

Streszczenie decyzji Komisji**z dnia 24 kwietnia 2018 r.****w sprawie nałożenia grzywny na podstawie art. 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw na Altice N.V. z tytułu naruszenia art. 4 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw****(Sprawa M.7993 – Altice/PT Portugal (procedura art. 14 ust. 2))**

(2018/C 315/08)

I. STAN FAKTYCZNY**a. Zainteresowane przedsiębiorstwa i koncentracja**

1. Altice N.V.⁽¹⁾ („Altice”, Niderlandy) jest wielonarodową spółką prowadzącą działalność w obszarze telewizji kablowej i telekomunikacji. W momencie zgłoszenia transakcji Altice działała w Portugalii za pośrednictwem dwóch spółek zależnych z sektora telekomunikacyjnego: Cabovisão – Televisão por Cabo S.A. („Cabovisão”) i ONI Telecom – Infocomunicações S.A. („ONI”).
2. PT Portugal SGPS S.A. („PT Portugal” lub „spółka przejmowana”) jest operatorem telekomunikacyjnym i multimedialnym prowadzącym działalność we wszystkich sektorach telekomunikacyjnych w Portugalii.
3. W dniu 9 grudnia 2014 r. Altice S.A., była spółka holdingowa Altice Group, i Altice Portugal S.A.⁽²⁾ zawarły umowę sprzedaży udziałów z brazylijskim operatorem telekomunikacyjnym Oi S.A. („Oi” lub „sprzedający”), na mocy której Altice S.A. (Luksemburg) za pośrednictwem spółki zależnej Altice Portugal S.A. uzyskała w drodze zakupu udziałów („transakcja” i „umowa transakcyjna”) ⁽³⁾ wyłączną kontrolę nad PT Portugal w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.
4. W dniu 25 lutego 2015 r. Komisja otrzymała zgłoszenie dotyczące transakcji zgodnie z art. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Kontakty przedzgłoszeniowe z Komisją rozpoczęły się w dniu 18 grudnia 2014 r. W dniu 20 kwietnia 2015 r. Komisja przyjęła decyzję na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w związku z art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, stwierdzając, że transakcja jest zgodna z rynkiem wewnętrznym, z zastrzeżeniem przestrzegania przez Altice zobowiązań i warunków załączonych do decyzji („decyzja zatwierdzająca”).

b. Kontekst bieżącego postępowania

5. W dniu 13 kwietnia 2015 r. Komisja skontaktowała się z Altice po doniesieniach prasowych dotyczących wizyt kadry zarządzającej Altice w PT Portugal⁽⁴⁾, ale przed przyjęciem decyzji zatwierdzającej.
6. W piśmie z dnia 11 marca 2016 r. Komisja zasygnalizowała, że prowadzone jest postępowanie wyjaśniające dotyczące możliwego naruszenia przez Altice klauzuli zawieszającej przewidzianej w art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz wymogu zgłoszenia przewidzianego w art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.
7. W dniu 12 maja 2017 r. odbyło się spotkanie służb Komisji z Altice dotyczące aktualnej sytuacji; w dniu 17 maja 2017 r. Komisja wydała, zgodnie z art. 18 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, pisemne zgłoszenie zastrzeżeń skierowane do Altice, formułując swoje wstępne wnioski dotyczące naruszenia przez Altice art. 7 ust. 1 i art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw; w dniu 21 września 2017 r. miało miejsce złożenie ustnych wyjaśnień na spotkaniu wyjaśniającym („spotkanie wyjaśniające”).

⁽¹⁾ Altice S.A., spółka zarejestrowana w Luksemburgu, była stroną zgłaszającą w sprawie M.7499 – Altice/PT Portugal. W dniu 6 sierpnia 2015 r. Altice S.A., była spółka holdingowa Altice Group, przeniosła własność praktycznie wszystkich swoich aktywów i zobowiązań na spółkę zależną Altice Luxembourg S.A. będącą w całości jej własnością. W dniu 9 sierpnia 2015 r. Altice S.A. połączyła się z Altice N.V., nową spółką holdingową Altice Group. W wyniku połączenia Altice S.A. przestała istnieć.

⁽²⁾ Altice Portugal S.A. była jednostką, w której Altice S.A. posiadała całościowy udział. W umowie transakcyjnej Altice Portugal S.A. została zdefiniowana jako „kupujący”, a Altice S.A. została zdefiniowana jako gwarant transakcji.

⁽³⁾ Transakcja ma wymiar unijny w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

⁽⁴⁾ Artykuł w Diário Económico z dnia 26 lutego 2015 r.: http://economico.sapo.pt/noticias/altice-ja-esta-na-pt-portugal-para-assumir-controlado-da-empresa_212789.html. ID[153].

8. W dniu 16 listopada 2017 r. Komisja skierowała do Altice pismo, w którym wskazała spółce dodatkowe znajdujące się w aktach Komisji dowody na poparcie wstępnych ustaleń pisemnego zgłoszenia zastrzeżeń („pismo przedstawiające okoliczności faktyczne”).

II. RAMY PRAWNE

9. Art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stanowi, że:

„[u]znaje się, że koncentracja występuje w przypadku, gdy trwała zmiana kontroli wynika z [...]

- b) przejęcia, przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, czy to [w] drodze zakupu papierów wartościowych lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób”.

10. Art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stanowi, że:

„[p]odstawę kontroli stanowią **prawa, umowy lub jakiekolwiek inne środki**, które oddzielnie bądź wspólnie i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają **możliwość wywierania decydującego wpływu** na przedsiębiorstwo, w szczególności przez: a) własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa; b) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa”.

11. Sąd potwierdził, że: „zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 podstawę kontroli stanowią w szczególności prawa, które dają »możliwość« wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo. [Decydujący wpływ oznacza] zatem fakt nabycia tej kontroli w znaczeniu formalnym, a nie faktyczne sprawowanie takiej kontroli”⁽¹⁾.

12. Art. 4 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stanowi, że: „[k]oncentracja o wymiarze [unijnym] określone w niniejszym rozporządzeniu zgłasza się Komisji **przed ich wykonaniem** i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji”.

13. Art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stanowi, że: „[k]oncentracja o wymiarze [unijnym] zdefiniowana w art. 1, lub mająca zostać zbadana przez Komisję zgodnie z art. 4 ust. 5, **nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem**, stosownie do decyzji, podjętej zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b), 8 ust. 1 lub 8 ust. 2, lub na podstawie domniemania, zgodnie z art. 10 ust. 6”.

14. Chociaż zarówno art. 4 ust. 1, jak i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw są *ex ante* kluczowe dla struktury systemu kontroli połączeń UE, określają one odrębne zasady prawne, a tym samym odgrywają odrębne i uzupełniające się role w kontekście kontroli koncentracji sprawowanej przez Komisję.

15. Ponadto art. 14 ust. 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stanowią, że: „Komisja może w formie decyzji nałożyć na osoby, o których mowa w art. 3 ust. 1 lit. b), lub na zainteresowane przedsiębiorstwa grzywny nieprzekraczające 10 % łącznego obrotu zainteresowanego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 5, w przypadku gdy umyślnie lub nieumyślnie:

- a) **nie zgłaszają one koncentracji zgodnie z art. 4** lub 22 ust. 3 **przed jej dokonaniem**, chyba że są one wyraźnie do tego upoważnione na mocy art. 7 ust. 2 lub na mocy decyzji podjętej zgodnie z art. 7 ust. 3;

- b) **dokonują one koncentracji z naruszeniem art. 7”.**

III. ZASTOSOWANIE W SPRAWIE

16. W październiku 2014 r. Altice podjęła negocjacje z Oi w celu zakupu PT Portugal, które zakończyły się podpisaniem umowy transakcyjnej w dniu 9 grudnia 2014 r.

17. Umowa transakcyjna określała zasady, zgodnie z którymi Altice i Oi uzgodniły sposób, w jaki spółka przejmowana powinna prowadzić działalność w okresie między podpisaniem umowy a zamknięciem transakcji. Istotne ustalenia zawierały zarówno pozytywne zobowiązanie do prowadzenia działalności PT Portugal w toku zwykłej działalności gospodarczej i zgodnie z dotychczasową praktyką, o ile Altice nie zatwierdzi inaczej; jak i zobowiązanie negatywne do niepodejmowania szerokiego zakresu działań korporacyjnych, konkurencyjnych i komercyjnych bez uprzedniej zgody Altice.

⁽¹⁾ Marine Harvest, pkt 58.

18. W umowie transakcyjnej przewidziano proces składania zgłoszeń, aby umożliwić uzyskanie tych zgód. Oprócz powyższej komunikacji Altice i PT Portugal często i bezpośrednio kontaktowali się za pośrednictwem rozmów telefonicznych, wiadomości e-mail oraz spotkań. PT Portugal ubiegał się u Altice o zgodę w szerokim zakresie spraw; składał sprawozdania na temat postępu w różnych bieżących sprawach, dodatkowo dostarczając szczegółowe i dokładne informacje finansowe. Ponadto Oi zabiegał o wkład ze strony Altice i ubiegał się o jej zgodę w sprawach, które nie były objęte umową transakcyjną. Co więcej, podczas spotkań w lutym i marcu 2015 r. PT Portugal udostępniał Altice informacje poufne dotyczące wielu aspektów swojej działalności gospodarczej, a także przekazywał szczegółowe dane finansowe i cotygodniowy kluczowy wskaźnik efektywności („KPI”). Te akceptowane przez Altice informacje były dokładne, niehistoryczne i – ze względu na swój charakter – zindywidualizowane.
19. Informacjami wymieniali się różni członkowie kadry zarządzającej PT Portugal i Altice bez stosowania żadnych zabezpieczeń – takich jak umowy o nieujawnianiu informacji, umowy poufności lub procedury wykorzystania zespołu *clean team* ⁽¹⁾.
20. Wiele z tych działań podjętych przez Altice, Oi i PT Portugal miało miejsce w kontekście rozmów przedzgłoszeniowych oraz pierwszego etapu postępowania wyjaśniającego Komisji w sprawie transakcji, w wyniku którego Komisja stwierdziła, że transakcja budzi poważne wątpliwości, jeśli chodzi o jej zgodność z jednolitym rynkiem. Aby zaradzić obawom Komisji dotyczącym tego połączenia konkurentów, Altice ostatecznie zobowiązała się do zbycia Cabovisão i ONI, które zasadniczo stanowiły całość działalności gospodarczej Altice w Portugalii.
21. Jak szczegółowo przedstawiono poniżej, Komisja stwierdza, że elementy opisane powyżej umożliwiły Altice wywieranie decydującego wpływu lub doprowadziły do faktycznego sprawowania kontroli nad PT Portugal przed przyjęciem decyzji zatwierdzającej, a w niektórych przypadkach przed zgłoszeniem, co stanowiło naruszenie zarówno art. 7 ust. 1, jak i art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

IV. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE KONTROLI ŁĄCZENIA PRZEDSIĘBIORSTW

a. Umowa transakcyjna

22. Umowa transakcyjna stanowiła zgodę Oi na niepodejmowanie pewnych działań dotyczących działalności PT Portugal bez uprzedniej zgody Altice. Komisja stwierdza, że w związku z tym umowa transakcyjna przyznała Altice możliwość decydowania o działaniach PT Portugal w odniesieniu do pozycji wymienionych w umowie transakcyjnej.
23. Komisja uznaje, że powszechną i właściwą praktyką jest umieszczenie w umowie kupna-sprzedaży klauzul mających na celu ochronę wartości nabytego przedsiębiorstwa między podpisaniem umowy kupna-sprzedaży a zamknięciem transakcji. W związku z tym, jak zauważyła Altice, w obwieszczeniu w sprawie dodatkowych ograniczeń ⁽²⁾ przewiduje się, że wyrażenie zgody na powstrzymanie się od wprowadzania istotnych zmian w działalności spółki przejmowanej do momentu zamknięcia transakcji można uznać za bezpośrednio związane i konieczne do wdrożenia koncentracji. Takie porozumienie między sprzedającym a kupującym, które daje kupującemu możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną przed jego zatwierdzeniem, ma jednak uzasadnienie tylko wtedy, gdy jest ściśle ograniczone do tego, co konieczne do zapewnienia utrzymania wartości spółki przejmowanej.
24. Komisja stwierdza, że prawa weta Altice zawarte w umowie transakcyjnej dotyczące: (i) mianowania kadry kierowniczej wyższego szczebla PT Portugal; (ii) polityki cenowej PT Portugal i warunków handlowych stosowanych wobec klientów; oraz (iii) możliwości zawierania, rozwiązywania lub modyfikowania szeregu umów PT Portugal; indywidualnie i zbiorowo dały Altice prawo do interwencji w działalność spółki przejmowanej w zakresie wykraczającym poza to, co było konieczne do zagwarantowania utrzymania wartości spółki przejmowanej w okresie od podpisania umowy do zamknięcia transakcji, oraz dały Altice możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną.
 - (i) *Możliwość wywierania przez Altice wpływu na mianowanie kadry kierowniczej wyższego szczebla w spółce przejmowanej*
25. Zgodnie z art. 6.1 lit. b) ppkt (xviii) i (xx) umowy transakcyjnej, bez uprzedniej pisemnej zgody spółki Altice przedsiębiorstwo PT Portugal nie mogło powołać żadnego nowego dyrektora lub urzędnika ani rozwiązać lub zmienić warunków ich umów.

⁽¹⁾ Pojęcie *clean team* ogólnie odnosi się do ograniczonej grupy osób z przedsiębiorstwa, które nie są zaangażowane w codzienną działalność komercyjną przedsiębiorstwa i które otrzymują informacje poufne od kontrahenta transakcji oraz podlegają rygorystycznemu protokołowi dotyczącemu poufności w odniesieniu do tych informacji.

⁽²⁾ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i niezbędnych dla dokonania koncentracji (Dz.U. C 56 z 5.3.2005, s. 24).

26. Komisja uważa, że prawa zawarte w umowie transakcyjnej miały bardzo szeroki zakres i obejmowały nieokreślona grupę pracowników, z których nie wszyscy mogą mieć znaczenie z punktu widzenia wartości przedsiębiorstwa. Ponadto umożliwiło to firmie Altice współdecydowanie o strukturze wyższej kadry kierowniczej wyższego szczebla w spółce przejmowanej, np. powołanie członków zarządu.
27. Komisja uważa zatem, że prawa weta zawarte w art. 6.1 lit. b) ppkt (xviii) i (xx), niezależnie i wraz z innymi prawami weta omówionymi w niniejszej decyzji, przyznały Altice uprawnienia do wywierania decydującego wpływu na kadrę kierowniczą wyższego szczebla w spółce przejmowanej, a tym samym na politykę handlową tej spółki. Przepis taki wykraczał poza zwykłą ochronę wartości spółki przejmowanej i dał Altice możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną.
- (ii) *Możliwość wywierania przez Altice wpływu na ustalanie polityki cenowej spółki przejmowanej*
28. Zgodnie z art. 6.1 lit. b) pkt (xxvi) umowy transakcyjnej, bez zgody Altice, przedsiębiorstwo PT Portugal nie mogło zmienić swojej polityki cenowej lub standardowych cen ofertowych ani zmienić żadnych obowiązujących standardowych warunków w stosunkach z klientami, z zastrzeżeniem określonych ograniczeń.
29. Wymóg uzyskania zgody Altice przed zmianą polityki cenowej i standardowych cen ofertowych z założenia ograniczył swobodę decyzyjną spółki przejmowanej i jej zdolność do niezależnego działania na rynku. Komisja stwierdza zatem, że prawo weta Altice w stosunku do decyzji handlowych spółki przejmowanej wykracza poza to, co było konieczne do ochrony przed istotnymi zmianami w działalności spółki przejmowanej w celu zachowania jej wartości. Ponadto Komisja zauważa, że art. 6.1 lit. b) ppkt (xxvi) miał bardzo szeroki zakres i przyznawał Altice prawo weta w stosunku do znacznej części decyzji PT Portugal dotyczących ustalania cen i warunków prowadzenia działalności w stosunkach z jego klientami.
30. Komisja uważa zatem, że prawa weta zawarte w art. 6.1 lit. b) ppkt (xxvi), niezależnie i wraz z innymi prawami weta omówionymi w niniejszej decyzji, przyznały Altice uprawnienia do decydowania o polityce handlowej spółki przejmowanej. Przepis taki wykraczał zatem poza zwykłą ochronę wartości spółki przejmowanej i dał Altice możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną.
- (iii) *Możliwość wywierania przez Altice wpływu na zawieranie, rozwiązywanie lub modyfikowanie umów przez spółkę przejmowaną*
31. Zgodnie z art. 6.1 lit. b) ppkt (ii), (iii) i (ix) umowy transakcyjnej, bez uprzedniej pisemnej zgody Altice przedsiębiorstwo PT Portugal nie mogło zawrzeć żadnej transakcji ani zaciągnąć obciążenia, przyjąć lub zaciągnąć żadnego zobowiązania, ani też nabyć żadnych aktywów, jeżeli taka transakcja przekroczyła określony próg pieniężny. Zgodnie z art. 6.1 lit. b) ppkt (vii) i (xxvii) umowy transakcyjnej, bez uprzedniej pisemnej zgody Altice przedsiębiorstwo PT Portugal nie mogło zawrzeć, wypowiedzieć ani zmienić żadnej umowy, która wchodziła w zakres określonych definicji.
32. Komisja uważa, że zakres działań, a także zastosowane definicje i obowiązujące progi pieniężne oznaczały, że Altice sprawowała nadzór nad bardzo szerokim zakresem działań (w tym sprawami wchodzącymi w zakres zwykłej działalności PT Portugal), z których nie wszystkie miałyby istotny wpływ na wartość działalności PT Portugal.
33. W związku z tym Komisja stwierdza, że prawa weta zawarte w art. 6.1 lit. b) ppkt (ii), (iii), (ix), (vii) i (xxvii), niezależnie i wraz z innymi prawami weta omówionymi w niniejszej decyzji, przyznały Altice prawo do decydowania o polityce handlowej spółki przejmowanej. Przepis taki wykraczał zatem poza zwykłą ochronę wartości spółki przejmowanej i dał Altice możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną.

b. Wpływ Altice na spółkę przejmowaną

34. Komisja stwierdziła, że w szeregu przypadków, jak opisano poniżej, przedsiębiorstwo PT Portugal zwracało się do Altice o wytyczne i zgodziło się wdrożyć lub faktycznie wdrożyło wytyczne Altice w odniesieniu do decyzji handlowych przed datą zgłoszenia lub przed datą decyzji zatwierdzającej.
- (i) *Kampania abonamentowa dotycząca telefonów komórkowych*
35. W okresie od stycznia do marca 2015 r. przedsiębiorstwo PT Portugal przeprowadziło kampanię promocyjną („kampania abonamentowa”) mającą na celu zmniejszenie liczby klientów rezygnujących z usług detalicznych w segmencie B2C w telefonii komórkowej. Komisja stwierdziła, że Altice była zaangażowana w proces decyzyjny w PT Portugal dotyczący kampanii abonamentowej, która stanowiła część strategii handlowej stosowanej przez spółkę przejmowaną na rynku. Altice odegrała zasadniczą rolę w zatwierdzaniu i ustalaniu form prowadzenia kampanii abonamentowej oraz jej monitorowaniu. Biorąc pod uwagę cele i budżet kampanii, Komisja stwierdziła, że zaangażowania Altice w kampanię nie można uzasadnić względami zachowania wartości PT Portugal.

(ii) *Umowa Porto Canal*

36. W dniu 18 grudnia 2014 r. (!) PT Portugal rozpoczął ocenę wewnętrzną możliwego przedłużenia porozumienia dystrybucyjnego w odniesieniu do kanału telewizyjnego Porto Canal. Komisja uważa, że Altice była bezpośrednio zaangażowana w określenie celów i strategii negocjacyjnej dotyczących odnowienia porozumienia PT Portugal z Porto Canal, które stanowiło część stosowanej przez spółkę przejmowaną strategii konkurencyjnej na rynku, na którym Altice sama była konkurentem za pośrednictwem swoich spółek zależnych. Komisja uznała, że zaangażowanie Altice w tę umowę, biorąc pod uwagę jej wartość i przedmiot (odnowienie umowy telewizyjnej), nie może być uzasadnione względami zachowania wartości PT Portugal.

(iii) *Wybór dostawcy sieci dostępu radiowego*

37. Przedsiębiorstwo PT Portugal miało kilku dostawców sieci dostępu radiowego. PT Portugal chciało zmniejszyć liczbę dostawców. Komisja stwierdziła, że Altice była bezpośrednio zaangażowana w ustanowienie procesu wyboru dostawców sieci dostępu radiowego dla PT Portugal, który to proces stanowił część stosowanej przez spółkę przejmowaną strategii konkurencyjnej na rynku. Altice ingerowała w strategię negocjacyjną PT Portugal i poinstruowała przedsiębiorstwo PT Portugal, aby wstrzymało się z procesem wyboru i prowadziło wymianę informacji w tej kwestii, w wyniku czego PT Portugal zmieniło swoją strategię dotyczącą procesu wyboru; ponadto przedsiębiorstwo PT Portugal wdrożyło te wytyczne, zwłaszcza poprzez zawieszenie procesu wyboru i przekazanie Altice szczególnie chronionych informacji handlowych. Komisja uważa, że zaangażowanie Altice wykraczało poza to, co można by racjonalnie uznać za konieczne w celu utrzymania wartości PT Portugal.

(iv) *Umowy na usługę wideo na żądanie/sprzedaży elektronicznej (EST)*

38. PT Portugal i Cinemundo planowały zawarcie dwuletniej umowy na dostarczanie różnego rodzaju filmów na platformę wideo na życzenie („VOD”) przedsiębiorstwa PT Portugal. Komisja stwierdziła, że spółka Altice była bezpośrednio zaangażowana w określanie warunków negocjacji umowy dostawy między PT Portugal a Cinemundo, która stanowiła część stosowanej przez spółkę przejmowaną strategii konkurencyjnej na rynku, na którym Altice sama konkurowała poprzez swoje jednostki zależne. Mając na uwadze wartość oraz przedmiot tej umowy, zaangażowanie Altice w omawianej sprawie wykraczało poza to, co można by racjonalnie uznać za konieczne w celu utrzymania wartości PT Portugal.

(v) *Umowa DOG TV*

39. Od listopada 2014 r. przedsiębiorstwo PT Portugal rozważało podpisanie umowy z World Channels, dystrybutorem telewizji DOG TV – kanału premium poświęconego przede wszystkim psom. W przypadku tej umowy przedsiębiorstwo PT Portugal zwróciło się do spółki Altice o wyrażenie zgody; spółka ta nie udzieliła zgody i zażądała przedstawienia bardziej szczegółowych informacji w odniesieniu do tej umowy. Komisja stwierdziła, że spółka Altice była bezpośrednio zaangażowana w podjęcie decyzji w sprawie włączenia kanału DOG TV do oferty spółki PT Portugal, co stanowiło część stosowanej przez spółkę przejmowaną strategii konkurencyjnej na rynku, na którym Altice sama konkurowała poprzez swoje jednostki zależne. Mając na uwadze wartość oraz przedmiot tej umowy, zaangażowanie Altice w omawianej sprawie wykraczało poza to, co można by racjonalnie uznać za konieczne w celu utrzymania wartości PT Portugal.

(vi) *Udziały SIRESP*

40. SIRESP jest operatorem krajowej sieci bezpieczeństwa publicznego, partnerstwem publiczno-prywatnym wspieranym przez portugalskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych. W odnośnym czasie właścicielami SIRESP byli PT Portugal, Galilei (portugalski fundusz inwestycyjny), Motorola oraz dwoje mniejszych udziałowców. Dnia 4 marca 2015 r. jeden z udziałowców wystosował list intencyjny do pozostałych udziałowców SIRESP, w tym PT Portugal, w którym określił warunki, na jakich byłby gotów nabyć udziały każdego z pozostałych udziałowców. Oi poinformowało Altice, że nie zamierzało sprzedać udziałów PT Portugal w SIRESP, ani korzystać z prawa poboru. Następnie Oi zapytało, czy Altice ma inne zdanie w tej kwestii. Altice wskazała Oi, że nie miała w planach sprzedaży swoich udziałów. Komisja nie kwestionuje tej wymiany, ponieważ była to kwestia korporacyjna, która mogła potencjalnie wpłynąć na wartość spółki przejmowanej.
41. Altice posunęła się jednak dalej i poprosiła PT Portugal o skontaktowanie się z jednym z udziałowców SIRESP w celu zapytania, czy byłby zainteresowany sprzedażą udziałów w SIRESP na rzecz Altice/PT Portugal. Komisja uważa, że poprzez zlecenie PT Portugal skontaktowania się z jednym z udziałowców SIRESP w jej imieniu, Altice przekroczyła granice tego, co można by uznać za właściwe zachowanie konieczne w celu utrzymania wartości PT Portugal.

(!) Według Altice, pod koniec 2014 r. i na początku 2015 r. Porto Canal zwrócił się do PT Portugal w celu renegocjacji porozumienia dystrybucyjnego.

(vii) *Umowa z klientem*

42. Dnia 23 grudnia 2014 r. przedsiębiorstwo PT Portugal wygrało przetarg na świadczenie na rzecz klientów usług i rozwiązań w obszarze outsourcingu. Oi/PT Portugal poprosiły Altice o zgodę na podpisanie umowy; Altice zażądała bardziej szczegółowych informacji w tej sprawie. Komisja stwierdziła, że spółka Altice była bezpośrednio zaangażowana w podjęcie decyzji w sprawie zawarcia umowy, która to decyzja stanowiła część stosowanej przez spółkę przejmowaną strategii konkurencyjnej na rynku, na którym Altice sama konkurowała poprzez swoje jednostki zależne. Mając na uwadze wartość oraz charakter tej umowy, Komisja uważa, że zaangażowanie Altice w omawianej sprawie przekroczyło to, co można by racjonalnie uznać za konieczne w celu utrzymania wartości PT Portugal.

(viii) *Ustalenia dotyczące istotności decyzji, w sprawie których nie zwrócono się o zgodę Altice*

43. W odpowiedzi na pisemne zgłoszenie zastrzeżeń oraz na spotkaniu wyjaśniającym Altice stwierdziła, że między zawarciem umowy transakcyjnej oraz decyzji zatwierdzającej konsultowano jedynie niewielką liczbę decyzji podjętych przez PT Portugal, a wiele istotnych decyzji dotyczących zasad strategicznych i komercyjnych podjęto bez konsultacji lub nawet informowania Altice.
44. Komisja uważa, że nie ma konieczności, by zwracano się do Altice o wyrażanie zgody na wszystkie sprawy lub większość spraw omawianych przez radę dyrektorów PT Portugal lub podjętych przez zarząd PT Portugal w okresie między podpisaniem umowy transakcyjnej a podpisaniem decyzji zatwierdzającej, by zachowanie Altice stanowiło wczesne wdrożenie w postaci przypadków rzeczywistego sprawowania kontroli. Dowody w aktach Komisji pokazują, że w trakcie podpisywania umowy transakcyjnej i decyzji zatwierdzającej zwracano się o zgodę Altice w wielu przypadkach innych spraw⁽¹⁾.

(ix) *Wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych*

45. W okresie od zawarcia umowy transakcyjnej do zamknięcia transakcji oraz kilka miesięcy po etapie badania *due diligence* zarząd Altice oraz przedstawiciele PT Portugal trzykrotnie obradowali w Lizbonie. Komisja stwierdziła, że podczas tych posiedzeń przedsiębiorstwo PT Portugal przedstawiło spółce Altice obszernie i szczegółowe prezentacje dotyczące działalności gospodarczej PT Portugal. PT Portugal przekazywało Altice szczegółowe i aktualne informacje dotyczące ich działalności hurtowej oraz detalicznej, w tym kluczowe dane finansowe segmentów B2C i B2B. Ponadto w trakcie tych posiedzeń Altice zażądała od PT Portugal szczegółowych i aktualnych informacji dotyczących kluczowych wskaźników efektywności oraz przyszłej wyceny spółki przejmowanej i otrzymała te informacje. Wymiany te wymagały rozszerzonego zarządzania operacyjnego Altice i zostały przeprowadzone bez żadnych umów poufności.
46. Komisja uważa, że te wymiany informacji, które zostały przeprowadzone poza etapem badania *due diligence*, przyczyniły się do wykazania, że Altice wywierała decydujący wpływ na aspekty działalności spółki przejmowanej, zanim Komisja uznała transakcję za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

c. Wniosek dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw

47. Komisja uważa, że Altice uzyskała możliwość wywierania decydującego wpływu oraz sprawowała kontrolę przed przyjęciem decyzji zatwierdzającej, a w niektórych przypadkach – przed zgłoszeniem, co doprowadziło Komisję do wniosku, że transakcję zrealizowano przed datą przyjęcia przez Komisję decyzji zatwierdzającej, a w niektórych przypadkach przed zgłoszeniem, z naruszeniem art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

V. NARUSZENIE ART. 4 UST. 1 ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE KONTROLI ŁĄCZENIA PRZEDSIĘBIORSTW

48. Jak wspomniano wyżej, art. 7 ust. 1 oraz art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw określają odmienne zasady prawne.
49. Z powodów wskazanych poniżej, Komisja uważa, że Altice naruszyła art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.
50. Po pierwsze, Komisja uznaje, że art. 6.1 lit. b) umowy transakcyjnej dotyczący prawa weta w odniesieniu do powołania kadry kierowniczej wyższego szczebla w spółce przejmowanej (art. 6.1 lit. b) ppkt (xviii) i (xx)), ustanowienia polityki cenowej spółki przejmowanej (art. 6.1 lit. b) ppkt (xxvi)) oraz zawarcia, zmiany i rozwiązania umów (art. 6.1 lit. b) ppkt (ii), (iii), (ix), (vii) oraz (xxvii)) dały spółce Altice możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną od momentu podpisania umowy transakcyjnej dnia 9 grudnia 2014 r. Z uwagi na to, że działo się to przed zgłoszeniem transakcji do Komisji Europejskiej dnia 25 lutego 2015 r., Komisja uznaje, że stanowi to naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

⁽¹⁾ Komisja stwierdziła również, że Oi w rzeczywistości zwracało się o zgodę Altice poprzez formalne wezwania/pisma w sprawie siedmiu decyzji podjętych przez PT Portugal, w odniesieniu do których spółka Altice utrzymywała, że nie skonsultowano się z nią, ani nawet jej nie poinformowano.

51. Po drugie, jak wyszczególniono powyżej, Komisja uznaje, że działania, które podjęła spółka Altice po podpisaniu umów transakcyjnych – jeśli traktować je łącznie – dowodzą, że Altice rzeczywiście sprawowała kontrolę nad PT Portugal. Niektóre z tych działań miały miejsce przed zgłoszeniem transakcji do Komisji Europejskiej dnia 25 lutego 2015 r., a mianowicie:
- 1) kampania abonamentowa: zob. pkt 35 powyżej;
 - 2) umowa VOD/EST: zob. pkt 38 powyżej; oraz
 - 3) wymiana informacji handlowych o charakterze strategicznym podczas posiedzenia dnia 3 lutego 2015 r. między zarządem Altice, a zarządem PT Portugal, jak opisano bardziej szczegółowo w pkt 46 powyżej.
52. Komisja zatem uznaje, że Altice naruszyła swój obowiązek zgłoszenia zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

VI. PROCEDURA

a. Argumenty Altice

53. W odpowiedzi na pisemne zgłoszenie zastrzeżeń Altice wniosła roszczenia proceduralne dotyczące naruszenia fundamentalnych zasad sprawiedliwości proceduralnej, w szczególności prawa do obrony.
54. Po pierwsze, według Altice Komisja – poprzez nieuwzględnienie interpretacji Oi dotyczącej umowy transakcyjnej – naruszyła prawo spółki do bycia wysłuchanym oraz obowiązek dobrej administracji, zważywszy, że Oi było jedyną stroną umowy transakcyjnej będącą w stanie określić, które kwestie należało przedłożyć Altice, podczas gdy rola spółki Altice była „czysto bierna”.
55. Po drugie, według Altice, przypisując spółce domniemane naruszenie, Komisja sama naruszyła fundamentalną zasadę odpowiedzialności osobistej, według której osobę fizyczną lub prawną można ukarać jedynie za czyny, które przypisano jej indywidualnie. Altice zwróciła się formalnie do Komisji z wnioskiem o skontaktowanie się z przedsiębiorstwem Oi w sprawie jego interpretacji umowy transakcyjnej oraz o wszczęcie postępowania przeciwko Oi.
56. W odpowiedzi na pismo przedstawiające okoliczności faktyczne Altice wyraziła się krytycznie w odniesieniu do wystosowanego przez Komisję do Oi wniosku o udzielenie informacji⁽¹⁾ i stwierdziła, że naruszenia proceduralne stwierdzone w odpowiedzi na pisemne zgłoszenie zastrzeżeń nie zostały rozwiązane przez skierowany do Oi wniosek o udzielenie informacji. W szczególności Altice twierdziła, że odpowiedź Oi należałoby zweryfikować i poprzeć dowodami w postaci dokumentów.
57. Po trzecie, według Altice Komisja naruszyła zasady konieczności i proporcjonalności, ponieważ kilka wniosków o udzielenie informacji stanowiło nadmiernie obciążenie dla Altice: (i) terminy na udzielenie odpowiedzi na niektóre wnioski były zbyt krótkie i nieproporcjonalne do potrzeb postępowania wyjaśniającego; oraz (ii) we wniosku o udzielenie informacji z dnia 20 lipca 2016 r. Komisja zwróciła się do Altice o dostarczenie szeregu dokumentów, z których większość uwzględniono już w danych przekazanych pocztą elektroniczną przez Altice w odpowiedzi na wcześniejsze wnioski o udzielenie odpowiedzi.

b. Ocena Komisji

58. Interpretacja, jakiej Oi dokonało w odniesieniu do umowy transakcyjnej, oraz powody, dla których Oi zdecydowało się uzyskać zgodę Altice, nie mają wpływu na istnienie naruszeń art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, które opierają się na faktycznym działaniu Altice. Istnienie naruszenia można było skutecznie stwierdzić bez uzyskiwania interpretacji, jakiej Oi dokonało w odniesieniu do umowy transakcyjnej, oraz powodów, dla których Oi postanowiło w pewnych kwestiach zwrócić się o zgodę Altice.
59. W rzeczywistości Altice odgrywała aktywną rolę w opracowywaniu i wdrażaniu umowy transakcyjnej oraz posiadała wiedzę na temat sprawy, w odniesieniu do której zwrócono się o zgodę. Altice negocjowała i działała jako sygnatariusz umowy transakcyjnej, w której przyznano Altice prawo do odmowy udzielenia zgody na wykonanie pewnych decyzji przez Oi i PT Portugal. W praktyce Altice zareagowała na podejście Oi i PT Portugal między innymi poprzez: (i) przyjmowanie szczególnie chronionych informacji handlowych (a nie dystansowanie się od nich); (ii) w razie potrzeby zwracanie się o dalsze informacje; (iii) udzielanie wytycznych Oi lub PT Portugal w sprawie sposobu postępowania; oraz (iv) monitorowanie realizacji spraw, na które zwrócono uwagę Altice. Działanie Altice wskazuje ponadto na fakt, że posiadała ona wystarczającą wiedzę na temat sprawy, w odniesieniu do której zwrócono się o jej zgodę.
60. W każdym razie, w świetle twierdzeń Altice zawartych w odpowiedzi na pisemne zgłoszenie zastrzeżeń oraz w celu zapewnienia kompletności Komisja zwróciła się do Oi o wyrażenie opinii na temat umowy transakcyjnej i jej wykonania⁽²⁾. W związku z tym zachowano prawo Altice do obrony.

⁽¹⁾ Dnia 6 października 2017 r. Komisja skierowała do Oi wniosek o udzielenie informacji. Oi odpowiedziało w dniu 20 października 2017 r. Komisja podzieliła się z Altice odpowiedzią Oi w piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne.

⁽²⁾ Zob. pkt 56 niniejszego dokumentu.

61. Ponadto, uwzględniając dowody w postaci dokumentów przedstawione w projekcie decyzji (popartej potwierdzeniami dostarczonymi przez Oi), wspomniane dowody te są wystarczająco precyzyjne i spójne, aby ustalić w sposób wymagany prawem, że doszło do naruszenia ze strony Altice. Komisja nie uważa zatem, że powinna była wymagać od przedsiębiorstwa Oi poparcia jego odpowiedzi dowodami w postaci dokumentów⁽¹⁾.
62. Co więcej, Komisja nie karze Altice za czyny przypisane Oi. Naruszenie w tej decyzji opiera się na prawach przyznanych spółce Altice na mocy umowy transakcyjnej lub na rzeczywistym działaniu Altice w okresie między podpisaniem umowy transakcyjnej a decyzją zatwierdzającą, przy czym Altice odgrywała aktywną rolę w sporządzaniu i wdrażaniu umowy transakcyjnej. Jeśli chodzi o wniosek Altice o wszczęcie przez Komisję postępowania przeciwko Oi, Komisja przypomina, że nawet jeśli Oi dopuściło się naruszenia, Komisja nie ma obowiązku wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia przeciwko Oi.
63. Komisja wyznaczyła Altice wystarczająco dużo czasu na dostarczenie odpowiedzi na wnioski o udzielenie odpowiedzi, biorąc pod uwagę zakres tych wniosków o udzielenie odpowiedzi. Ponadto w przypadku niektórych wniosków o udzielenie odpowiedzi Altice nie zbadała możliwości złożenia wniosku o przedłużenie terminu, ani nie zaskarżyła przed sądami UE wniosków o udzielenie informacji w drodze decyzji przyjętej na podstawie art. 11 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. We wniosku o udzielenie odpowiedzi z dnia 20 lipca 2016 r. Komisja zwróciła się do Altice o wyjaśnienie treści niektórych dokumentów dostarczonych przez Altice⁽²⁾; Komisja nie zwróciła się jednak do Altice o dostarczenie tych samych dokumentów, które spółka już dostarczyła w odpowiedzi na wcześniejsze wnioski o udzielenie odpowiedzi.

VII. GRZYWNY

a. Charakter naruszenia

64. Zgodnie z orzecznictwem UE⁽³⁾ Komisja uważa, że każde naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw jest z natury rzeczy poważnym naruszeniem.
65. Po pierwsze, od dnia 9 grudnia 2014 r. Altice dokonała koncentracji o wymiarze unijnym z naruszeniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Po drugie, do naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw doszło niezależnie od pozytywnego wyniku procedury kontroli łączenia przedsiębiorstw przeprowadzonej przez Komisję. Po trzecie, prawodawca stwierdził, że naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw mogą być równie poważne, jak naruszenia art. 101 i 102 TFUE, ponieważ w każdym z mających zastosowanie rozporządzeń (rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw i rozporządzenie nr 1/2003) określono takie same maksymalne progi grzywien.

b. Waga naruszenia

66. Komisja stwierdza, że Altice działała co najmniej nieumyślnie, naruszając art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Po pierwsze, Altice jest dużą spółką europejską posiadającą istotne doświadczenie w transakcjach połączeń, a przed omawianą transakcją brała udział w postępowaniach dotyczących kontroli połączeń na poziomie krajowym. Po drugie, Altice starannie negocjowała umowę transakcyjną z Oi i, według samej Altice, włączyła kwestionowane postanowienia do umowy transakcyjnej konkretnie w celu ochrony własnych interesów finansowych. Po trzecie, istnienie podobnych precedensów nie ma wpływu na wagę naruszenia. Po czwarte, Komisja uważa, że Altice wiedziała lub powinna była wiedzieć, że zachowanie naruszające będzie stanowić naruszenie obowiązku zgłoszenia lub klauzuli zawieszającej.
67. Komisja uważa, że już sam fakt, iż transakcja wzbudziła poważne wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym, stanowi czynnik, który sprawia, że naruszenie staje się poważniejsze⁽⁴⁾. Przejęcie PT Portugal przez Altice zostało zatwierdzone po przedstawieniu szeroko zakrojonych środków zaradczych mających na celu usunięcie poważnych wątpliwości związanych z transakcją. W takich przypadkach zapewnienie pewności prawa i wysokiego poziomu odstraszenia jest ważne niezależnie od zalet oceny *ex post*.

c. Czas trwania naruszenia

68. Jeżeli chodzi o naruszenie art. 4 ust. 1, takie naruszenie stanowi naruszenie jednorazowe, którego dopuszczono się poprzez niezgłoszenie koncentracji. W związku z tym naruszenie przepisów miało miejsce w dniu 9 grudnia 2014 r.

⁽¹⁾ Ponadto pomimo podjętych działań dochodzeniowych Komisja nie zidentyfikowała, a Altice nie dostarczyła żadnych wskazówek świadczących o istnieniu dowodów niewinnych, które podważyłyby wnioski Komisji.

⁽²⁾ W zakresie, w jakim Altice uznała, że właściwa odpowiedź znajduje się w dokumencie już dostarczonym, mogła ona po prostu odnieść się do tego już dostarczonego dokumentu, ponieważ Komisja zezwoliła Altice – jeżeli chciałaby ona odnieść się do dokumentów będących już w posiadaniu Komisji – na odniesienie się do tych dokumentów. Dlatego też Altice nie miała obowiązku przedłożenia już złożonych dokumentów.

⁽³⁾ Wyrok Sądu z dnia 26 października 2017 r., *Marine Harvest/Komisja Europejska*, T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753, pkt 480; Wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 2012 r., *Electrabel/Komisja Europejska*, T-332/09, ECLI:EU:T:2012:672, pkt 235.

⁽⁴⁾ Wyrok Sądu z dnia 26 października 2017 r., *Marine Harvest/Komisja Europejska*, T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753, pkt 490 i nast.

69. Jeżeli chodzi o naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, jest to naruszenie ciągłe, które trwa dopóty, dopóki transakcja nie zostanie zatwierdzona przez Komisję. W związku z tym naruszenie trwało od podpisania umowy transakcyjnej w dniu 9 grudnia 2014 r. do momentu zatwierdzenia w dniu 20 kwietnia 2015 r. (tj. 4 miesiące i 11 dni).

d. Okoliczności łagodzące i obciążające

70. Komisja uważa, że w tej sprawie nie występują okoliczności obciążające ani łagodzące.

VIII. WYSOKOŚĆ GRZYWIEN

71. Przy nakładaniu kar Komisja bierze pod uwagę potrzebę zapewnienia, że nałożone grzywny będą mieć odpowiedni efekt odstraszający. W przypadku przedsiębiorstwa wielkości spółki Altice wysokość kary musi być znacząca dla zapewnienia skutku odstraszającego. Tym bardziej w sytuacji, gdy transakcja, która została przeprowadzona przed jej zatwierdzeniem, budzi poważne wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym.

72. W związku z tym, aby nałożyć karę za naruszenie i zapobiec jego ponownemu wystąpieniu, a także biorąc pod uwagę szczególne okoliczności przedmiotowej sprawy, w szczególności charakter, wagę i czas trwania naruszeń omówionych w sekcji 6 powyżej, Komisja uważa za właściwe nałożenie na podstawie art. 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw grzywien w wysokości 62 250 000 EUR z tytułu naruszenia art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz 62 250 000 EUR za naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.
