no mínimo com negligência, mas que a sua duração era diferente.

80. Assim, o Tribunal Geral examinou elementos comuns das infrações em conjunto e apreciou elementos divergentes separadamente. Esta abordagem foi adequada para o Tribunal Geral. Não contradiz a sua conclusão de que estava aberta à Comissão a possibilidade de aplicação de duas coimas. Na ausência de diretrizes pormenorizadas sobre o cálculo das coimas, que estabeleçam, por exemplo, a ponderação atribuída aos três diferentes critérios e os pontos de partida ou fatores de multiplicação para um ou vários deles, o Tribunal Geral pôde validamente confirmar que a fundamentação da decisão impugnada sobre este ponto era suficiente [56].

81. Gostaria de fazer as seguintes observações em resposta a uma alegação relativa à falta de transparência da decisão impugnada no cálculo das coimas que aplicou ao abrigo do artigo 14.º do Regulamento n.º 139/2004. Até à data, a Comissão aplicou estas coimas num número ínfimo de casos, o que significa que o fez num leque limitado de circunstâncias em que as empresas violaram o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 [57]. O prejuízo resultante de tais infrações é difícil de quantificar em termos puramente monetários [58]. Se a Comissão adotasse uma abordagem baseada no prejuízo, a realização ilegal de uma concentração problemática seria, com toda a probabilidade, punida mais severamente do que a de uma fusão não problemática. Esta abordagem poderia colidir com o princípio de que, uma vez que todas as fusões com dimensão comunitária devem ser notificadas à Comissão e declaradas compatíveis com o mercado interno antes da sua realização, todas as infrações a esta regra devem ser punidas da mesma forma. As fusões são acontecimentos excecionais no decurso da vida de uma empresa. Envolvem riscos financeiros e de reputação consideráveis e são muito dispendiosos em termos de custos de aquisição, financiamento, honorários e tempo de gestão [59].

[56] V., por analogia, Acórdãos de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 181 e jurisprudência referida), e de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão (C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.os 68 e 69 e jurisprudência referida).

[57] V., neste sentido, Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, n.os 44 e 45). A Comissão aplicou coimas simbólicas no processo IV/M.920, Samsung/AST (Decisão da Comissão de 18 de fevereiro de 1998) e no processo IV/M.969, A.P. Møller (Decisão da Comissão de 10 de fevereiro de 1999). No processo COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, de 10 de junho de 2009, e no processo COMP/M.6850, Marine Harvest/Morpol, de 30 de setembro de 2013, a Comissão aplicou coimas no montante total de 20 milhões de euros.

[58] Ambas as circunstâncias contrastam com a situação no que diz respeito às infrações ao artigo 101.º TFUE.

[59] Segundo as informações constantes no sítio Web da Altice, o alvo tinha um valor empresarial de 7 400 milhões de euros numa base de caixa e sem endividamento. A contrapartida em dinheiro foi de 5 600 milhões de euros. As taxas de operação foram de 122 milhões de euros.

Se fosse possível avaliar com precisão o nível das coimas, as empresas poderiam incluir o risco associado ao incumprimento na análise custo-benefício de uma fusão. Além disso, a deteção de infrações ao artigo 4.º, n.º 1, e ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 não é simples. Embora certas questões, como a publicidade e o *marketing*, possam ser levadas ao conhecimento da Comissão através de informações do domínio público, outras estratégias de realização precoce envolvem mudanças que dificilmente serão detetadas por pessoas externas[60]. Todas estas considerações sublinham a importância da dissuasão quando a Comissão vem fixar o nível das coimas por comportamentos proibidos neste domínio. O efeito dissuasivo é sem dúvida maior quando há um certo grau de imprevisibilidade quanto ao montante das coimas que a Comissão pode aplicar num caso concreto. Na situação atual, desde que o processo decisório da Comissão respeite os princípios gerais do direito da União, a saber, a igualdade de tratamento, a proporcionalidade e a exigência de fundamentação, e que os seus resultados estejam sujeitos a uma fiscalização jurisdicional efetiva, não considero que a manutenção das estruturas de mercado concorrenciais e o pleno respeito do sistema de controlo das concentrações da União fossem reforçados com uma maior transparência no cálculo das coimas aplicadas em caso de violação do Regulamento n.º 139/2004[61].

3. Terceira parte: diferenças entre as infrações refletidas no nível das coimas

a) Resumo dos argumentos

82. A Altice sustenta que os n.ºs 320 a 324 do acórdão recorrido estão viciados por um erro de direito na medida em que consideram que o artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 pode conduzir à aplicação de duas coimas distintas de montante idêntico para duas infrações alegadamente autónomas, apesar do seu caráter, gravidade e duração diferentes. A Altice considera que uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 é menos grave do que uma infração ao artigo 7.º, n.º 1, do mesmo, na medida em que a primeira é instantânea, enquanto a segunda é continuada. O n.º 343 do acórdão recorrido não explica por que razão a duração das duas infrações não pode ser comparada. Além disso, esta constatação é juridicamente errada, uma vez que não existe nada no Regulamento n.º 139/2004 que a sustente. Se uma coima de 62,25 milhões de euros é proporcionada para uma infração que durou 137 dias, a coima por uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, que apenas durou um dia, não deve ser superior a 450 000 euros.

83. A Comissão contesta estes argumentos.

b) Apreciação

84. Os argumentos da Altice baseiam-se numa interpretação incorreta do acórdão recorrido. Os n.ºs 320 a 324 do mesmo apreciaram a adequação da fundamentação da decisão impugnada. Isto resulta claramente do título que precede o n.º 312 e do texto deste número, que resume os argumentos da Altice. Resulta igualmente claro do n.º 314, que remete para o artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE, da jurisprudência que interpreta este artigo, bem como dos n.ºs 319 e 323, que concluem que a fundamentação da decisão impugnada era suficiente.

[60] O regime de concessão de imunidade ou de redução do montante das coimas previsto no artigo 101.º TFUE para os denunciantes e as empresas que cooperam com a Comissão, no qual esta última se baseia para chamar a sua atenção para uma eventual violação desta disposição, não funciona no âmbito de fusões.

[61] Para uma perspetiva contrária, v., por exemplo, Memeti, N., «Monetary fines in EU Mergers: In Need for More Regulation», *Market and Competition Law Review*, abril de 2019, volume III, n.º 1, pp. 209-233.

85. Os números do acórdão recorrido que a Altice contesta não têm por objeto a validade material da fundamentação da decisão impugnada. Não podem, por conseguinte, ser impugnados com base no facto de conterem um erro de direito dessa natureza.

86. Quanto à alegada falta de fundamentação no n.º 343 do acórdão recorrido, esse número, que aparece na secção que analisa se as coimas eram ilegais à luz do princípio da proporcionalidade, afirma que essa comparação é impossível porque «uma infração instantânea […] não tem duração». Esta fundamentação, embora sucinta, explica a decisão do Tribunal Geral sobre esta questão e permite contestá-la em sede de recurso, como fez a Altice.

87. Para impugnar o mérito desta conclusão, a Altice alega que nada no Regulamento n.º 139/2004, em especial no seu artigo 4.º, n.º 1, no seu artigo 7.º, n.º 1, ou no seu artigo 14.º, n.º 2, corrobora a conclusão do Tribunal Geral. Discordo. Como explica o n.º 17 das presentes conclusões, a exigência de notificação prevista no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 é uma obrigação processual que se concretiza quando os dois requisitos estabelecidos nesta disposição estão preenchidos. Por conseguinte, é correto afirmar que a violação dessa disposição é instantânea e desprovida de duração, o que não permite compará-la com uma violação do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, uma vez que, como a Altice reconhece, esta infração tem uma duração. Tendo em conta esta conclusão, o seu argumento segundo o qual o montante da coima por violação do artigo 4.º, n.º 1, do referido regulamento deveria ser reduzido para 450 000 euros não pode ser acolhido [62].

4. Quarta parte: proporcionalidade das coimas, consideradas separada e cumulativamente

a) Resumo dos argumentos

88. A Altice sustenta que é desproporcionada a aplicação de uma coima de 62,25 milhões de euros por uma infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, que é a mesma infração punida nos termos do artigo 7.º, n.º 1, primeira parte, do referido regulamento. Alega ainda que cada uma das coimas é desproporcionada, uma vez que a Comissão tinha anteriormente aplicado coimas claramente inferiores por infrações ao artigo 4.º, n.º 1, e ao artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. Por último, a Altice alega que, no n.º 308 do acórdão recorrido, é erradamente afirmado que o facto de a Altice ter notificado a operação e de ter proposto compromissos antes da assinatura do SPA «não pode atenuar o caráter ilícito do seu comportamento». Esta declaração desvirtua a afirmação da Altice segundo a qual, no âmbito da sua apreciação da natureza e da gravidade de cada infração, a Comissão devia ter tido em conta essas circunstâncias.

89. A Comissão contesta estes argumentos.

[62] Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 115).

b) Apreciação

90. A jurisprudência não apoia a afirmação da Altice segundo a qual, quando são aplicadas duas coimas numa única e mesma decisão, é necessário apreciar a proporcionalidade de cada uma delas [63]. Tendo em conta a fundamentação que proponho que o Tribunal de Justiça adote para julgar improcedentes os dois primeiros fundamentos de recurso, o argumento segundo o qual a Altice é punida duas vezes pelo mesmo comportamento não pode, portanto, proceder [64].

91. Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, o montante máximo das coimas não pode exceder 10 % do volume de negócios total realizado pela empresa. A Comissão salienta que as coimas que aplicou à Altice representavam 0,5 % do seu volume de negócios total no ano anterior à adoção da decisão impugnada. A Altice não pôs em causa a exatidão nem a pertinência de a Comissão ter tido em conta esta ponderação na sua apreciação da proporcionalidade da coima à luz do requisito do efeito dissuasivo. É evidente que as coimas anteriores aplicadas por infrações semelhantes não foram suficientemente dissuasivas para a Altice, pelo que não pode ser acolhido o seu argumento de que a aplicação de coimas consideravelmente mais elevadas é desproporcionada. Uma prática decisória anterior da Comissão também não pode servir de quadro jurídico à aplicação de coimas em matéria de concorrência [65].

92. O argumento da Altice de que o Tribunal Geral não conseguiu «garantir a proporcionalidade das coimas» é manifestamente improcedente por duas razões. Em primeiro lugar, os n.os 332 a 349 do acórdão recorrido apreciaram o argumento da Altice de que as coimas eram ilegais à luz do princípio da proporcionalidade. Com exceção do n.º 343, a Altice não põe em causa qualquer elemento dessa apreciação [66]. Em segundo lugar, o Tribunal Geral, no exercício da sua competência de plena jurisdição, apreciou o pedido de redução do montante da coima no âmbito do fundamento da Altice relativo à violação do princípio da proporcionalidade. No exercício da sua competência de plena jurisdição, o Tribunal Geral observou que estava obrigado «[a] examinar qualquer alegação, de direito ou de facto, que vise demonstrar que o montante da coima não se adequa com a gravidade e com a duração da infração», «tendo em conta todas as circunstâncias do caso» para «determinar um montante da coima que seja proporcional, à luz dos critérios que considera adequados, à gravidade da infração cometida pela recorrente e que seja do mesmo modo suficientemente dissuasivo» [67]. Resulta do exposto que o Tribunal Geral teve em conta o princípio da proporcionalidade ao proceder à fiscalização das coimas no exercício da sua competência de plena jurisdição. A Altice não contesta nenhum elemento específico desta análise. A sua alegação de que o Tribunal Geral não analisou cada infração separadamente é, de facto, incorreta, uma vez que concluiu que a circunstância atenuante se aplicava apenas à coima pela infração ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004.

93. A Altice alega que o n.º 308 do acórdão recorrido desvirtua a sua afirmação segundo a qual, na sua apreciação da natureza e da gravidade de cada infração, a Comissão devia ter tomado em consideração o facto de a Altice ter notificado a operação e proposto compromissos antes da

63 Acórdão de 3 de abril de 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, n.os 38 e 39).

64 V. n.os 14 a 27 das presentes conclusões, em especial o n.º 20, e Acórdão de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão (C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 116).

65 V., por analogia, Acórdão de 7 de junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (C-76/06 P, EU:C:2007:326, n.º 60 e jurisprudência referida).

66 V. n.º 86 das presentes conclusões.

67 N.os 350, 354, 355 e 363 do acórdão recorrido.

assinatura do SPA. Uma vez que a Altice não apresentou nenhum outro elemento ou argumento jurídico em apoio desse alegado erro, essa alegação não está em conformidade com os requisitos do Tribunal Geral, pelo que deve ser julgado improcedente [68].

94. À luz do conjunto das considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o sexto fundamento de recurso e, por conseguinte, negue provimento ao recurso na totalidade.

IV. Despesas

95. Nos termos do artigo 138.º, n.os 1 e 2, do Regulamento de Processo, lido em conjugação com o artigo 184.º, n.os 1 e 2, do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

96. Tendo a Altice sido vencida e tendo a Comissão pedido a sua condenação, a Altice deve ser condenada no pagamento das suas próprias despesas e as despesas da Comissão no presente processo.

97. Nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, lido em conjugação com o artigo 184.º, n.os 1 e 2, do mesmo, os Estados-Membros e as instituições que intervenham no litígio devem suportar as suas próprias despesas.

98. Por conseguinte, o Conselho deve ser condenado no pagamento das suas próprias despesas.

V. Conclusão

99. Pelas razões expostas, proponho que o Tribunal de Justiça decida o seguinte:

– é negado provimento ao recurso;

– a Altice Group Lux Sàrl, anteriormente New Altice Europe BV, em liquidação, é condenada no pagamento das suas próprias despesas, bem como no das efetuadas pela Comissão Europeia;

– o Conselho da União Europeia é condenado no pagamento das próprias despesas.

[68] V. n.º 47 das presentes conclusões.