



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

28. juni 2016*

»Konkurrence — karteller — det portugisiske og det spanske marked for telekommunikation — konkurrenceklausul vedrørende det iberiske marked i den kontrakt, hvorved Telefónica erhvervede Portugal Telecoms ejerandel i den brasilianske mobiloperatør Vivo — retligt forbehold »i det omfang, hvor loven tillader det« — overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål — accessorisk begrænsning — sagsøgerens selvstændige adfærd — potentiel konkurrence — overtrædelse med konkurrencebegrænsende virkninger — beregning af bøden — begæring om afhøring af vidner«

I sag T-216/13,

Telefónica, SA, Madrid (Spanien), ved advokaterne J. Folguera Crespo, P. Vidal Martínez og E. Peinado Iribar,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved C. Giolito og C. Urraca Caviedes, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående principalt en påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2013) 306 final af 23. januar 2013 vedrørende en procedure efter artikel 101 TEUF (sag COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) og subsidiært en påstand om nedsættelse af bøden,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. E. Martins Ribeiro (refererende dommer), og dommerne S. Gervasoni og L. Madise,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. maj 2015,

afsagt følgende

* * Processprog: spansk.

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den foreliggende sag, der drejer sig om Kommissionens afgørelse C(2013) 306 final af 23. januar 2013 vedrørende en procedure efter artikel 101 TEUF (sag COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (herefter »den anfægtede afgørelse«), omhandler en klausul (herefter »klausulen«) indeholdt i artikel 9 i en aktiekøbsaftale (herefter »aftalen«), som sagsøgeren, Telefónica, SA (herefter »Telefónica«), og Portugal Telecom SGPS, SA (herefter »PT«) underskrev den 28. juli 2010, og som gav Telefónica enekontrol over den brasilianske mobilnetoperatør Vivo Participações, SA (herefter »Vivo«). Klausulen har følgende ordlyd (første betragtning til den anfægtede afgørelse):

»9 – Konkurrenceklausul

I det omfang, hvor loven tillader det, skal hver af parterne i perioden fra [tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010] og indtil den 31. december 2011 afstå fra direkte eller indirekte via et tilknyttet datterselskab at iværksætte eller investere i noget projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester, men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked.«

- 2 Europa-Kommissionen er, i overensstemmelse med den foreløbige konklusion i klagepunktsmeddelelsen af 21. oktober 2011, af den opfattelse, at klausulen, henset til sit indhold og de faktiske omstændigheder (den økonomiske og retlige sammenhæng, som sagen indgik i, og parternes adfærd), svarede til en markedsdelingsaftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen på det indre marked i strid med artikel 101 TEUF (2. og 434. betragtning til den anfægtede afgørelse).

I – Præsentation af Telefónica og PT

- 3 Telefónica er det tidligere statslige spanske telemonopolselskab, der blev fuldstændig privatiseret i 1997, og den førende teleoperatør i Spanien. Telefónica har etableret en international tilstedeværelse i en række lande i EU, Latinamerika og Afrika og er en af de største europæiske telekoncerner (12. og 16. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 4 På tidspunktet for vedtagelsen af den afgørelse, der er genstand for den foreliggende sag, ejede Telefónica 2% af kapitalen i PT. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der lå til grund for denne afgørelse, besad Telefónica en minoritetsandel i Zon Multimedia (herefter »Zon«), en konkurrent til PT, som var aktiv i sektoren for elektronisk kommunikation og resultatet af en spaltning i november 2007 mellem PT Multimedia og moderselskabet PT. I tillæg til sine kapitalbesiddelser i portugisiske selskaber var Telefónica også begyndt at udvikle en direkte tilstedeværelse i Portugal gennem to af sine datterselskaber og et af disse selskabers portugisiske filial (18.-20. og 215. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 5 Telefónica udpegede i øvrigt et eller to medlemmer af PT's bestyrelse afhængigt af tidspunktet. På tidspunktet for den endelige gennemførelse af transaktionen vedrørende købet af Vivo, dvs. den 27. september 2010 (jf. præmis 25 nedenfor), havde Telefónica udpeget to af bestyrelsesmedlemmerne i PT (fodnote 67 til den anfægtede afgørelse).
- 6 Portugal Telecom-koncernen blev stiftet i 1994 efter en fusion mellem tre offentlige selskaber, som blev privatiseret i fem faser i perioden fra 1995 til 2000. Efter afslutningen af den femte og sidste privatiseringsfase i 2000 ejede den portugisiske stat 500 A-aktier (herefter »præferenceaktierne«), som

gav den visse særlige rettigheder, heriblandt vetoret i forbindelse med vedtægtsændringer og andre vigtige beslutninger. Den 12. december 2000 blev Portugal Telecom, SA omdannet til et holdingselskab og skiftede navn til PT (21., 22. og 23. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 7 PT er den førende teleoperatør i Portugal og har en strategisk tilstedeværelse i andre lande, navnlig i Brasilien og Afrika syd for Sahara. PT's andel på 50% af kapitalen i det fællesforetagende, der kontrollerede Vivo, var selskabets vigtigste aktiv i Brasilien, indtil Vivo blev opkøbt af Telefónica. Efter salget af kapitalandelen i Vivo den 28. juli 2010 dannede PT et strategisk partnerskab med Oi, en af de største udbydere af elektronisk kommunikation i Brasilien (24. og 25. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 8 PT solgte sin andel på 0,20% i Telefónica i 2010 og kontrollerer ikke noget spansk selskab. PT leverer teletjenester til sine multinationale portugisiske kunder, der opererer på det spanske marked, ved brug af andre operatørs og navnlig Telefónicas net (27., 28. og 233. betragtning til den anfægtede afgørelse).

II – Forhandlingerne og aftalens indgåelse

- 9 Vivo er en af de største mobiloperatører i Brasilien. Den 28. juli 2010, hvor aftalen blev underskrevet, kontrolleredes Vivo i fællesskab af Telefónica og PT gennem Brasilcel NV (herefter »Brasilcel«), et nederlandsk registreret investeringsselskab (33. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 10 Den 6. maj 2010 fremsatte Telefónica et fjendtligt overtagelsestilbud på 5,7 mia. EUR for PT's daværende andel på 50% af kapitalen i Brasilcel. Tilbuddet indeholdt bl.a. en bestemmelse om, at »Telefónica [ikke] pålægger [...] Portugal Telecom nogen konkurrence- eller kundeklausul«. Dette første tilbud blev forkastet enstemmigt af medlemmerne af PT's bestyrelse (35. og 36. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 11 Den 1. juni 2010 kl. 2:53 sendte PT i forlængelse af et møde mellem parterne den 31. maj 2010 en e-mail til Telefónica med et udkast til et andet tilbud på køb af selskabets andel i Vivo. Klausulen optrådte første gang i dette udkast (38. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 12 Den første udgave af klausulen havde følgende ordlyd (39. betragtning til den anfægtede afgørelse):

»Konkurrenceklausul

Hver af parterne skal i perioden fra tidspunktet for tilbuddets antagelse og indtil i) den 31. december 2011 eller ii) tidspunktet for den faktiske overdragelse af den sidste del af de alternative B-aktier afstå fra direkte eller indirekte via et tilknyttet datterselskab at iværksætte eller investere i noget projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked.«

- 13 I en e-mail, der blev sendt til PT den 1. juni 2010 kl. 12:21, foreslog Telefónica, at der blev foretaget en ændring ved at tilføje et sætningsled i klausulen – »men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato« – for at udelukke parternes eksisterende aktiviteter på hinandens nationale markeder fra aftalens anvendelsesområde. Denne ændring blev indarbejdet i det andet tilbud af 1. juni 2010 (40. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 14 Ud over den første udgave af klausulen omfattede det andet tilbud også en forhøjelse af prisen til 6,5 mia. EUR, en tilbagekøbsoption, der gav PT mulighed for at tilbagekøbe sine aktier fra Telefónica, og en forpligtelse for Telefónica til at købe PT's aktier i selskabet Dedic SA, der er en brasiliansk

callcenter-operatør. Det andet tilbud forpligtede desuden i lighed med det første tilbud Telefónica til ikke at pålægge »Portugal Telecom nogen konkurrence- eller kundeklausul« (41. og 42. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 15 I løbet af aftenen den 1. juni 2010 meddelte PT's bestyrelse, at den ikke fandt, at Telefónicas andet tilbud afspejlede Vivos faktiske værdi. Den besluttede imidlertid at forelægge sin beslutning for selskabets generalforsamling den 30. juni 2010 (45. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 16 Parterne offentliggjorde det andet tilbud ved at lægge det ud på deres respektive websteder og ved at underrette de spanske og portugisiske børsmyndigheder om det. Indholdet af den klausul, der fandtes i det andet tilbud, blev også offentliggjort i en brochure, som PT's bestyrelse uddelte til sine aktionærer den 9. juni 2010 som oplæg til aktionærernes generalforsamling den 30. juni 2010 (128. og 129. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 17 Den 29. juni 2010 fremsatte Telefónica et tredje tilbud, der lød på 7,15 mia. EUR, men i øvrigt var baseret på de samme vilkår og betingelser som det andet tilbud (46. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 18 Den 30. juni 2010 blev Telefónicas tredje tilbud godkendt på den ordinære generalforsamling i PT. Den portugisiske regering benyttede sig imidlertid af den ret, der er knyttet til dennes præferenceaktier i PT (jf. præmis 6 ovenfor), og blokerede transaktionen, hvorefter Telefónica forlængede det tredje tilbud indtil den 16. juli 2010 (47. og 48. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 19 I dom af 8. juli 2010, Kommissionen mod Portugal (C-171/08, Sml., EU:C:2010:412), fandt Domstolen, at Den Portugisiske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i PT havde opretholdt særlige rettigheder som dem, der var fastsat i selskabets vedtægter, til fordel for staten og andre offentlige organer, tildelt i tilknytning til præferenceaktier, som staten ejede i PT (50. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 20 Den 16. juli 2010 bad PT Telefónica om at forlænge dets tilbud indtil den 28. juli 2010. Det afviste Telefónica imidlertid, og tilbuddet bortfaldt (51. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 21 Den 27. juli 2010 blev der afholdt et nyt møde mellem PT og Telefónica, hvor Telefónica foreslog PT dels at tilføje udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« i begyndelsen af klausulen, dels at fastsætte klausulens varighed til perioden fra »[tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010] og indtil den 31. december 2011« (52. og 53. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 22 Den 28. juli 2010 indgik Telefónica og PT aftalen, hvorefter Telefónica fik enekontrol over Vivo ved at opkøbe 50% af kapitalen i Brasilcel til en pris af 7,5 mia. EUR (54. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 23 Aftalen indeholdt følgende klausul i artikel 9 (55. betragtning til den anfægtede afgørelse):

»9 – Konkurrenceklausul

I det omfang, hvor loven tillader det, skal hver af parterne i perioden fra [tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010] og indtil den 31. december 2011 afstå fra direkte eller indirekte via et tilknyttet datterselskab at iværksætte eller investere i noget projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester, men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked.«

- 24 Til forskel fra det andet tilbud (præmis 14 ovenfor) indeholdt aftalen ikke længere nogen tilbagekøbsoption, der gjorde det muligt for PT at tilbagekøbe sine aktier fra Telefónica. Til gengæld fremgik det bl.a. af aftalen, 1) at de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget, skulle træde tilbage (aftalens artikel 3, stk. 6), 2) at der skulle indledes forhandlinger om et industripartnerskabsprogram mellem de to virksomheder (aftalens artikel 6), forudsat at de ikke konkurrerede med hinanden i Brasilien (aftalens artikel 7), og 3) at Telefónica eventuelt skulle opkøbe det brasilianske selskab Dedic, der har specialiseret sig i levering af callcenter-ydelser (aftalens artikel 10) (56.-61. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 25 Transaktionens endelige gennemførelse fandt sted den 27. september 2010, hvilket fremgår af en formel erklæring om aktieoverdragelse (Deed of Transfer of Shares) og et formelt bekræftelsesdokument (Confirmatory Deed) (63. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 26 Den 28. juli 2010, hvor aftalen blev underskrevet, oplyste PT også, at selskabet samme dag havde indgået et aftalememorandum om fastlæggelse af reglerne for iværksættelse af et strategisk partnerskab med Oi (jf. præmis 7 ovenfor), og at det havde til hensigt at erhverve 22,38% af aktierne i Oi-koncernen og indtage en vigtig rolle i ledelsen af denne koncern (62. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 27 Vivo-transaktionen blev den 29. juli og den 18. august 2010 anmeldt til Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, den brasilianske telemyndighed) og til Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, den brasilianske konkurrencemyndighed), og den 23. august 2010 bekræftede Telefónica i en avisartikel, at aftalen indeholdt en konkurrenceklausul (103., 130. og 491. betragtning til den anfægtede afgørelse).

III – Begivenheder efter aftalens indgåelse

- 28 Den 26. og 29. oktober 2010 fandt der to telefonsamtaler sted mellem Telefónica og PT (113. og 124. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 29 Den 4. februar 2011, efter Kommissionens indledning af proceduren den 19. januar 2011 (jf. præmis 31 nedenfor), indgik Telefónica og PT en aftale om at ophæve klausulen (125. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne aftale havde følgende ordlyd:

»Præambel:

[PT] og Telefónica indgik den 28. juni 2010 en aftale (herefter »aftalen«) om [PT's] salg til Telefónica af 50% (halvtreds procent) af kapitalen i det nederlandske selskab [Brasilcel] (herefter »Brasilcel« eller »selskabet«).

Aftalens artikel 9 indeholdt en konkurrenceklausul, hvorefter hver part i det omfang, hvor loven tillader det, [skulle] forpligte sig til ikke at konkurrere med den anden part på det iberiske marked regnet fra tidspunktet for transaktionens gennemførelse (som fastlagt i aftalen) og indtil den 31. december 2011.

Aftalens artikel 9 blev oprindeligt drøftet af parterne i forbindelse med PT's eventuelle ret til at tilbagekøbe aktier i det nævnte selskab fra Telefónica og – med forbehold for dens lovlighed – bevaret i den endelige aftale, selv om tilbagekøbsretten blev opgivet.

Parterne ønsker at bekræfte skriftligt, at artikel 9 ikke finder anvendelse og aldrig er blevet anvendt og derfor ikke har påvirket deres respektive forretningsmæssige beslutninger.

Telefónica og PT er henholdsvis den 24. januar og den 21. januar 2011 blevet underrettet om, at Europa-Kommissionen har indledt en formel procedure mod dem vedrørende ovennævnte artikel 9.

I henhold til ovenstående har parterne aftalt følgende:

Artikel 1. Ændring af aftalen og tilbagekaldelse af rettigheder

Aftalen ændres, og artikel 9 heri ophæves i sin helhed. Artikel 9 betragtes som ugyldig og ikke-eksisterende.

Parterne bekræfter uigenkaldeligt og endegyldigt, at artikel 9 ikke indebærer nogen som helst rettigheder eller forpligtelser for parterne eller tredjemand.

Artikel 2. Lovvalg

Denne aftale, enhver tvist om dens gennemførelse og enhver konsekvens af overtrædelsen af dens bestemmelser er undergivet portugisisk ret og fortolkes i overensstemmelse med denne ret.«

IV – *Proceduren ved Kommissionen*

- 30 Den spanske konkurrencemyndighed blev opmærksom på klausulen i september 2010, hvorefter den underrettede den portugisiske konkurrencemyndighed og Kommissionen om den. Det blev besluttet at overlade sagsbehandlingen til Kommissionen (tredje betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 31 Den 19. januar 2011 indledte Kommissionen en procedure mod Telefónica og PT i henhold til bestemmelserne i artikel 11, stk. 6, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1), og artikel 2, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18) (femte betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 32 Under sagsbehandlingen fremsendte Kommissionen i henhold til artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 begæring om oplysninger til parterne den 5. januar, 1. april, 25. maj, 10. og 24. juni og 5. september 2012 og til visse af deres multinationale kunder den 20. april 2011. Der blev i øvrigt afholdt møder med PT den 17. marts og den 8. september 2011 samt den 27. september 2012 og med Telefónica den 21. marts og den 7. september 2011 samt den 27. september 2012 (sjette betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 33 Kommissionen vedtog en klagepunktsmeddelelse den 21. oktober 2011, parterne fik aktindsigt den 4. november 2011, og de modtog de pågældende dokumenter den 7. november 2011. Telefónica og PT fremsendte deres svar på klagepunktsmeddelelsen den 13. januar 2012, men anmodede ikke om nogen mundtlig høring (syvende, ottende og niende betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 34 Den 23. januar 2013 vedtog Kommissionen den anfægtede afgørelse.

Den anfægtede afgørelse

- 35 Kommissionen har oplyst, at den sag, der lå til grund for den anfægtede afgørelse, vedrørte klausulen i aftalen (præmis 1, 22 og 23 ovenfor) (første betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 36 Kommissionen har forklaret, at den i klagepunktsmeddelelsen havde fundet, at klausulen, henset til sit indhold og de faktiske omstændigheder (den økonomiske og retlige sammenhæng, som sagen indgik i, og parternes adfærd), svarede til en markedsdelingsaftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen på det indre marked i strid med artikel 101 TEUF, og at den bekræftede denne konklusion i den anfægtede afgørelse (anden betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 37 I første række gennemgik Kommissionen den faktiske baggrund for forhandlingerne mellem parterne, som resulterede i, at klausulen blev indsat i den endelige udgave af aftalen, de faktiske omstændigheder, der forelå efter aftalens undertegnelse (jf. præmis 10-29 ovenfor), og de argumenter, som parterne havde fremført vedrørende denne baggrund og disse omstændigheder (29.-130. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 38 I anden række fastslog Kommissionen med hensyn til klausulens anvendelsesområde og de relevante markeder, at klausulen efter sin ordlyd (præmis 1 og 23 ovenfor) vedrørte ethvert projekt i tilknytning til elektroniske kommunikationstjenester, for så vidt som begge parter leverer eller kan levere en sådan tjeneste. Som det fremgår af dens ordlyd, vedrørte klausulen således fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester samt radiotjenester, der betragtes som kommunikationstjenester, selv om disse ikke var nævnt i klausulen. Kommissionen præciserede imidlertid, at i overensstemmelse med klausulens ordlyd var investeringer eller aktiviteter, som bestod eller blev udøvet forud for aftalens undertegnelse den 28. juli 2010, udelukket fra klausulens anvendelsesområde (132.-136. og 185. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 39 Kommissionen bemærkede i denne forbindelse, at globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester var udelukket fra klausulens anvendelsesområde, eftersom begge parter var aktive på markederne for disse tjenester på Den Iberiske Halvø på det tidspunkt, hvor aftalen blev underskrevet (173., 174., 184. og 185. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 40 Med hensyn til klausulens geografiske rækkevidde fortolkede Kommissionen udtrykket »iberisk marked« som det spanske og det portugisiske marked. Eftersom parterne i forbindelse med deres erhvervs mæssige virksomhed var aktive på de fleste markeder for elektronisk kommunikation i deres eget land, men mindre eller slet ikke aktive i den anden parts land (præmis 3-8 ovenfor), fastslog Kommissionen, at klausulens geografiske anvendelsesområde for Telefónicas vedkommende omfattede Portugal og for PT's vedkommende Spanien (137.-140. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 41 Kommissionen konkluderede derfor, at klausulen fandt anvendelse på alle markeder for elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester i Spanien og Portugal undtagen markederne for levering af globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester (185. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 42 I tredje række er der ifølge Kommissionen ingen tvivl om, at klausulen udgør en aftale som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, eftersom der er tale om en skriftlig aftale, der er indgået og underskrevet af parterne, og hvis eksistens er ubestridt, og desuden var klausulen indeholdt i et notarialdokument, hvor det fremgik af præamblen, at en kopi af aftalen var knyttet som bilag hertil (237. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 43 For det første fastslog Kommissionen i henhold til retspraksis vedrørende restriktioner med konkurrencebegrænsende formål og efter at have gennemgået parternes argumenter, at klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål i betragtning af aftalens indhold, de målsætninger, der søgtes gennemført med klausulen, den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori klausulen indgik, parternes faktiske adfærd og endelig deres hensigt (238.-242. og 243.-356. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 44 Hvad angår klausulens formål konkluderede Kommissionen således, at den i kraft af sit anvendelsesområde forhindrede PT i at få adgang til et af de spanske telemarkeder og forhindrede Telefónica i at udvide sin begrænsede tilstedeværelse på de portugisiske telemarkeder i hele den periode, hvor klausulen gjaldt, således at Telefónica og PT i stedet for at konkurrere med hinanden og agere som rivaler, som det forventes på et åbent og konkurrencepræget marked, bevidst aftalte at udelukke eller begrænse konkurrencen på hinandens markeder, hvorfor klausulen måtte betragtes som en markedsdelingsaftale (353. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 45 Med hensyn til det sidstnævnte aspekt anførte Kommissionen, at klausulen endvidere kunne forsinke integrationen i den elektroniske kommunikationssektor, eftersom det kunne være til stor skade for integrationsprocessen på dette marked, hvis traditionelle operatører såsom Telefónica og PT kunne styrke deres allerede meget stærke markedsposition ved at deltage i en hemmelig praksis med det formål at beskytte deres egne hjemmemarkeder og holde andre operatører ude fra disse markeder (354. og 355. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 46 For det andet mindede Kommissionen om, at det ifølge retspraksis ikke var nødvendigt at tage hensyn til de konkrete virkninger af en aftale, når det fremgik, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål, hvilket efter Kommissionens opfattelse var tilfældet i den konkrete sag, idet denne imidlertid som svar på parternes argumenter bemærkede, at klausulen var blevet vedtaget af to konkurrenter og derfor kunne have konkurrencebegrænsende virkninger. Klausulen kunne endvidere anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selv om den ikke havde nogen virkninger, for så vidt som det var uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en overtrædelse, om det havde kommerciel interesse for kontrahenterne at indgå en aftale, hvis denne aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, og det derfor ikke var relevant, om den klausul, der havde til formål at begrænse konkurrencen, viste sig ikke at have virkninger, der var i Telefónicas eller PT's kommercielle interesse. Parterne havde endelig ikke godtgjort, at de havde iværksat nye aktiviteter i Spanien eller Portugal, som kunne vise, at de ikke havde anvendt klausulen, hvilket ikke i sig selv godtgjorde, at klausulen var blevet anvendt, men indikerede, at det kunne have været tilfældet (240. og 357.-365. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 47 Kommissionen lagde til grund, at det i det foreliggende tilfælde ikke var nødvendigt at godtgøre, at klausulen havde haft negativ indvirkning på konkurrencen, eftersom det fremgik, at den havde et konkurrencebegrænsende formål, og at det derfor ikke var nødvendigt at foretage en nærmere vurdering af de pågældende telemarkeder og af de virkninger, som klausulen havde haft på disse markeder (366. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 48 For det tredje anførte Kommissionen, at klausulen ikke kunne betragtes som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen, eftersom klausulen omhandlede det iberiske marked, hvorimod Vivo-transaktionen vedrørte en operatør, der kun drev virksomhed i Brasilien, og klausulen ikke kunne anses for at være nødvendig for transaktionens gennemførelse (367.-433. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 49 Kommissionen konkluderede, at klausulen forpligtede parterne til ikke at konkurrere med hinanden og udgjorde en markedsdelingsaftale, som havde til formål at begrænse konkurrencen på det indre marked, og derfor var i strid med artikel 101 TEUF, henset til aftalens indhold (og navnlig klausulens affattelse, der efterlod ringe eller ingen tvivl om dens karakter), den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgik (f.eks. de liberaliserede elektroniske kommunikationsmarkeder), og parternes faktiske adfærd (navnlig det forhold, at parterne først ophævede klausulen den 4.2.2011, efter at Kommissionen havde indledt proceduren den 19.1.2011, og ikke efter telefonsamtalerne i oktober 2010, således som de havde hævdet) (434. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 50 For det fjerde præciserede Kommissionen, at klausulen ikke opfyldte betingelserne i artikel 101, stk. 3, TEUF (436.-446. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at den kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (447.-453. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 51 For det femte konkluderede Kommissionen med hensyn til overtrædelsens varighed, at overtrædelsen varede fra tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse, dvs. fra den 27. september 2010 (jf. præmis 25 ovenfor), til det tidspunkt, hvor klausulen blev ophævet, dvs. til den 4. februar 2011 (jf. præmis 29 ovenfor) (454.-465. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 52 For det sjette anvendte Kommissionen bestemmelserne i retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2, herefter »retningslinjerne«) med henblik på at beregne bøderne i den anfægtede afgørelse.
- 53 Kommissionen tog ved fastsættelsen af grundbeløbet for de bøder, der skulle pålægges, hensyn til værdien af afsætningen af de tjenester, der var omfattet af klausulen, som defineret i afsnit 5 i den anfægtede afgørelse (jf. præmis 38-40 ovenfor), og for de enkelte parter vedkommende alene til værdien af deres egen afsætning i hjemlandet (478.-483. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 54 Kommissionen mindede også om, at den normalt tager hensyn til virksomhedernes afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor de har deltaget i overtrædelsen, men at overtrædelsen i dette tilfælde varede i mindre end et år og fandt sted mellem 2010 og 2011. Kommissionen tog derfor udgangspunkt i virksomhedernes afsætning i 2011, som var lavere end den afsætning, som parterne opnåede i 2010 (484. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 55 Med hensyn til overtrædelsens grovhed, som afgør, hvilken procentdel af afsætningens værdi der skal tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb, bemærkede Kommissionen, at overtrædelsen bestod i en aftale om konkurrenceforbud og deling af de spanske og portugisiske markeder for elektronisk kommunikation og tv, og at Telefónica og PT var de traditionelle operatører i deres respektive lande. Kommissionen bemærkede desuden, at den tog hensyn til, at parterne ikke havde hemmeligholdt klausulen (jf. præmis 16 og 27 ovenfor). På denne baggrund fandt Kommissionen, at den procentdel af afsætningens værdi, der skulle tages i betragtning, udgjorde 2% for de to berørte virksomheder (489.-491. og 493. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 56 Med hensyn til overtrædelsens varighed tog Kommissionen hensyn til, at overtrædelsen havde været i perioden fra den 27. september 2010 (datoen for notarens konstatering og dermed transaktionens endelige gennemførelse) og indtil den 4. februar 2011 (datoen for parternes aftale om at bringe klausulen til ophør) (492. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 57 Kommissionen konstaterede, at der ikke forelå skærpende omstændigheder, og betragtede det som en formildende omstændighed, at klausulen bortfaldt den 4. februar 2011, dvs. kun 16 dage efter procedurens indledning og 30 dage efter fremsendelsen af den første begæring om oplysninger til parterne. Da klausulen i øvrigt ikke var hemmelig, fandt Kommissionen det hensigtsmæssigt at nedsætte grundbeløbet for de bøder, som parterne skulle pålægges, med 20% (496., 500. og 501. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 58 Det endelige bødebeløb udgør 66 894 000 EUR for Telefónica og 12 290 000 EUR for PT (512. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen præciserede, at dette beløb ikke oversteg 10% af den samlede omsætning i hver af de berørte virksomheder (510. og 511. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 59 Den anfægtede afgørelses dispositive del har følgende ordlyd:

»Artikel 1

[Telefónica] og [PT] har overtrådt artikel 101 [TEUF] ved at have deltaget i en aftale om et konkurrenceforbud i form af artikel 9 i den aftale, som disse selskaber indgik den 28. juli 2010.

Overtrædelsen varede fra den 27. september 2010 til den 4. februar 2011.

Artikel 2

Der pålægges følgende bøder for den i artikel 1 nævnte overtrædelse:

a) [Telefónica]: 66 894 000 EUR

b) [PT]: 12 290 000 EUR

[...]«

Retsforhandlingerne og parternes påstande

- 60 Sagsøgeren har anlagt denne sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 9. april 2013.
- 61 Retten (Anden Afdeling) har efter forslag fra den refererende dommer besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement af 2. maj 1991 stillet Kommissionen et skriftligt spørgsmål til besvarelse under retsmødet.
- 62 Den 31. marts 2015 har sagsøgeren fremsat en begæring om afhøring af vidner i form af en »supplerende begæring« i forlængelse af den begæring om vidneafhøring, der var indeholdt i stævningen. Den 24. april 2015 har Kommissionen fremsat bemærkninger til denne begæring.
- 63 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret en række mundtlige spørgsmål og det skriftlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 19. maj 2015.
- 64 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelses artikel 1 og 2 annulleres, for så vidt som de vedrører sagsøgeren.
 - Subsidiært fastslås det, at den anfægtede afgørelses artikel 2 er delvis ugyldig, og den bøde, som er blevet pålagt, nedsættes »af de grunde, der er anført i dette processkrift, eller af andre grunde, som Retten finder relevante«.
 - Kommissionen tilpligtes at betale de omkostninger, som sagsøgeren har afholdt i den foreliggende sag.
- 65 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 66 Sagsøgeren har under retsmødet præciseret, at den anden påstand om, at det »fastslås [...], at den anfægtede afgørelses artikel 2 er delvis ugyldig«, skal forstås således, at den anfægtede afgørelse begæres delvist annulleret. Sagsøgeren har videre oplyst, at selskabet alene har nedlagt påstand om delvis annullation af de grunde, der var anført i stævningen, og at udtrykket »eller af andre grunde, som Retten finder relevante«, er et fast udtryk i spansk ret.

Retlige bemærkninger

I – *Formaliteten*

- 67 Kommissionen har indledningsvis bestridt, at visse bilag til stævningen kan antages til realitetsbehandling, hvorimod sagsøgeren har bestridt, at henvisningerne i Kommissionens skriftlige indlæg til den parallelle sag T-208/13, Portugal Telecom mod Kommissionen, som PT har anlagt til prøvelse af den anfægtede afgørelse, kan antages til realitetsbehandling.

A – *Spørgsmålet om, hvorvidt visse bilag til stævningen kan antages til realitetsbehandling*

- 68 Kommissionen har gjort gældende, at nogle af de bilag, som sagsøgeren har knyttet til sin stævning, ikke blev fremlagt under den administrative procedure og derfor må afvises fra behandling. Det drejer sig om bilag A.25, A.37, A.55, A.56, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.69, A.70, A.71, A.72, A.74, A.75, A.76, A.77, A.78, A.79, A.80, A.81, A.82 og A.83 og om de i bilag A.70 opregnede avisartikler, som ikke fandtes i de administrative sagsakter, dvs. bilag A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 og A.53 og dele af bilag A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 og A.52.
- 69 De bilag, der er fremlagt til støtte for anbringenderne om, at der ikke forelå nogen overtrædelse, må efter Kommissionens opfattelse afvises, fordi lovligheden af en EU-retsakt skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsaktens blev udstedt. Kommissionen har desuden anført, at bedømmelsen af en afgørelses lovlighed principielt skal foretages på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder, hvortil parterne har henvist under den administrative procedure.
- 70 Med hensyn til de bilag, der er fremlagt til støtte for de anbringender, hvorved bødens størrelse anfægtes, har Kommissionen gjort gældende, at Retten som følge af sin fulde prøvelsesret ganske vist kan tage yderligere oplysninger i betragtning, som ikke er nævnt i den anfægtede afgørelse, når den vurderer bødens størrelse, men at denne mulighed under hensyn til retssikkerhedsprincippet principielt må være begrænset til at tage oplysninger i betragtning, som er fremkommet før den anfægtede afgørelse, og som Kommissionen kunne få kendskab til, da den vedtog denne afgørelse. Det gælder imidlertid ikke for bilag A.76 (en rapport dateret den 4.4.2013), A.77, A.80, A.81 (en rapport og dokumenter dateret den 5.4.2013) og A.82 (et dokument dateret den 8.4.2013).
- 71 Med hensyn til de juridiske rapporter, dvs. bilag A.69 og A.76, har Kommissionen endelig anført, at de retlige elementer, der er indeholdt heri, skal fremgå af sagsøgerens skriftlige indlæg eller i det mindste være angivet tilstrækkelig klart i disse indlæg. Hvad angår de økonomiske rapporter, dvs. bilag A.75 og A.77, fremgår det af retspraksis, at de ikke er relevante i forbindelse med aftaler, hvis konkurrencebegrænsende formål er påvist med sikkerhed.
- 72 Under retsmødet forklarede Kommissionen imidlertid, at de juridiske rapporter kunne antages til realitetsbehandling, hvis de retsspørgsmål, som de skulle illustrere, var angivet tilstrækkelig præcist i de skriftlige indlæg, og Kommissionen medgav som svar på et spørgsmål fra Retten, at dette var tilfældet i den foreliggende sag, eftersom sagsøgeren henviste til forholdsvis præcise spørgsmål i de pågældende rapporter til støtte for klart angivne elementer i sin argumentation i stævningens punkt 78, 83, 85, 90 og 94 samt i fodnote 167 hertil. Kommissionen oplyste desuden, at den ikke påberåbte sig retspraksis om, at økonomiske rapporter ikke er relevante i forbindelse med aftaler, hvis konkurrencebegrænsende formål er påvist med sikkerhed, for at bestride, at disse rapporter kunne antages til realitetsbehandling, men for at gøre gældende, at det ikke var nødvendigt at tage dem i betragtning i forbindelse med den materielle vurdering af overtrædelsen.

- 73 Sagsøgeren mener, at Kommissionen fortolker retspraksis forkert: Det er kun faktiske eller retlige omstændigheder, som er indtruffet efter afgørelsens vedtagelse, der ikke kan antages til realitetsbehandling, hvilket ikke omfatter de bilag, som Kommissionen forsøger at afvise, og som vedrører omstændigheder, der er fremkommet før afgørelsen. Økonomiske og juridiske rapporter, der er udarbejdet specifikt med henblik på at anfægte afgørelsen, kan i øvrigt også antages til realitetsbehandling.
- 74 Der bør blandt de bilag, som påstås afvist, sondres mellem dem, der er fremlagt for at anfægte overtrædelsens eksistens, og dem, der er fremlagt for at anfægte bødens størrelse.
- 75 I første række skal det for det første bemærkes, at blandt de bilag, som påstås afvist, er følgende fremlagt med henblik på at anfægte overtrædelsens eksistens: bilag A.25, A.37, A.55, A.56, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.69, A.70, A.71, A.72, A.74, A.75, A.76, A.77, A.78 og A.79 samt de i bilag A.70 nævnte avisartikler.
- 76 For det andet skal det indledningsvis bemærkes, at bilag A.56 (en oversigt med kontaktoplysninger for Telefónicas og PT's rådgivere og repræsentanter under forhandlingerne om transaktionen), A.69 (en udtalelse om portugisisk ret fra M.P.), A.70 (en oversigt over de avisartikler, der er nævnt i stævningen), A.71 (en erklæring fra advokatsamfundet i Madrid (Spanien) om disciplinære sanktioner), A.75 (en rapport fra PWC), A.76 (en rapport om brasiliansk ret udarbejdet af D.W.C.A.) og A.77 (en rapport fra S. & R.) er udarbejdet specifikt med henblik på at bestride den anfægtede afgørelse. Det fremgår imidlertid af den argumentation, der er indeholdt i duplikken, at Kommissionen ikke har bestridt, at beviser, som er fremkommet efter den anfægtede afgørelse, og som er tilvejebragt specifikt med henblik på at anfægte eller forsvare denne afgørelse, kan antages til realitetsbehandling.
- 77 Kommissionen indrømmede desuden selv under retsmødet, at den heller ikke kan gøre gældende, at de juridiske rapporter, der er udarbejdet specifikt med henblik på at bestride den anfægtede afgørelse, dvs. bilag A.69 (en udtalelse om portugisisk ret fra M.P.) og A.76 (en rapport om brasiliansk ret udarbejdet af D.W.C.A.), ikke kan antages til realitetsbehandling, med den begrundelse, at bilagene indeholder retlige elementer, som har dannet grundlag for visse anbringender, der er formuleret i stævningen, og at disse elementer derfor skal fremgå af selve det indlæg, som disse bilag er knyttet til, eller i det mindste være angivet tilstrækkelig klart i dette indlæg. I det foreliggende tilfælde er de retlige elementer, der findes i de juridiske rapporter, således angivet tilstrækkelig klart i sagsøgerens skriftlige indlæg (jf. præmis 72 ovenfor). Bilag A.69 og A.76 kan som følge heraf antages til realitetsbehandling.
- 78 Endelig, som Kommissionen også indrømmede under retsmødet (jf. præmis 72 ovenfor), gælder det samme for de økonomiske rapporter, der er udarbejdet specifikt med henblik på at bestride den anfægtede afgørelse, dvs. bilag A.75 (en rapport fra PWC) og A.77 (en rapport fra S. & R.), da det spørgsmål, som Kommissionen har rejst om disse rapporters relevans i forbindelse med aftaler, hvis konkurrencebegrænsende formål er påvist med sikkerhed, tydeligvis vedrører sagens realitet, og det eventuelle svar på dette spørgsmål derfor ikke kan være afgørende for, om bilagene kan antages til realitetsbehandling.
- 79 Hvad for det tredje angår den præcise kvalificering af de resterende bilag, som er fremlagt med henblik på at anfægte overtrædelsens eksistens, og som efter Kommissionens opfattelse bør afvises, fordi de ikke blev fremlagt under den administrative procedure, skal det bemærkes, at Kommissionen har gjort gældende, at nogle af disse bilag (jf. præmis 75 ovenfor) helt eller delvis supplerer de beviser, der blev fremført under den administrative procedure, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt.
- 80 For sikre en præcis kvalificering af de bilag eller dele af bilag, der i dette tilfælde findes blandt de bilag, som er fremlagt for at bestride den anfægtede afgørelses lovlighed, og som Kommissionen har rejst formalitetsindsigelse mod, med undtagelse af dem, som er tilvejebragt specifikt med henblik på at

rejse tvivl om den anfægtede afgørelse (jf. præmis 76 ovenfor), bør der sondres mellem på den ene side de i bilag A.70 opregnede avisartikler og på den anden side de øvrige bilag, som er fremlagt for at anfægte overtrædelsens eksistens, og som Kommissionen har rejst formalitetsindsigelse mod.

- 81 Med hensyn til de i bilag A.70 opregnede avisartikler, dvs. bilag A.8, A.9, A.10, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.17, A.18, A.19, A.20, A.21, A.22, A.23, A.24, A.26, A.27, A.28, A.29, A.30, A.35, A.36, A.38, A.39, A.40, A.41, A.43, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51, A.52, A.53 og A.54, skal det indledningsvis bemærkes, at Kommissionen under retsmødet erkendte, at det fremgik korrekt af bilag A.70, hvilke af disse bilag der allerede indgik helt eller delvis i sagsakterne, og hvilke der var af supplerende karakter, hvilket blev tilført retsbogen. Det må som følge heraf antages, at bilag A.8, A.10, A.17, A.24, A.26, A.35, A.36 og A.54 sammen med de dele af bilag A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 og A.52, hvor det fremgik, at de allerede indgik i sagsakterne, allerede fandtes i de administrative akter i den foreliggende sag, således at deres antagelse til realitetsbehandling ikke kan bestrides. Bilag A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 og A.53 samt de supplerende dele af bilag A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 og A.52 blev derimod ikke fremlagt under den administrative procedure, hvorfor deres antagelse til realitetsbehandling kan bestrides.
- 82 Hvad dernæst angår de øvrige bilag, som er fremlagt til støtte for anfægtelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed, og som Kommissionen har rejst formalitetsindsigelse mod (jf. præmis 75 ovenfor), med undtagelse af dem, som er tilvejebragt specifikt med henblik på at rejse tvivl om den anfægtede afgørelse (jf. præmis 76 ovenfor), dvs. bilag A.25, A.37, A.55, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.72, A.74, A.78 og A.79, fremgår det af sagsakterne, at de eneste bilag, der indeholder dele, som allerede fandtes i de administrative sagsakter, med undtagelse af bilag A.58 er de bilag, som indeholder en korrespondance, hvis ægthed er attesteret af en notar, dvs. bilag A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 og A.67 samt bilag A.37.
- 83 Herved bemærkes det indledningsvis, at Kommissionen i fodnote 11 til svarskriftet har udtalt, at nogle af de notarialdokumenter, der er vedlagt som bilag A.25, A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 og A.67, ledsages af en korrespondance, som allerede fandtes i de administrative sagsakter, som f.eks. for bilag A.65. Dette bekræftes af sagsøgeren, der i fodnote 6 til replikken har udtalt, at bilag A.55-A.63, A.65 og A.67 indeholder skrivelser, som parterne udvekslede under forhandlingerne, og som fandtes i de administrative sagsakter, men hvis dato nu er attesteret af en notar, samt andre skrivelser, der dokumenterer et forhold, som Kommissionen allerede var bekendt med, nemlig at den portugisiske regering deltog i disse forhandlinger. Det følger af disse udsagn, at når de bilag, som parterne har nævnt, indeholder en korrespondance, fandtes denne korrespondance allerede i de administrative sagsakter, hvorfor deres antagelse til realitetsbehandling ikke kan bestrides, mens de notarialdokumenter, der ledsager korrespondancen, udgør derimod et supplement, og deres antagelse til realitetsbehandling derfor kan bestrides.
- 84 Hertil kommer, at bilag A.25 og A.59 ikke indeholder nogen korrespondance, men dels et notarialdokument med PT's og C.G. de D's årsregnskaber, dels uddrag fra *Diário da República* (Portugals statstidende) vedrørende den portugisiske premierministers kabinetschefs udnævnelse og fratrædelse, at sagsøgeren selv har indrømmet, at selskabet ikke fremlagde bilag A.58 under den administrative procedure, og endelig at bilag A.37 allerede fandtes i Kommissionens sagsakter, eftersom PT havde sendt det sammen med sit svar på klagepunktsmeddelelsen.
- 85 Det må endelig udledes af fodnote 11 til svarskriftet, sammenholdt med fodnote 6 til replikken (præmis 83 ovenfor), og det i præmis 84 anførte, at bilag A.37 og korrespondancen i bilag A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 og A.67 allerede fandtes i sagsakterne, hvorfor deres antagelse til realitetsbehandling ikke kan bestrides. Notarialdokumenterne i disse bilag samt bilag A.25, A.58, A.59, A.72, A.74, A.78 og A.79 blev derimod ikke fremlagt under den administrative procedure, hvorfor deres antagelse til realitetsbehandling kan bestrides.

- 86 Det følger af ovenstående betragtninger, at blandt de bilag, som er fremlagt med henblik på at anfægte overtrædelsens eksistens, er det kun følgende bilag, der muligvis ikke kan antages til realitetsbehandling: 1) bilag A.25, A.58, A.59, A.72, A.74, A.78 og A.79, 2) notarialdokumenterne i bilag A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 og A.67 og 3) avisartiklerne i bilag A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 og A.53 samt de dele af bilag A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 og A.52, der regnes for et supplement i tabellen i bilag A.70.
- 87 Hvad angår muligheden for at antage disse bilag til realitetsbehandling har Domstolen flere gange haft lejlighed til at præcisere, at den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, omfatter samtlige elementer ved Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med hensyn til hvilke Retten sikrer en grundig kontrol, såvel retligt som faktisk, i lyset af de af sagsøgerne rejste anbringender (jf. i denne retning domme af 8.12.2011, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, C-272/09 P, Sml., EU:C:2011:810, præmis 102 og 109, og Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, Sml., EU:C:2011:815, præmis 62 og 82, samt dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, Sml., EU:C:2014:2062, præmis 56 og 59), og henset til samtlige de oplysninger, som disse sidstnævnte har fremlagt, uanset om oplysningerne ligger forud eller efter den trufne afgørelse, og uanset om de forudgående er blevet fremlagt inden for rammerne af den administrative procedure eller for første gang i forbindelse med det søgsmål, der er anlagt for Retten, for så vidt som disse sidstnævnte oplysninger er relevante for kontrollen med lovligheden af Kommissionens afgørelse (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, Knauf Gips mod Kommissionen, C-407/08 P, Sml., EU:C:2010:389, præmis 87-92), men Unionens retsinstanser kan i forbindelse med legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF ikke sætte deres egen begrundelse i stedet for den, udstederen af den omhandlede retsakt har angivet (jf. i denne retning dom af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen, C-73/11 P, Sml., EU:C:2013:32, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis).
- 88 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelse vedrørende de bilag, som er fremlagt med henblik på at anfægte overtrædelsens eksistens, og som er angivet i præmis 86 ovenfor, må forkastes, og at disse bilag må antages til realitetsbehandling.
- 89 I anden række skal det bemærkes, at for så vidt angår de bilag, som er fremlagt til støtte for påstanden om nedsættelse af bøden, og som påstås afvist, med undtagelse af bilag A.75 og A.77, som også er fremlagt for at bestride den anfægtede afgørelses lovlighed, og som allerede er antaget til realitetsbehandling (jf. præmis 76 og 78 ovenfor), dvs. bilag A.80, A.81, A.82 og A.83, er det tidligere blevet fastslået, at Retten inden for rammerne af den fulde prøvelsesret har kompetence til at vurdere, om bødernes størrelse er passende, og at denne vurdering kan begrunde, at der fremlægges og tages hensyn til yderligere oplysninger, som ikke var nævnt i den anfægtede afgørelse (dom af 16.11.2000, SCA Holding mod Kommissionen, C-297/98 P, Sml., EU:C:2000:633, præmis 53-55, og af 9.7.2003, Cheil Jedang mod Kommissionen, T-220/00, Sml., EU:T:2003:193, præmis 100). Det kan som følge heraf ikke gøres gældende, at de bilag, der er fremlagt med henblik på at nedsætte den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt, bør afvises, fordi disse beviser ikke blev fremført allerede under den administrative procedure.
- 90 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelse må forkastes, og at de bilag, som sagsøgeren har fremlagt, kan antages til realitetsbehandling i deres helhed.

B – Spørgsmålet om, hvorvidt henvisningerne til den parallelle sag, som PT har anlagt til prøvelse af den anfægtede afgørelse, kan antages til realitetsbehandling

- 91 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har overtrådt det grundlæggende kontradiktionsprincip og tilsidesat sagsøgerens ret til forsvar ved at henvise til den parallelle sag, som PT har anlagt til prøvelse af den anfægtede afgørelse, i svarskriftets punkt 10, 39, 67 og 75.

Kommissionen kan ikke støtte sig på argumenter, som en tredjepart har fremsat i en anden sag, eftersom sagsøgeren ikke har haft adgang til de pågældende tekster og ikke kan forsvare sig mod de argumenter, som de indeholder. Det kan heller ikke udelukkes, at Kommissionen anlægger en tendentiøs og fordomsfuld fortolkning af PT's udtalelser, hvilket den allerede gjorde under den administrative procedure. Kommissionen er endelig forudindtaget, for så vidt som den kun har nævnt de argumenter fra PT, som understøtter dens egne beskyldninger, og ikke har henvist til de sammenfald, som der også må være mellem parternes holdninger.

- 92 Kommissionen har anført, at sagsøgeren har mulighed for at anfægte de henvisninger, som Kommissionen har foretaget til PT's udtalelser i sine skriftlige indlæg, og at retten til forsvar derfor ikke er blevet tilsidesat. Kommissionen præciserede under retsmødet, at citaterne fra PT's skriftlige indlæg alene gengav forhold, som allerede var blevet fremført under den administrative procedure, og at Kommissionens henvisninger til disse indlæg under alle omstændigheder kun var af illustrativ karakter.
- 93 Det fremgår under alle omstændigheder af retspraksis, at det for at opfylde de krav, der er forbundet med retten til en retfærdig rettergang, er væsentligt, at parterne har kendskab til og kontradiktorisk kan diskutere såvel de faktiske som de retlige forhold, der er afgørende for udfaldet af proceduren (dom af 2.12.2009, Kommissionen mod Irland m.fl., C-89/08 P, Sml., EU:C:2009:742, præmis 56).
- 94 Sagsøgeren har ganske vist haft mulighed for at gøre sig bekendt med de forhold, som Kommissionen fremlagde i sit svarskrift, at give sin mening til kende om disse forhold i replikken og at udtale sig om de forhold, som Kommissionen fremlagde i duplikken, under retsmødet, men sagsøgeren har ikke haft adgang til de skriftlige indlæg fra PT, som Kommissionen henviste til, og har derfor ikke været i stand til at kontrollere rigtigheden af de citater, som Kommissionen lagde til grund, eller den sammenhæng, hvori de indgik. Sagsøgeren har gjort gældende, at det ikke kan udelukkes, at Kommissionen har citeret de pågældende uddrag fra PT's skriftlige indlæg på en selektiv måde og fortolket dem tendentiøst.
- 95 Det følger heraf, at Kommissionens henvisninger til PT's skriftlige indlæg i den parallelle sag ikke kan antages til realitetsbehandling.

II – *Realiteten*

- 96 Sagsøgeren har fremsat otte anbringender til støtte for sit søgsmål, hvoraf de fem første anbringender tilsigter en annullation af den anfægtede afgørelse, og de tre sidste tilsigter en nedsættelse af den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 101 TEUF som følge af urigtig anvendelse af retspraksis vedrørende konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med klausulen og tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning, princippet om bevisbyrde og princippet in dubio pro reo. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 101 TEUF som følge af en åbenbart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og tilsidesættelse af princippet om en samlet bevisbedømmelse i forhold til den sammenhæng, hvori klausulen blev indgået, parternes adfærd og formålet med klausulen. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af princippet om bevisbyrde, princippet om god forvaltningsskik, retten til forsvar og uskyldsformodningen i forbindelse med beviset for den portugisiske regerings indgriben i forhandlingerne om transaktionen og navnlig om klausulen. Det fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, utilstrækkelig begrundelse for og urigtig bedømmelse af, om den pågældende praksis var egnet til at begrænse konkurrencen. Det femte anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, for så vidt som klausulen ikke har konkurrencebegrænsende virkning, samt tilsidesættelse af reglerne om bevisbyrden og af princippet in dubio pro reo. Det sjette anbringende vedrører en åbenbar fejl ved beregningen af den oprindelige værdi af Telefónicas afsætning med henblik på fastlæggelse af bødens grundbeløb samt tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og begrundelsespligten. Det syvende anbringende vedrører en åbenbar fejl ved beregningen af bødens grundbeløb i forhold til overtrædelsens grovhed samt tilsidesættelse af

proportionalitetsprincippet. Det ottende anbringende vedrører endelig tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og af proportionalitetsprincippet samt en åbenbar fejl som følge af manglende hensyntagen til andre formildende omstændigheder.

A – Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning

1. De tre første anbringender, som i det væsentlige vedrører tilsidesættelsen af artikel 101 TEUF, for så vidt som klausulen ikke har et konkurrencebegrænsende formål

- 97 Med de tre første anbringender, der skal behandles samlet, har sagsøgeren anfægtet Kommissionens konklusion om, at klausulen har et konkurrencebegrænsende formål. Sagsøgeren har foreholdt Kommissionen, at den betragtede klausulen som en aftale om et konkurrenceforbud, som var uafhængig af Vivo-transaktionen, og at den fandt, at det indskudte led »i det omfang, hvor loven tillader det« ikke havde noget reelt formål og kun var indsat af æstetiske årsager for at dække over en konkurrencebegrænsning. Sagsøgeren mener ikke, at klausulen kan forstås uafhængigt af Vivo-transaktionen og af forhandlingsprocessen i forbindelse med aftalen om denne transaktion, hvor den portugisiske regering løbende greb ind for via klausulen at sikre sig, at PT fortsatte som førende og selvstændig virksomhed på det portugisiske marked. Klausulen var som følge heraf en nødvendig forudsætning for transaktionens levedygtighed, og det retlige forbehold – »i det omfang, hvor loven tillader det« – ændrede det oprindelige konkurrenceforbud til en forpligtelse til selv at vurdere lovligheden og rækkevidden af en accessorisk begrænsning i forhold til den omhandlede transaktion i form af en forpligtelse til ikke at konkurrere.

a) Indledende bemærkninger

- 98 Det bemærkes, at der foreligger en aftale i den i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede betydning, når de deltagende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på en bestemt måde på markedet (jf. vedrørende artikel 81, stk. 1, EF dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Sml., EU:C:1999:356, præmis 130, og vedrørende artikel 65, stk. 1, EKSF dom af 11.3.1999, Thyssen Stahl mod Kommissionen, T-141/94, Sml., EU:T:1999:48, præmis 262). Dette begreb forudsætter således, at der foreligger en samstemmende vilje mellem mindst to parter, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje (dom af 26.10.2000, Bayer mod Kommissionen, T-41/96, Sml., EU:T:2000:242, præmis 69, og af 19.5.2010, IMI m.fl. mod Kommissionen, T-18/05, Sml., EU:T:2010:202, præmis 88).
- 99 Det bemærkes desuden, at for at være omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis have »til formål eller til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.
- 100 Det fremgår herved af Domstolens praksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen (jf. dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, Sml., EU:C:2014:2204, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).
- 101 Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

- 102 Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er uforment at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet. Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).
- 103 Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der imidlertid foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).
- 104 Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 105 Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 106 Det er i lyset af denne retspraksis, at det skal undersøges, om Kommissionen med rette konkluderede, at klausulen, henset til sit indhold og de faktiske omstændigheder (den økonomiske og retlige sammenhæng, som sagen indgik i, og parternes adfærd), svarede til en markedsdelingsaftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen på det indre marked i strid med artikel 101 TEUF (2. og 434. betragtning til den anfægtede afgørelse).

b) Vurdering af klausulen som en eventuel accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen

- 107 Det skal påpeges, at sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for, at den blot hævdede, at klausulen ikke opfyldte kriterierne for at være en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen. Det kan ganske vist diskuteres, om klausulen strengt taget var en accessorisk begrænsning, men det var i lyset af den sammenhæng, hvori den blev forhandlet, ubestridt, at den var underlagt det endelige mål om at gennemføre en meget kompliceret transaktion, eftersom den var en »nødvendig betingelse« for, at PT og navnlig den portugisiske regering ikke blokerede transaktionen. Telefónica gjorde desuden alt, hvad selskabet kunne, for at begrænse klausulens konkurrencebegrænsende indhold, bl.a. ved at tilføje »i det omfang, hvor loven tillader det« som et indskudt led.
- 108 Kommissionen har gjort gældende, at spørgsmålet ikke er, om klausulen var uafhængig af transaktionen, men om den kunne kvalificeres som accessorisk i forhold til denne transaktion.

- 109 Sagsøgeren præciserede under retsmødet, at selskabet ikke anfægtede den konklusion, som Kommissionen drog i 367.-433. betragtning til den anfægtede afgørelse, nemlig at klausulen ikke kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen. Denne udtalelse blev tilført retsbogen.
- 110 Det følger heraf, at det ikke er nødvendigt at undersøge sagsøgerens argumenter i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen.

c) Sagsøgerens selvstændige adfærd

- 111 Under retsmødet spurgte Retten også sagsøgeren om, hvorvidt selskabets argumenter om den portugisiske regerings angivelige indflydelse skulle forstås således, at Telefónica som følge af denne indflydelse havde mistet enhver autonomi i forbindelse med gennemførelsen af de offentlige myndigheders beslutninger, således at dens adfærd kunne være undtaget fra artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 18.9.1996, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, T-387/94, Sml., EU:T:1996:120, præmis 65 og 69).
- 112 Sagsøgeren besvarede dette spørgsmål med, at selskabet stadig var en selvstændig aktør i den forstand, at det kunne have valgt ikke at underskrive aftalen. Med hensyn til selve klausulen oplyste sagsøgeren, at de argumenter, som selskabet havde fremført om Telefónicas selvstændighed under forhandlingsprocessen, i overensstemmelse med de skriftlige indlæg skulle forstås således, at Telefónica havde bevaret sin autonomi i den forstand, at selskabet havde fået udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« indsat i klausulen, men at det ikke kunne udelukke den ændrede klausul som helhed uden at risikere at bringe hele transaktionen i fare.
- 113 Det bør i denne forbindelse fremhæves, at såfremt sagsøgerens præciseringer skal forstås således, at selskabet gør gældende, at det havde mistet enhver autonomi i forbindelse med gennemførelsen af de offentlige myndigheders beslutninger, og at dets adfærd derfor burde undtages fra artikel 101, stk. 1, TEUF, kan denne argumentation under ingen omstændigheder lægges til grund.
- 114 Det følger som bekendt af retspraksis, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF kun tager sigte på konkurrencestridig adfærd, som virksomhederne udviser på deres eget initiativ. Det er kun, såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF ikke finder anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side (jf. dom af 10.4.2008, Deutsche Telekom mod Kommissionen, T-271/03, Sml., EU:T:2008:101, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).
- 115 Muligheden for at udelukke en bestemt konkurrencestridig adfærd fra anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF og 102 TEUF, fordi den er blevet pålagt de pågældende virksomheder ved den gældende nationale lovgivning, eller fordi denne har fjernet enhver mulighed for konkurrencemæssig adfærd fra deres side, er kun blevet anerkendt i begrænset omfang af Domstolen (jf. dom Deutsche Telekom mod Kommissionen, nævnt i præmis 114 ovenfor, EU:T:2008:101, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).
- 116 Selv om en virksomheds adfærd kan være undtaget fra artikel 101, stk. 1, TEUF på grund af virksomhedens manglende autonomi, følger det ikke heraf, at enhver adfærd, som er ønsket af eller ledet af nationale myndigheder, falder uden for anvendelsesområdet for denne bestemmelse. Hvis en statslig foranstaltning overtager elementerne i en aftale mellem virksomhederne i en sektor eller træffes efter høring af og med tilslutning fra de pågældende virksomheder, kan disse således ikke

påberåbe sig reguleringens bindende karakter med henblik på at undgå anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. dom *Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:T:1996:120, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

- 117 I mangel af en bindende retsregel, der pålægger en adfærd, som strider mod konkurrencereglerne, kan Kommissionen således kun konkludere, at de forfulgte erhvervsdrivende manglede autonomi, hvis det af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at adfærden ensidigt var blevet pånødet dem af de nationale myndigheder gennem udøvelsen af et uimodståeligt pres, såsom truslen om at træffe statslige foranstaltninger, som var egnede til at påføre virksomhederne væsentlige tab (dom *Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:T:1996:120, præmis 65, samt dom af 11.12.2003, *Minoan Lines mod Kommissionen*, T-66/99, Sml., EU:T:2003:337, præmis 179, og af 27.9.2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin mod Kommissionen*, T-357/06, Sml., EU:T:2012:488, præmis 44).
- 118 For at de pågældende erhvervsdrivende kan undgå anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF, skal de udsættes for et sådant pres, at de mister enhver autonomi i forbindelse med gennemførelsen af de offentlige myndigheders beslutninger (jf. i denne retning dom *Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:T:1996:120, præmis 65 og 69). Hvis de erhvervsdrivende ikke har mistet enhver autonomi, har det i sig selv ingen betydning for anvendelsen af artikel 101 TEUF, at de offentlige myndigheder har fremmet eller opmuntret til en konkurrencebegrænsende adfærd (jf. i denne retning dom *Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:T:1996:120, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).
- 119 Sagsøgeren kan i det foreliggende tilfælde ikke gøre gældende, at den portugisiske regerings angivelige handlinger fratog selskabet enhver autonomi. Det fremgår således af sagsakterne og navnlig af Telefónicas interne e-mail af 6. juli 2010 (jf. præmis 152 og 338 nedenfor), at den endelige aftale er resultatet af en fælles ordning mellem parterne. Det findes desuden ikke godtgjort, at disse bestemmelser blev pålagt ensidigt af den portugisiske regering (jf. i denne retning dom *Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:T:1996:120, præmis 65 og 69).
- 120 Selv om Retten ikke ud fra de argumenter, som sagsøgeren har fremsat om Telefónicas autonomi i forbindelse med aftalens indgåelse, kan konkludere, at selskabet mistede enhver autonomi i forbindelse med gennemførelsen af de offentlige myndigheders beslutninger, således at dens adfærd kunne være undtaget fra artikel 101, stk. 1, TEUF, er det imidlertid nødvendigt at undersøge de andre forhold, som sagsøgeren har fremført om baggrunden for klausulens indsættelse i aftalen og forhandlingerne om denne aftale, efter princippet om, at det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår, og i givet fald at tage hensyn til parternes hensigt (jf. dom *CB mod Kommissionen*, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53 og 54 og den deri nævnte retspraksis).

d) Baggrunden for klausulens indsættelse i aftalen om Vivo-transaktionen og parternes adfærd

- 121 Sagsøgeren har gjort gældende, at den omstændighed, at klausulen var forbundet med Vivo-transaktionen og krævet af den portugisiske regering, og den kendsgerning, at Telefónica gjorde alt, hvad det kunne, for at begrænse klausulens konkurrencebegrænsende indhold, skal tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af klausulen og af de praktiske målsætninger for forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det«, og at de viser, at dette forbehold ændrede klausulen til en forpligtelse til egenvurdering af muligheden for at begrænse konkurrencen.

Det angivelige pres fra den portugisiske regerings side

122 De argumenter, som sagsøgeren har fremsat for at godtgøre, at klausulen var en »nødvendig betingelse« for Vivo-transaktionens gennemførelse, kan i det væsentlige sammenfattes til et udsagn om, at klausulen var en nødvendig betingelse for, at den portugisiske regering ikke blokerede denne transaktion.

– Principperne om bevisbyrde

123 Det bemærkes, at den foreliggende sag ikke vedrører klausulens eksistens, som er ubestridt. Parterne er imidlertid uenige om, hvorvidt de forhold, som sagsøgeren har fremført, godtgør, at klausulen var en nødvendig betingelse for, at den portugisiske regering ikke blokerede Vivo-transaktionen. Sagsøgeren mener desuden, at udsagnet om den portugisiske regerings indflydelse, hvis det tages til følge, godtgør, at klausulen ikke indeholdt et konkurrenceforbud, men en forpligtelse til egenvurdering og derfor ikke udgjorde nogen overtrædelse af artikel 101 TEUF.

124 Det bør under disse omstændigheder bemærkes, at det følger af artikel 2 i forordning nr. 1/2003 og af fast retspraksis, at Kommissionen på konkurrencerettens område i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelserne, faktisk foreligger (dom af 17.12.1998, Baustahlgewebe mod Kommissionen, C-185/95 P, Sml., EU:C:1998:608, præmis 58, af 6.1.2004, BAI og Kommissionen mod Bayer, C-2/01 P og C-3/01 P, Sml., EU:C:2004:2, præmis 62, af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen, C-89/11 P, Sml., EU:C:2012:738, præmis 71, af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, Sml., EU:T:2007:289, præmis 688, og af 15.12.2010, E.ON Energie mod Kommissionen, T-141/08, Sml., EU:T:2010:516, præmis 48). Den skal herved fremlægge beviser, der er tilstrækkeligt præcise og samstemmende til at støtte den overbevisning, at den påståede overtrædelse er blevet begået (jf. i denne retning dom af 28.3.1984, Compagnie royale asturienne des mines og Rheinzink mod Kommissionen, 29/83 og 30/83, Sml., EU:C:1984:130, præmis 20, af 31.3.1993, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 – C-129/85, Sml., EU:C:1993:120, præmis 127, og af 21.1.1999, Riviera Auto Service m.fl. mod Kommissionen, T-185/96, T-189/96 og T-190/96, Sml., EU:T:1999:8, præmis 47, samt dom E.ON Energie mod Kommissionen, EU:T:2010:516, præmis 48).

125 Når Kommissionen har påberåbt sig dokumentbeviser til støtte for sin konstatering af, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceretten, påhviler det de omhandlede virksomheder ikke alene at fremlægge et sandsynligt alternativ til Kommissionens opfattelse, men tillige at påvise, at de i den anfægtede afgørelse anvendte beviser er utilstrækkelige til at bevise overtrædelserne (dom af 20.4.1999, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, T-305/94 – T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Sml., EU:T:1999:80, præmis 725-728, og af 8.7.2004, JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, Sml., EU:T:2004:221, præmis 187, samt dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 55). Hvis Kommissionen fastslår, at der er sket en tilsidesættelse af konkurrencereglerne under henvisning til de omhandlede virksomheders adfærd, skal Unionens retsinstanser annullere den pågældende afgørelse, når de omhandlede virksomheder fremfører en argumentation, der kan sætte de af Kommissionen konstaterede faktiske omstændigheder i et andet lys og dermed gør det muligt at give en anden, sandsynlig forklaring på de faktiske omstændigheder end den, som Kommissionen har lagt til grund for sin konklusion om, at der foreligger en overtrædelse (jf. dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

126 Såfremt der opstår tvivl hos Retten ved vurderingen af de beviser, Kommissionen har indsamlet, skal dette komme den virksomhed til gode, der er adressat for den afgørelse, hvorved en overtrædelse fastslås. Retten må derfor ikke konkludere, at Kommissionen i tilstrækkeligt omfang har bevist, at den omtvistede overtrædelse foreligger, såfremt Retten fortsat nærer tvivl på dette punkt, navnlig i en sag,

hvor der er nedlagt påstand om annullation af en afgørelse, hvorved der pålægges en bøde (dom JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 125 ovenfor, EU:T:2004:221, præmis 177, dom af 27.9.2006, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Sml., EU:T:2006:271, præmis 60, og dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 51).

- 127 I den sidstnævnte situation skal der således tages hensyn til princippet om uskyldsformodning, som i dag er fastsat i artikel 48, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, og som finder anvendelse på sager vedrørende tilsidesættelse af konkurrencereglerne, der gælder for virksomhederne, og som kan føre til pålæggelse af bøder eller tvangsbøder (domme af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen, C-199/92 P, Sml., EU:C:1999:358, præmis 149 og 150, og Montecatini mod Kommissionen, C-235/92 P, Sml., EU:C:1999:362, præmis 175 og 176, samt domme E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:C:2012:738, præmis 72 og 73, og JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 125 ovenfor, EU:T:2004:221, præmis 178).
- 128 Det følger desuden af Domstolens praksis, at det påhviler den part eller myndighed, der gør en tilsidesættelse af konkurrencereglerne gældende, at føre bevis herfor, og at det påhviler den virksomhed eller den sammenslutning af virksomheder, der fremfører et anbringende til at tilbagevise en konstatering af, at der foreligger en overtrædelse af disse regler, at føre bevis for, at betingelserne for anvendelsen af den regel, hvoraf dette anbringende er udledt, er opfyldt, således at myndigheden herefter må anvende andre beviser (dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Sml., EU:C:2004:6, præmis 78, og af 17.6.2010, Lafarge mod Kommissionen, C-413/08 P, Sml., EU:C:2010:346, præmis 29).
- 129 Selv om bevisbyrden ifølge disse principper påhviler enten Kommissionen eller virksomheden eller den pågældende sammenslutning, kan de faktiske omstændigheder, som en part gør gældende, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at reglerne for bevisbyrde er blevet opfyldt (domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 128 ovenfor, EU:C:2004:6, præmis 79, og Lafarge mod Kommissionen, nævnt i præmis 128 ovenfor, EU:C:2010:346, præmis 30).
- 130 Det bør endvidere understreges, at en virksomhed ikke kan overføre bevisbyrden på Kommissionen ved at påberåbe sig omstændigheder, som den ikke er i stand til at bevise. Udtrykt på en anden måde, når Kommissionen lægger beviselementer til grund, som i princippet er tilstrækkelige til at godtgøre, at en overtrædelse har fundet sted, er det ikke tilstrækkeligt, at den omhandlede virksomhed påberåber sig muligheden for, at en omstændighed har fundet sted, som kan påvirke bevisværdien af nævnte beviser, for at Kommissionen bærer bevisbyrden med hensyn til, at denne omstændighed ikke har kunnet påvirke bevisernes bevisværdi. Med undtagelse af de tilfælde, hvor et sådant bevis ikke kan leveres af den omhandlede virksomhed på grund af Kommissionens egen adfærd, tilkommer det tværtimod den omhandlede virksomhed at føre bevis for dels, at den af Kommissionen påberåbte omstændighed foreligger, dels, at denne omstændighed rejser tvivl med hensyn til bevisværdien af de beviser, som Kommissionen lægger til grund (jf. dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).
- 131 Det er i lyset af disse principper, at de forhold, sagsøgeren har fremført, skal undersøges.

– Den anfægtede afgørelse

- 132 I det foreliggende tilfælde oplyste Kommissionen i 71. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den ikke bestred den omstændighed, at den portugisiske regering havde fulgt med i forhandlingerne om Vivo-transaktionen, at den var fremkommet med offentlige erklæringer, og at den havde blokeret det

tredje tilbud ved at udnytte de særlige rettigheder, der er knyttet til dens præferenceaktier i PT. Kommissionen erkendte i denne betragtning, at Vivo-transaktionen, som anført af parterne og påvist i adskillige avisartikler, der var tilført sagsakterne, politisk set var meget følsom i Portugal.

- 133 I 72. betragtning til den anfægtede afgørelse bemærkede Kommissionen, at parterne syntes at have en forskellig opfattelse af den holdning, som den portugisiske regering indtog under forhandlingerne. Ifølge Telefónica gjorde beskyttelsen af PT (ved hjælp af klausulen) det muligt for den portugisiske regering at opgive modstanden mod Vivo-transaktionen. Efter PT's opfattelse var den portugisiske regering primært interesseret i at bevare en tilstedeværelse i Brasilien. PT anførte, at undertegnelsen af aftalememorandummet, som sikrede selskabets tilstedeværelse i Brasilien, i denne henseende var afgørende for at skabe tillid hos den portugisiske regering og løse op for situationen.
- 134 I 73. betragtning til den anfægtede afgørelse oplyste Kommissionen videre, at Telefónica ikke havde tilført sagsakterne nogen erklæring fra den portugisiske regering, hvori den tilkendegav sit ønske om eller behovet for at indsætte klausulen i forbindelse med Vivo-transaktionen, men at den portugisiske regering havde taget afstand fra, at Telefónica fremsatte et offentligt overtagelsestilbud på PT, med henblik på at bevare PT's portugisiske dimension.
- 135 I 74. betragtning til den anfægtede afgørelse bemærkede Kommissionen afslutningsvis, at selv om Telefónica mente, at den portugisiske regering anså klausulen for at være væsentlig og ønskelig, fremgik dette ikke af nogen erklæring fra denne regering, og Telefónica havde ikke godtgjort, at klausulen skyldtes et krav fra den portugisiske regering i forbindelse med forhandlingerne om Vivo-transaktionen.

– De forhold, som sagsøgeren har fremført

- 136 Sagsøgeren har gjort gældende, at den portugisiske regering havde to sammenhængende mål – at beskytte PT i Brasilien og at beskytte PT i Portugal – og at der blev taget forskellige midler i brug for at nå disse to mål. Den løsning, der blev valgt for at sikre PT's dimension og rolle på det brasilianske marked, indebar, at salgsprisen for Vivo blev forhøjet mest muligt, og at investeringen i denne operatør blev erstattet af investeringen i en anden lige så vigtig operatør i Brasilien, hvilket forklarede, at der blev udøvet et pres for at forhøje prisen for transaktionen, og at aftalen ikke blev underskrevet, før der var opnået en forhånds aftale om erhvervelse af en betydelig kapitalandel i Oi. Den løsning, der blev valgt for at sikre PT's fortsatte rolle som førende virksomhed på det portugisiske marked uden bånd til ikke-portugisiske virksomheder, var baseret på klausulen. Regeringen mente uden tvivl, at det hidtidige samarbejde med Telefónica i forbindelse med Vivo skulle erstattes af en kontraktmæssig beskyttelse mod angreb på det iberiske marked. Klausulen blev derfor et vigtigt middel til at undgå, at regeringen nedlagde veto, og til at sikre en vellykket transaktion.
- 137 De få og løsrevne henvisninger til den portugisiske regerings adfærd, der findes i den anfægtede afgørelse, er ikke tilstrækkelige til at afdække omfanget af denne regerings indgreb for at beskytte PT i såvel Brasilien som Portugal, som bestod i en »direkte og indirekte dialog« med Telefónica i løbet af forhandlingerne om transaktionen.
- 138 Sagsøgeren har medgivet, at det ikke er let at følge dokumentsporet for disse kontakter, men har gjort gældende, at der foreligger en række indicier og samstemmende beviser, der samlet set viser den portugisiske regerings indflydelse.
- 139 I denne forbindelse har sagsøgeren for det første henvist til de mange offentlige meddelelser, som den portugisiske regering udsendte gennem pressen, og enigheden mellem PT, regeringen og den hårde kerne blandt aktionærene i PT, som kom til udtryk i pressen, den portugisiske regerings adfærd under forhandlingerne om forlængelsen af det tredje tilbud om morgenen den 17. juli 2010 som

beskrevet i en e-mail fra den portugisiske regerings kabinetschef og endelig det pres, som denne regering udøvede i forbindelse med det fjerde tilbud, der blev forelagt for regeringen med henblik på godkendelse, hvilket PT indrømmede i punkt 136 i sine bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

- 140 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at selskabet den 27. juli 2010 udtrykkeligt bad PT om at afvise enhver aftale om et konkurrenceforbud, men at PT nægtede dette, hvilket helt klart skyldtes pres fra regeringen. For at godtgøre dette har sagsøgeren anmodet Retten om at foranstalte vidneførsel ved at anmode de repræsentanter for Telefónica, der deltog i disse forhandlinger, om at afgive vidneforklaring for Retten.
- 141 Sagsøgeren har for det tredje anført, at den klausul, der fandtes i PT's modtilbud (jf. præmis 11 ovenfor), var et tydeligt bevis på det pres, som den portugisiske regering udøvede, eftersom denne klausul dukkede op i regeringens meddelelser om beskyttelsen af det nationale strategiske aktiv, som PT udgjorde, samtidig med at rygterne om, at Telefónica ville overtage PT for at få adgang til Vivo, begyndte at sprede sig. Aftalen om konkurrenceforbuddet var uden tvivl en reaktion på den portugisiske regerings krav om, at PT skulle beskyttes mod et eventuelt overtagelsestilbud fra Telefónica.
- 142 Sagsøgeren har for det fjerde påpeget, at den portugisiske regering løbende truede Telefónica med at blokere transaktionen ved at nedlægge veto, og at regeringen blokerede transaktionen i forbindelse med generalforsamlingen i PT den 30. juni 2010. Hertil kommer, at regeringen foreholdt PT's aktionærer og bestyrelse, at de ikke havde taget hensyn til nationale interesser, da de accepterede det tredje tilbud på generalforsamlingen den 30. juni 2010, og at den fulgte nøje med i de efterfølgende forhandlinger, hvilket var den eneste forklaring på, at der i PT's tilbud systematisk henvistes til »alle parter« interesser, at regeringen sendte personlige budskaber til Telefónica i de offentlige erklæringer, der blev citeret i avisartiklerne – f.eks. »Telefónica bør lytte til os«, eller »[j]eg tænker på PT's og mit lands strategiske interesser« – at regeringen havde sendt meddelelser til PT's bestyrelse gennem C.G. de D., en offentlig finansiel enhed, der var aktionær i PT, og endelig at det især fremgik af Telefónicas interne e-mail af 6. juli 2010, hvilket pres den portugisiske regering havde udøvet.
- 143 Det bemærkes indledningsvis, at Telefónica under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten præciserede, at de beviser, der var fremlagt for at godtgøre det pres, som den portugisiske regering angiveligt havde udøvet for at få klausulen indsat i aftalen, var de avisartikler, der var knyttet som bilag til stævningen, korrespondancen med den portugisiske premierministers kabinetschef, der var indeholdt i bilag A.58, Telefónicas interne e-mail, der var indeholdt i bilag A.50, PT's svar på Kommissionens begæring om oplysninger af 5. januar 2011 og PT's svar på klagepunktsmeddelelsen.
- 144 Det må endvidere konstateres, at de beviser og indicier, som sagsøgeren har fremlagt, ikke godtgør, at det var den portugisiske regering, der pålagde klausulen. Det fremgår således, at der bør sondres mellem dels den portugisiske regerings interesse for Vivo-transaktionen som helhed og dens handlinger for at beskytte PT's position i forbindelse med denne transaktion, dels udsagnet om, at det var den portugisiske regering, der pålagde klausulen. Selv om sagsøgeren har påberåbt sig den portugisiske regerings angivelige handlinger i forbindelse med Vivo-transaktionen, har selskabet imidlertid ikke henvist til foranstaltninger eller handlinger, der kunne være relateret til klausulen. De forhold, som sagsøgeren har påberåbt sig, viser ganske vist, at den portugisiske regering fulgte med i forhandlingerne om Vivo-transaktionen og lagde vægt på at beskytte PT's position, hvilket Kommissionen i øvrigt medgav i den anfægtede afgørelse, men disse forhold godtgør ikke, at den portugisiske regering pålagde klausulen. Det fremgår ikke af disse forhold, at den portugisiske regering agerede i forhold til klausulen, og selv om den portugisiske regering havde haft interesse i at beskytte PT mod et overtagelsestilbud fra Telefónica, kunne klausulen alligevel ikke have forhindret et sådant overtagelsestilbud, hvilket Kommissionen også har fremhævet.
- 145 Det må i første række konstateres, at de forhold, som sagsøgeren har fremført, ikke udgør indicier, som godtgør, at klausulen blev pålagt af den portugisiske regering.

- 146 Hvad for det første angår de offentlige budskaber, som den portugisiske regering udsendte i pressen, og enigheden mellem PT, regeringen og den hårde kerne blandt aktionærene i PT, som kom til udtryk i pressen, må det konstateres, at sagsøgeren ikke har henvist til nogen avisartikel, hvoraf det fremgår, at regeringen havde udtrykt ønske om klausulen, og sagsøgeren medgav under retsmødet, at der i ingen af de artikler, som selskabet havde fremlagt, fandtes en udtrykkelig erklæring fra den portugisiske regering, hvoraf det fremgik, at regeringen havde stillet krav eller udtrykt ønske om klausulen eller ikke ville underskrive aftalen i mangel af denne klausul, eller i det mindste en udtrykkelig henvisning til klausulen. De manglende udsagn om klausulen eller mere generelt om forpligtelsen til ikke at konkurrere på det iberiske marked virker overraskende, når den portugisiske regering i øvrigt gjorde det klart, at dens primære krav i forhold til aftalen var, at PT's position i Brasilien skulle beskyttes.
- 147 Hvad for det andet angår den korrespondance, der er indeholdt i bilag A.58 til stævningen, dvs. en række SMS'er, der navnlig blev sendt af A.V., Telefónicas eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering i løbet af juli 2010, og hvori der taltes om den portugisiske regerings angivelige godtagelse af aftalen om Vivo-transaktionen, samt en e-mail, som den portugisiske premierministers kabinetschef sendte til A.V. den 17. juli 2010, skal det blot bemærkes – uden at det er nødvendigt at undersøge nærmere, om den person, der var nævnt i SMS'erne, virkelig var den portugisiske premierminister, hvilket Kommissionen har rejst tvivl om – at disse SMS'er og denne e-mail ganske vist vidner om den portugisiske regerings interesse for Vivo-transaktionen, men at klausulen ikke er nævnt, hvilket sagsøgeren bekræftede under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten.
- 148 For det tredje må det med hensyn til spørgsmålet om den portugisiske regerings godkendelse af det fjerde tilbud konstateres, at PT i punkt 136 i sit svar på klagepunktsmeddelelsen blot anførte, at selskabet havde rådført sig med sine aktionærer, heriblandt staten, hvilket er den normale fremgangsmåde. Som Kommissionen med rette har anført, beviser eller indikerer den omstændighed, at tilbuddet skulle godkendes af den portugisiske regering, der var aktionær i PT, under alle omstændigheder ikke, at regeringen havde stillet krav eller udtrykt ønske om klausulen.
- 149 Hvad for det fjerde angår udsagnet om, at Telefónica den 27. juli 2010 havde bedt PT udtrykkeligt om at afvise enhver aftale om et konkurrenceforbud, hvilket PT havde afslået, kan det, selv om det antages, at Telefónica faktisk forsøgte at ophæve klausulen, ikke udledes af PT's angivelige afslag på at ophæve klausulen – forudsat at det fandt sted – at den portugisiske regering havde interesseret sig for klausulen, således at begæringen om afhøring af vidner herom (jf. præmis 140 ovenfor) er uden betydning i denne sammenhæng. Sagsøgeren har således ikke gjort gældende, at de vidner, som selskabet ønsker afhørt, vil kunne bekræfte, at PT havde oplyst, at selskabets angivelige afslag på at ophæve klausulen skyldtes en handling fra den portugisiske regerings side.
- 150 Hvad for det femte angår udsagnet om, at den klausul, der fandtes i PT's modtilbud (jf. præmis 11 ovenfor), var et tydeligt bevis på det pres, som den portugisiske regering udøvede, eftersom denne klausul dukkede op i regeringens meddelelser om beskyttelsen af det nationale strategiske aktiv, som PT udgjorde, og således var en reaktion på kravet om, at PT skulle beskyttes med et eventuelt overtagelsestilbud fra Telefónica, må det konstateres, at der er tale om en hypotese, som ikke underbygges af den portugisiske regerings meddelelser og derfor må forkastes.
- 151 For det sjette kan det heller ikke udledes af de angivelige indicier, der er nævnt i stævningens punkt 107, at klausulen blev pålagt af den portugisiske regering. Da den portugisiske regering truede med at blokere transaktionen og gjorde alvor af denne trussel ved at nedlægge veto som led i sine særlige rettigheder (jf. præmis 6 og 18 ovenfor), viste det ganske vist, at den var villig til at beskytte PT og navnlig PT's tilstedeværelse i Brasilien, men det viste ikke, at regeringen havde udtrykt ønske om klausulen. Det samme gælder for den kritik, der angiveligt blev rettet mod aktionærene i PT, de udsagn, der blev refereret i pressen, og de meddelelser, der angiveligt blev sendt til PT's bestyrelse gennem C.G. de D., mens den systematiske henvisning til »alle parters« interesser i PT's tilbud ikke har nogen betydning i forhold til klausulen.

- 152 Hvad endelig angår Telefónicas interne e-mail af 6. juli 2010 bemærker Retten i lighed med Kommissionen (49., 68., 165. og 171. betragtning til den anfægtede afgørelse), at sagsøgeren har gengivet denne e-mail forkert i stævningens punkt 44. Målet med de alternativer, som Telefónica gennemgik i denne interne e-mail med henblik på at ændre tilbuddet – bl.a. en eventuel forlængelse af klausulens varighed – var ikke kun »at inddrage aspekter, der er harmløse for os, men kan hjælpe den portugisiske regering med at revurdere sin radikale opfattelse«, men også at »omformulere tilbuddet uden at forhøje prisen, således at det kan drøftes og godkendes af PT's bestyrelse«. Det fremgår ikke af denne e-mail, hvilke alternativer der sigter mod de forskellige mål. I den nævnte e-mail oplyste Telefónica desuden, at »[m]an skal forestille sig en liturgi eller et sceneri i forhold til eventuelle nye betingelser, hvor det som tidligere nævnt ser ud til, at vi har siddet ved forhandlingsbordet, og at vi er blevet »pålagt« nye betingelser (selv om vi selv har foreslået dem)«. Det kan derfor ikke udledes af denne e-mail, at den portugisiske regering pålagde Telefónica at indsætte klausulen i aftalen om Vivo-transaktionen.
- 153 Sagsøgeren har for det syvende foreholdt Kommissionen, at den afviste, at klausulen var en »nødvendig betingelse« for transaktionens gennemførelse, med henvisning til en angivelig uoverensstemmelse mellem PT og Telefónica med hensyn til bedømmelsen af klausulens betydning for aftalen, selv om der ikke forelå en sådan uoverensstemmelse. Kommissionen fremhævede angivelige uoverensstemmelser mellem PT's og Telefónicas tilgang i forhold til sekundære aspekter af de faktiske omstændigheder for at rejse tvivl om det, som de havde fremsat til deres forsvar. Sagsøgeren har imidlertid ikke henvist til, at PT skulle have erkendt, at den portugisiske regering havde pålagt klausulen, idet sagsøgeren blot har påberåbt sig punkt 48-51 i PT's svar på klagepunktmeddelelsen, hvori PT bl.a. anførte, at »[k]øbet [af dets] vigtigste aktiver i Brasilien og det eventuelle overtagelsestilbud fra Telefónica [...] var scenarier, der skulle behandles med meget stor forsigtighed«, at »[s]taten [...] desuden [var] aktionær og besad en [præferenceaktie] i virksomheden«, og at »[d]en portugisiske regering [havde] gjort det klart, at den ikke [ville] vige en tomme i [sit] forsvar [...] og lagde offentligt pres på [selskabets] bestyrelse«.
- 154 For det ottende bemærker Retten endelig i lighed med Kommissionen, at sagsøgeren ikke har givet en tilfredsstillende forklaring på, at klausulen indeholdt et bilateralt konkurrenceforbud, der også gjaldt i forhold til Telefónica, og at den portugisiske regering ønskede at pålægge PT et konkurrenceforbud i forhold til Telefónica. Telefónicas argumenter herom kan ikke tiltrædes uden først at afgøre spørgsmålet om, hvorvidt det var PT eller Telefónica, der var ansvarlige for klausulens bilaterale karakter, hvilket parterne er uenige om (86. og 291. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 155 Sagsøgeren har herved gjort gældende, at selskabet ønskede at sætte klausulen ud af kraft og derfor bevarede dens bilaterale karakter for at gøre det muligt at undgå eventuelle retstvister og at gennemføre den krævede legalitetskontrol let og hurtigt. Dette argument kan imidlertid ikke tiltrædes, da det under alle omstændigheder ikke findes godtgjort, at der er sket en sådan kontrol (jf. præmis 181-192 nedenfor).
- 156 Sagsøgeren har også gjort gældende, at PT's forpligtelse til ikke at konkurrere med sagsøgeren blev indført af PT af rent æstetiske årsager for at lette forhandlingerne med sagsøgeren, men på ingen måde havde været til fordel for denne, eftersom PT ikke var en potentiel konkurrent i Spanien. Sagsøgeren har imidlertid ikke påvist, at der forelå uoverstigelige hindringer for PT's adgang til det spanske marked (jf. præmis 223 og 224 nedenfor). En klausul, der havde til formål at forhindre denne adgang, var derfor på ingen måde til fordel for Telefónica. Som Kommissionen med rette har fremhævet, følger der under alle omstændigheder af argumentet om, at »PT havde størst fordel af klausulen«, en anerkendelse af, at der kunne være en konkurrence mellem parterne i Portugal.

- 157 Hvad i anden række angår sagsøgerens argument om, at den portugisiske regering ville beskytte PT i Portugal ved at undgå, at Telefónica fremsatte et tilbud om overtagelse af PT, er dette ikke relevant i forhold til klausulen, da denne ikke forbyder Telefónica at købe PT. Det må således konstateres, at klausulen forbyder parterne at konkurrere med hinanden (jf. præmis 1 ovenfor), og at købet af PT ikke kan sidestilles med at konkurrere med selskabet.
- 158 Ifølge sagsøgeren og de udtalelser, som denne bl.a. fremkom med under retsmødet, kunne PT og den portugisiske regering, henset til klausulens ordlyd, fortolke denne klausul som en beskyttelse i tilfælde af et overtagelsestilbud, eftersom klausulen forhindrede Telefónica i at få adgang til den sektor, hvor PT befandt sig, og det var nødvendigt at få adgang til de sektorer, hvor PT var aktiv, for at kunne overtage kontrollen med PT. Sagsøgeren har gjort gældende, at denne fortolkning stemmer overens med Kommissionens fortolkning om, at klausulen forbød parterne at erhverve kapitalandele eller øge sådanne andele i andre virksomheder, og afspejler den portugisiske regerings vilje til at beskytte PT's portugisiske islæt. Sagsøgeren har med hensyn til sidstnævnte især pointeret, at det var PT's og den portugisiske regerings bekymring over Telefónicas eventuelle overtagelse af PT, som var den direkte årsag til, at der blev indført en konkurrenceklausul.
- 159 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at »klausulen ikke bygger på en juridisk formular, men er resultatet af en svær forhandling, hvor de politiske og mediemæssige målsætninger spillede en afgørende rolle«. Ifølge sagsøgeren var det tilstrækkeligt til at imødekomme regeringens interesse, at viljen til at beskytte PT fuldt ud kom klart til udtryk i medierne, og at denne vilje blev afspejlet i aftalen.
- 160 Sagsøgerens argumentation virker ikke overbevisende. Selv om det antages, at den portugisiske regering ønskede at benytte klausulen til at beskytte PT mod et overtagelsestilbud fra Telefónica, virker det ikke sandsynligt, at regeringen validerede klausulen uden at interessere sig for dens præcise affattelse, og det kunne snarere forventes, at regeringen havde kontrolleret, om den klausul, den havde pålagt, reelt sikrede opfyldelsen af dens målsætninger.
- 161 Det må endvidere fastslås, at der ikke med støtte i sagsakterne kan rejses tvivl om det forhold, at det fremgår klart af klausulens ordlyd, at den ikke forbyder Telefónica at fremsætte et tilbud om overtagelse af PT. Klausulen forbyder således begge parter at iværksætte projekter i telesektoren, som kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked, i den pågældende periode, og erhvervelsen af PT svarer – i modsætning til erhvervelsen af andele i andre virksomheder – ikke til at iværksætte et projekt, der kan anses for at konkurrere med PT.
- 162 Da sagsøgeren hverken har fremført omstændigheder, der viser, at klausulen blev pålagt af den portugisiske regering, eller godtgjort, at den portugisiske regerings handlinger kunne fortolkes således, at dens hensigt med klausulen var at forhindre Telefónica i at fremsætte et tilbud om overtagelse af PT, må sagsøgerens argumentation om det pres, som den portugisiske regering udøvede i forbindelse med klausulen, forkastes.
- Den angivelige tilsidesættelse af undersøgelsespligten og af princippet om god forvaltningskik
- 163 Da sagsøgeren ikke har fremlagt indicier, som godtgør, at klausulen blev pålagt af den portugisiske regering, er det klart, at selskabets argumenter om, at Kommissionen tilsidesatte sin undersøgelsespligt og dermed principperne om bevisbyrde, ikke kan tiltrædes. I henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 130 ovenfor, må det således fastslås, at de forhold, der er fremlagt af Kommissionen, forpligter sagsøgeren til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at denne institution har opfyldt de forpligtelser, der påhviler den for så vidt angår bevisbyrden. Da sagsøgeren blot har fremført de forhold, der er gennemgået ovenfor, og hvoraf det ikke fremgår, at den portugisiske regering har udvist nogen interesse for klausulen, må det konkluderes, at sagsøgeren ikke har fremlagt beviser til støtte for sit udsagn om, at klausulen blev

pålagt af denne regering, og at den under alle omstændigheder ikke var en »nødvendig betingelse« for, at regeringen ikke blokerede aftalen om Vivo-transaktionen (jf. i denne retning dom Lafarge mod Kommissionen, nævnt i præmis 128 ovenfor, EU:C:2010:346, præmis 32).

- 164 Når der ikke findes indicier herfor, kan sagsøgeren således heller ikke gøre gældende, at princippet om god forvaltningsskik blev tilsidesat, fordi Kommissionen angiveligt undlod at benytte sig af de retlige instrumenter, som den råder over, med henblik på at undersøge det pres, som den portugisiske regering angiveligt lagde på Telefónica. Selv om Kommissionen ifølge princippet om god forvaltningsskik skal bidrage med egne midler til oplysning af de faktiske og retligt relevante forhold, og den omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag (jf. dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 75 og 76 og den deri nævnte retspraksis), har sagsøgeren i det foreliggende tilfælde ikke godtgjort, at Kommissionen ikke undersøgte de beviser, som parterne havde fremlagt, tilstrækkeligt, og Kommissionen er ikke forpligtet til at anvende sine undersøgelsesbeføjelser til at godtgøre et forhold, som kun påstås at foreligge, men ikke understøttes af indicier i de beviser, som parterne har fremlagt (jf. i denne retning dom E.ON Energie mod Kommissionen, nævnt i præmis 124 ovenfor, EU:T:2010:516, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).
- 165 Sagsøgerens udsagn om, at det er »naivt« og »fornuftsstridigt« at forestille sig, at man vil kunne bevise, at en regering har grebet ind for at pålægge en ulovlig klausul, og at det strider mod principperne om bevisbyrde at forlange et sådant bevis, kan desuden ikke lægges til grund. Kommissionen har med rette anført, at hvis klausulen, som det hævdes af sagsøgeren, var et vigtigt middel til at sikre en vellykket transaktion, er det usandsynligt, at der ikke findes noget samtidigt dokument, hvori den er nævnt, når der foreligger beviser for den portugisiske regerings handlinger i forbindelse med de aspekter af transaktionen, der ikke har noget med klausulen at gøre, som. f.eks. betydningen af PT's tilstedeværelse i Brasilien.
- 166 I denne sammenhæng skal det endelig også bemærkes, at Kommissionen først fik kendskab til klausulen i oktober 2010, dvs. efter at aftalen var underskrevet og trådt i kraft, hvilket blev bekræftet under retsmødet. Det følger heraf, at sagsøgerens kritik om, at Kommissionen forholdt sig passivt under forhandlingerne om klausulen, er grundløs.

Telefónicas angivelige indsats for at minimere klausulens konkurrencebegrænsende indhold

- 167 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen foretog en urigtig bedømmelse af selskabets løbende indsats for at minimere klausulens indhold og undgå enhver risiko for ulovlighed. Selv om Kommissionen i 338. betragtning til den anfægtede afgørelse erkendte, at anvendelsen af udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« ikke i sig selv var tegn på en svigagtig hensigt, at Telefónica havde truffet foranstaltninger til at begrænse klausulens anvendelsesområde og varighed, og at det var Telefónica, der stod bag forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det«, drog Kommissionen ingen konsekvenser heraf.
- 168 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det ikke er korrekt, at selskabet ønskede en konkurrenceklausul »lige fra begyndelsen«. Kommissionen har imidlertid påpeget, at den ikke har hævdet, at Telefónica ønskede en konkurrenceklausul lige fra begyndelsen, men i 36. og 42.-44. betragtning til den anfægtede afgørelse blot havde begrænset sig til at afvise argumentet om, at Telefónica havde udelukket ethvert konkurrenceforbud fra det første tilbud.
- 169 Det bemærkes herved, at de to første udkast til aftalen indebar en forpligtelse for Telefónica til ikke at pålægge PT »nogen konkurrence- eller kundeklausul«. Kommissionen forklarede i ovennævnte betragtninger til den anfægtede afgørelse, at parterne i deres svar på begæringen om oplysninger af 5. januar 2011 havde bekræftet, at denne forpligtelse vedrørte enhver konkurrenceklausul vedrørende det brasilianske marked, og ikke det iberiske marked. Kommissionen fremhævede dernæst med rette, at det andet tilbud både indeholdt den nævnte forpligtelse for Telefónica til ikke at pålægge PT nogen

konkurrenceklausul og konkurrenceklausulen vedrørende det iberiske marked, hvilket støttede fortolkningen om, at den førstnævnte forpligtelse vedrørte det brasilianske marked og ikke det iberiske marked.

- 170 For det andet har sagsøgeren ganske vist afvist den bemærkning, som PT fremsatte i punkt 164 i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, og som er gengivet i den anfægtede afgørelse (86. og 293. betragtning til den anfægtede afgørelse), nemlig at det var Telefónica, der havde sørget for, at klausulens anvendelsesområde kom til at omfatte tv-tjenester, men sagsøgeren har ikke ført noget bevis for sine udtalelser. Selv om det antages, at disse tjenester blev omfattet af dette anvendelsesområde på foranledning af PT, er der under alle omstændigheder ikke tale om »Telefónicas løbende indsats for at minimere klausulens omfang«.
- 171 For det tredje nægter sagsøgeren at have spillet en fremtrædende rolle ved fastlæggelsen af klausulens bilaterale karakter. Selv om det antages, at sagsøgeren ikke spillede en sådan rolle, og Kommissionen ikke har hævdet, at dette var tilfældet, har sagsøgeren dog ikke bestridt, at den første udgave af klausulen og den udgave, der endte med at blive vedtaget, var af bilateral karakter. Sagsøgeren har heller ikke formået at godtgøre, at PT eller den portugisiske regering krævede, at klausulen skulle være af bilateral karakter (jf. præmis 154 ovenfor).
- 172 For det fjerde har sagsøgeren endelig gjort gældende, at afgørelsen uretmæssigt begrænser omfanget af den undtagelse fra klausulens anvendelsesområde, som det lykkedes Telefónica at indføre, og som gik ud på at udelukke bestående aktiviteter (jf. præmis 13 ovenfor). Kommissionen anerkendte således ikke, at tjenester, som Zon leverede i Portugal, og som sagsøgeren betragtede som bestående aktiviteter, også faldt ind under denne undtagelse. Sagsøgeren har imidlertid ikke afvist bemærkningerne i 156.-164. betragtning til den anfægtede afgørelse om, at de aktiviteter, som blev udøvet af selskaber, der ikke var kontrolleret af parterne, ikke faldt ind under undtagelsen fra klausulens anvendelsesområde.
- 173 Det bemærkes herved, at Kommissionen forklarede, at det burde have fremgået af klausulen, at den fandt anvendelse på aktiviteter i selskaber, der ikke var underlagt parternes kontrol, hvis aktiviteten i et selskab, som en af parterne havde aktier i, men ikke kontrollerede, var relevant for fastlæggelsen af denne klausuls anvendelsesområde. Hvis sådanne aktiviteter var relevante for fastlæggelsen af klausulens anvendelsesområde, måtte de i øvrigt også være relevante for overholdelsen af bestemmelserne heri, således at det ville være i strid med klausulen, hvis et selskab, som ikke var kontrolleret, men hvori en af parterne besad en minoritetsandel, gik i gang med en aktivitet, der var forbudt i henhold til klausulen. Kommissionen fandt endvidere, at parterne ikke kunne gøre gældende, at de havde påtaget sig en sådan forpligtelse for og på vegne af selskaber, som de havde en minoritetsandel i, men ikke kontrollerede, eftersom de ikke ville være i stand til at sikre overholdelsen af denne forpligtelse. En aktivitet kunne som følge heraf kun udelukkes fra klausulens anvendelsesområde, hvis den blev gennemført direkte af en af parterne eller indirekte af et af de selskaber, som parterne kontrollerede.
- 174 Når der ikke er fremført omstændigheder eller i det mindste argumenter, som kan rejse tvivl om denne konklusion, hvoraf det nødvendigvis følger, at aktiviteterne i Zon, hvori sagsøgeren kun besad en minoritetsandel (jf. præmis 4 ovenfor), ikke kan anses for at være omfattet af undtagelsen fra klausulens anvendelsesområde, må sagsøgerens udsagn herom forkastes.
- 175 Det følger af ovenstående betragtninger – for så vidt som sagsøgerens begæring om vidneafhøring forkastes (jf. præmis 357 ff. nedenfor) – at sagsøgeren ikke har fremlagt forhold, der godtgør, at klausulen var en betingelse for, at den portugisiske regering ikke blokerede Vivo-transaktionen, og at Telefónica af denne grund var nødt til at bestræbe sig på at begrænse dens virkning, bl.a. ved at ændre den til en klausul om egenvurdering ved hjælp af indskuddet »i det omfang, hvor loven tillader det«.

e) Det angivelige materielle indhold og de angivelige praktiske målsætninger med forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det«

- 176 Hvis den omstændighed, at klausulen var nært knyttet til Vivo-transaktionen, var blevet taget i betragtning, ville det efter sagsøgerens opfattelse straks have vist sig, at denne klausul faktisk tjente et praktisk formål, da den opfyldte mange af de klassiske og legitime funktioner, som retlige forbehold skal opfylde i aftalepraksis, nemlig at mindske omkostningerne ved transaktionen, at være strategisk værktøj til opnåelse af konsensus og at sikre, at transaktionen opretholdes. Kommissionens fortolkning af klausulen er desuden i klar modstrid med dens ordlyd.
- 177 Det bemærkes indledningsvis, at denne argumentation hviler på en antagelse om, at klausulen blev pålagt af den portugisiske regering som en betingelse for Vivo-transaktionen, hvilket tvang Telefónica til at gøre alt, hvad selskabet kunne, for at begrænse dens virkning. Det fremgår imidlertid af betragtningerne i præmis 136-162 og 167-175 ovenfor, at sagsøgeren ikke har fremlagt forhold, som godtgør, at denne antagelse er rigtig, således at sagsøgerens argumenter, der hviler på denne antagelse, ikke kan tiltrædes. Sagsøgeren har i øvrigt heller ikke fremlagt forhold, som godtgør det angivelige materielle indhold og de angivelige praktiske målsætninger med forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det«.

Den funktion, der angiveligt går ud på at nedsætte omkostningerne ved transaktionen

- 178 Hvad angår den funktion, der går ud på at nedsætte omkostningerne ved transaktionen, har sagsøgeren anført, at retlige forbehold som regel anvendes, når der foreligger tvivl eller uoverensstemmelser i parternes retlige vurdering, og når de ønsker at undgå at bruge penge, energi og tid på juridiske diskussioner, som strækker sig i det uendelige og forsinker forhandlingsprocessen. Ifølge sagsøgeren var det netop det, der skete i det foreliggende tilfælde: Da PT indsatte klausulen i sit modtilbud, gav selskabet udtryk for, at klausulen kunne være berettiget som en accessorisk begrænsning. Telefónica var ikke overbevist om dette, men kunne heller ikke afvise det.
- 179 Selv om sagsøgeren var i tvivl om klausulens berettigelse, var den så vigtig for den portugisiske regering, at selskabet var nødt til at acceptere klausulen og lade forhandlingsprocessen gå sin gang, samtidigt med at sagsøgeren tilføjede de objektive og tidsmæssige begrænsninger, som selskabet havde mulighed for, velvidende, at det kun ville kunne underskrive klausulen, hvis dens lovlighed og omfang blev kontrolleret efterfølgende. Sagsøgeren har anført, at aftalen om konkurrenceforbuddet blev justeret, og at det blev undgået, at den kunne have virkninger, såfremt det efter individuel kontrol – og ikke, som Kommissionen fejlagtigt fortolkede den, efter fælles kontrol – af dens lovlighed blev konkluderet, at den ikke var retligt korrekt. Ved at lade begrænsningen være betinget af kontrollen af dens lovlighed fralagde Telefónica sig også ethvert ansvar i forhold til sit sociale eller politiske omdømme over for PT, såfremt Telefónica havde iværksat initiativer, der var uforenelige med begrænsningen.
- 180 Det bemærkes, at det fremgår af sagsøgerens anskuelse, at disse argumenter i det væsentlige tager udgangspunkt i idéen om, at der herskede tvivl om, hvorvidt klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen. Da den retlige kontrol af de relevante betingelser var langsommelig og bekostelig, indsatte parterne det retlige forbehold »i det omfang, hvor loven tillader det«, således at bedømmelsen af klausulens lovlighed blev udsat til et senere tidspunkt.
- 181 Uden at der skal tages stilling til rigtigheden af PT's eller sagsøgerens angivelige tvivl om klausulens eventuelle lovlighed, må det imidlertid fastslås, at argumentationen om, at parterne var nået til »foreløbig enighed« om et konkurrenceforbud med forbehold af en senere kontrol af dens lovlighed, ikke kan tiltrædes, eftersom sagsøgeren dels ikke har forklaret, hvorfor det ikke var muligt at afgøre dette spørgsmål inden den 28. juli 2010, hvor aftalen blev underskrevet, eller i hvert fald inden tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010, hvor aftalen trådte i kraft, dels ikke har godtgjort, at der blev foretaget en sådan kontrol, efter at aftalen var trådt i kraft.

182 Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at Kommissionen i 96.-100. betragtning til den anfægtede afgørelse forklarede, at parterne hævdede, at der blev stillet krav om egenvurdering i klausulen, og at denne vurdering fandt sted i forbindelse med telefonsamtalerne den 26. og 29. oktober 2010 (jf. præmis 28 ovenfor). Kommissionen oplyste desuden, at parterne havde givet følgende begrundelser for, at der ikke blev foretaget en sådan vurdering inden transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010, hvor aftalen trådte i kraft (jf. præmis 25 ovenfor):

- Da aftalen blev underskrevet for og på vegne af PT uden at være godkendt på forhånd af generalforsamlingen af aktionærer i PT, var der efter Telefónicas opfattelse en risiko for, at den portugisiske regering kunne modsætte sig denne fremgangsmåde; Kommissionen afviste imidlertid dette argument, eftersom det ikke understøttes af sagsakterne, og det fremgår af aftalens artikel 4, sammenholdt med bilag 4.1, at PT over for Telefónica garanterer, at »[u]ndertegnelsen og indgåelsen af denne aftale og iværksættelsen af de transaktioner, der er genstand for aftalen, er godkendt behørigt og retmæssigt af bestyrelsen i PT og PT Movéis, og [at] der [ikke] kræves [...] yderligere foranstaltninger fra PT's eller PT Móveis' side for at godkende undertegnelsen, indgåelsen og gennemførelsen af denne kontrakt eller gennemførelsen af den heri omhandlede transaktion«.
- Egenvurderingen og delingen af resultaterne mellem parterne ville have krævet, at der blev indledt drøftelser om klausulens omfang og virkninger, som kunne have været til skade for den balance, der blev opnået i aftalen; hertil gjorde Kommissionen imidlertid gældende, at hvis parterne var enedes om at udskyde drøftelserne om forpligtelsen til at foretage en efterfølgende egenvurdering af klausulens lovlighed til et senere tidspunkt, skulle denne forpligtelse have været nævnt i aftalen.
- Der herskede usikkerhed om Oi-transaktionen og tilrettelæggelsen af »industripartnerskabsprogrammet«, og pressen meddelte først »nogle uger« efter transaktionens gennemførelse, at PT inden længe ville være til stede i Brasilien igen; Kommissionen mente imidlertid ikke, at Telefónica havde godtgjort, at der skete et skift fra et usikkert til et sikkert scenario for Oi-transaktionen i oktober 2010.
- De anmodninger om oplysninger, som Comisión Nacional de la Competencia (CNC, den spanske konkurrencestyrelse) fremsendte den 9. og den 30. september 2010, og hvori der bl.a. blev anmodet om oplysninger med henblik på undersøgelse af eventuelle konkurrenceaftaler mellem parterne i forbindelse med Vivo-transaktionen, skabte angiveligt yderligere tvivl om lovligheden af et konkurrenceforbud; Kommissionen gjorde imidlertid opmærksom på, at CNC's første anmodning om oplysninger var dateret den 9. september 2010, dvs. ca. syv uger før den 26. og 29. oktober 2010, hvor egenvurderingen angiveligt fandt sted (jf. præmis 28 ovenfor).

183 I 98. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen derfor, at Telefónicas forklaringer om den angivelige forsinkede udførelse af egenvurderingen ikke var understøttet af sagsakterne.

184 I 99. og 100. betragtning til den anfægtede afgørelse afviste Kommissionen desuden PT's argumenter om, at klausulen ikke længere var en prioritet, efter at aftalen var blevet underskrevet. PT gjorde for det første gældende, at selskabet havde fokuseret på gennemførelsen af Vivo- og Oi-transaktionerne. For det andet var konkurrenceklausulen betinget af en bekræftelse af dens lovlighed og omfang. For det tredje ville den ikke træde i kraft inden transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010. For det fjerde hævdede PT, at selskabet ikke var blevet kontaktet af nogen konkurrencemyndighed. For det femte mente PT, at konklusionen på egenvurderingen ville være, at der var ringe chancer for at indføre et konkurrenceforbud uanset omfanget. Det var ifølge PT de oplysninger, der blev bragt i slutningen af august 2010 i *Jornal de Negócios* og i *Cinco Días* om klausulen mellem parterne og den 19. oktober 2010 i *Diario Economico* om CNC's undersøgelse vedrørende klausulen, som fik parterne til at tage kontakt til hinanden.

- 185 Efter Kommissionens opfattelse forklarer disse argumenter ikke tilstrækkeligt, hvorfor en bindende kontraktmæssig forpligtelse – den angivelige forpligtelse til at foretage en egenvurdering – ikke blev opfyldt. Såfremt klausulen indebar en forpligtelse til at foretage en egenvurdering, skulle denne forpligtelse desuden have været opfyldt i forbindelse med gennemførelsen af Vivo-transaktionen, som PT angiveligt havde fuld fokus på. Den forsinkede udførelse af egenvurderingen i oktober 2010 kan i øvrigt ikke begrundes med, at konkurrenceforbuddet trådte i kraft på tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse, dvs. den 27. september 2010. Det ville have været mere logisk at vurdere klausulens lovlighed, inden den trådte i kraft. Når konkurrenceforbuddet højst sandsynligt ikke var begrundet, ville det endelig have været mere hensigtsmæssigt at ophæve klausulen med det samme i stedet for at bevare den.
- 186 I 298. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen endelig, at det fremgik af beviserne i sagen vedrørende parternes faktiske adfærd i forhold til klausulen og navnlig af aftalen af 4. februar 2011, der bragte klausulen til ophør (jf. præmis 29 ovenfor), at klausulen ikke indeholdt nogen forpligtelse til egenvurdering. Kommissionen gennemgik herefter de pågældende beviser, dvs. 1) de udtalelser, som parterne fremkom med om klausulens karakter, før de svarede på klagepunktsmeddelelsen, 2) aftalen af 4. februar 2011, der bragte klausulen til ophør, 3) telefonsamtalerne i oktober 2010, 4) tidspunktet for gennemførelsen af den angivelige egenvurdering og 5) andre forhold, som parterne havde påberåbt sig, såsom klausulens offentliggørelse (299.-328. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 187 Det må fastslås, at sagsøgeren ikke har fremført forhold, der kan rejse tvivl om Kommissionens konklusioner om den angivelige egenvurdering med henblik på at kontrollere klausulens lovlighed.
- 188 Sagsøgeren har for det første blot anført, at Kommissionen har en forkert opfattelse af egenvurderingen, som ikke krævede en fælles vurdering, men en individuel vurdering efterfulgt af en udveksling af resultaterne, således at den omstændighed, at denne udveksling først fandt sted fire uger efter, at aftalen var trådt i kraft, ikke kan anses for at være et uforholdsmæssigt langt tidsrum. Hvis det antages, at parterne vurderede klausulen individuelt, var der imidlertid ingen grund til, at der skulle gå fire uger, fra klausulen trådte i kraft, til resultaterne af egenvurderingen af dens lovlighed angiveligt blev udvekslet.
- 189 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at selskabet fremlagde beviser for indholdet af de samtaler, der fandt sted den 26. og 29. oktober 2010, men nøjedes med at henvise til de bemærkninger, som parterne kom med i deres svar på klagepunktsmeddelelsen, og til erklæringerne fra to eksterne juridiske rådgivere, en repræsentant for Telefónica og en repræsentant for PT. Selv om de erklæringer, som parternes repræsentanter har afgivet, vil kunne tillægges en vis troværdighed, navnlig hvis de er afgivet for en notar, må det dog konstateres – hvilket Kommissionen også fremhævede i 313.-323. betragtning til den anfægtede afgørelse – at resultaterne og indholdet af de telefonsamtaler, som Telefónica har påberåbt sig, ikke er beskrevet i aftalen af 4. februar 2011 om ophævelse af klausulen, selv om der gøres detaljeret rede for baggrunden for, at parterne enedes om at ophæve klausulen (jf. præmis 29 ovenfor).
- 190 Som Kommissionen fremhævede (120. og 122. betragtning til den anfægtede afgørelse), kan de pågældende erklæringer heller ikke betragtes som samtidige beviser for indholdet af samtalerne i oktober 2010, hvilket ville have givet dem en højere bevismæssig vægt (jf. i denne retning dom af 11.3.1999, Ensidesa mod Kommissionen, T-157/94, Sml., EU:T:1999:54, præmis 312, og af 16.12.2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen, T-5/00 og T-6/00, Sml., EU:T:2003:342, præmis 181). Selv om et vidneudsagn, der afgives af et direkte vidne til de omstændigheder, som han har fremstillet, i princippet skal anses for at være bevismateriale med en høj bevismæssig vægt (dom af 3.3.2011, Siemens mod Kommissionen, T-110/07, Sml., EU:T:2011:68, præmis 75), skal der i øvrigt også tages

hensyn til, at de omhandlede erklæringer blev afgivet af personer, som kunne have en direkte interesse i sagen, og som ikke kunne anses for at være uafhængige af sagsøgeren (jf. i denne retning dom Siemens mod Kommissionen, EU:T:2011:68, præmis 69 og 70).

- ¹⁹¹ Det følger heraf, at disse erklæringer, der er de eneste bevismidler, henset til samtlige omstændigheder, ikke er tilstrækkelige til at godtgøre, at klausulen indeholdt en forpligtelse til egenvurdering, idet det bemærkes, at med hensyn til den bevismæssige vægt, der tillægges forskellige bevismidler, er det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af de fremlagte beviser deres troværdighed (jf. domme af 8.7.2004, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, T-44/00, Sml., EU:T:2004:218, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis, og Dalmine mod Kommissionen, T-50/00, Sml., EU:T:2004:220, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis, samt dom JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 125 ovenfor, EU:T:2004:221, præmis 273), og ifølge de almindelige bevisregler afhænger troværdigheden og dermed bevisværdien af et dokument af, hvem dokumentet hidrører fra, under hvilke omstændigheder det er blevet til, hvem det er rettet til, og hvorvidt det efter sit indhold forekommer fornuftigt og pålideligt (dom af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Sml., EU:T:2000:77, præmis 1053).
- ¹⁹² Det følger heraf, at sagsøgerens argumenter om den angivelige egenvurdering, der fandt sted i oktober 2010, og samtlige argumenter om, at klausulen opfyldte en funktion, der gik ud på at mindske omkostningerne ved transaktionen, må forkastes.

Den angivelige funktion som strategisk værktøj til opnåelse af konsensus

- ¹⁹³ Med hensyn til den angivelige funktion af indskuddet »i det omfang« som strategisk værktøj til opnåelse af konsensus har Telefónica anført, at selskabet hele tiden havde ønsket at ophæve klausulen, men at det under forhandlingsprocessen blev klar over, at det på grund af den portugisiske regerings politiske dagsorden ikke kunne ophæve klausulen uden at bringe transaktionen i fare, og derfor valgte at neutralisere den med forbeholdet »i det omfang«. Da Telefónicas hensigt var at sætte klausulen ud af kraft, bevarede selskabet dens bilaterale karakter for at gøre det muligt at undgå eventuelle retstvister og at gennemføre den krævede legalitetskontrol let og hurtigt.
- ¹⁹⁴ Denne argumentation bygger for det første på postulatet om, at det var den portugisiske regering, der havde forlangt klausulen, og kan ikke tiltrædes, da dette postulat forkastes i præmis 136-162 ovenfor. For det andet fastslås det i præmis 154 og 171 ovenfor, at sagsøgerens argumenter om klausulens bilaterale karakter må afvises.

Den påståede funktion, der går ud på at sikre transaktionens opretholdelse

- ¹⁹⁵ Ifølge sagsøgeren varetog indskuddet »i det omfang, hvor loven tillader det« også funktionen at sikre, at transaktionen blev opretholdt og gennemført uanset en efterfølgende tvist eller afgørelse. Når PT lagde så stor vægt på klausulen, måtte det antages, at PT anså den for at være så væsentlig, at der var en risiko for, at selskabet ville forsøge at få omstødt hele aftalen, hvis klausulen blev erklæret ugyldig. Den »generelle udskillelsesklausul«, der i portugisisk ret blot vender bevisbyrden med hensyn til klausulens afgørende betydning for aftalen som helhed, mindskede denne risiko, men fjernede den ikke helt.
- ¹⁹⁶ Denne argumentation kan ikke tiltrædes, da den bygger på udsagnet om, at sagsøgerens hensigt med indskuddet »i det omfang, hvor loven tillader det« var at undgå, at aftalen blev frataget gyldigheden i sin helhed, hvis konkurrenceforbuddet blev erklæret ugyldigt. Dette forudsætter imidlertid, at klausulen anses for væsentlig for hele aftalen, og da sagsøgeren ikke har hævdet, at klausulen var en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen (jf. præmis 107-110 ovenfor), og ikke har

påvist, f.eks. ved hjælp af et juridisk responsum vedlagt i et bilag, at Telefónicas subjektive opfattelse eller PT's angivelige betænkeligheder kunne være relevante for klausulens betydning for aftalen som helhed, må det fastslås, at sagsøgeren ikke har fremført omstændigheder, der kan forklare, hvorfor en konkurrenceklausul på det iberiske marked kunne anses for objektivt væsentlig for en transaktion, der havde til formål at erhverve andele i en brasiliansk operatør.

Fortolkningen af klausulens ordlyd

- 197 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen kun har taget en del af klausulens ordlyd i betragtning, da den har fokuseret på overskriften »konkurrenceforbud« og ikke set på indskuddet »i det omfang«, hvilket strider mod retten til forsvar og den bevisbyrde, der påhviler denne institution. Den mest relevante del af klausulen skal findes i selve teksten, hvoraf det fremgår, at hensigten ikke var at begrænse konkurrencen, men at overholde loven. Klausulen ville ikke være blevet offentliggjort og have haft en så kort varighed, hvis der var tale om en markedsdelingsaftale, sådan som Kommissionen hævder. Aftalen indeholdt heller ingen mekanismer med henblik på at kontrollere begrænsningens overholdelse, og dens anvendelsesområde var ikke særlig klart. En »rigtig« markedsdelingsaftale er ikke kendt af offentligheden, kræver ikke vurdering af lovligheden, forhandles ikke med regeringen og indgås ikke for en begrænset periode, og frem for alt bliver en sådan aftale anvendt og gennemført.
- 198 De argumenter, som sagsøgeren har fremført om klausulens ordlyd, kan ikke lægges til grund, da det i modsætning til det af sagsøgeren anførte ikke fremgår klart af klausulen, at parternes hensigt ikke var at begrænse konkurrencen, men at overholde loven.
- 199 Det er værd at hæfte sig ved, at man ifølge sagsøgeren kunne forestille sig, at klausulen havde præciseret, at »[p]arterne [kunne] konkurrere frit på hele det iberiske marked (PT i Spanien og Telefónica i Portugal), medmindre der [forelå] en legitim begrundelse for den lovlige begrænsning af konkurrencen«. Efter sagsøgerens opfattelse ville Kommissionen have truffet en anden afgørelse, hvis klausulen havde været affattet på denne måde, hvilket ikke burde være tilfældet, når den faktiske og alternative affattelse ud fra et funktionelt synspunkt svarede til hinanden. Uden at der skal tages stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den alternative affattelse, der foreslås af sagsøgeren, faktisk svarer til klausulens affattelse, ses det klart af forslaget om en alternativ affattelse, der angiveligt er funktionelt tilsvarende, at klausulen ikke kan fortolkes alene efter sin ordlyd, men at der også skal tages hensyn til den sammenhæng, som den indgår i, og som i betragtning af det ovenfor anførte ikke understøtter den fortolkning, der foreslås af sagsøgeren.
- 200 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at klausulen, henset til samtlige omstændigheder, ikke havde noget konkurrencebegrænsende formål, fordi indskuddet »i det omfang, hvor loven tillader det« ændrede den til en klausul om egenvurdering af lovligheden af et konkurrenceforbud. De tre første anbringender må derfor forkastes.

2. Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF samt utilstrækkelig begrundelse for og urigtig bedømmelse af, om den pågældende praksis var egnet til at begrænse konkurrencen

- 201 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen foretog en åbenbart urigtig bedømmelse af, om klausulen var egnet til at begrænse konkurrencen mellem PT og sagsøgeren, og at Kommissionen ikke begrundede den anfægtede afgørelse tilstrækkeligt på dette punkt. Kommissionen undlod at undersøge dette spørgsmål, der blev rejst i svaret på klagepunktsmeddelelsen, og foretog ingen som helst analyse af de berørte markeders struktur, den økonomiske sammenhæng og parternes faktiske og konkrete muligheder for at trænge ind på deres respektive nabomarkeder i den korte periode, der var fastsat i klausulen. Hvis Kommissionen havde foretaget en sådan undersøgelse, ville den ifølge sagsøgeren have konstateret, at parterne ikke var potentielle konkurrenter. Når der ikke forelå nogen potentiel konkurrence, der kunne begrænses, kunne klausulen imidlertid ikke have et konkurrencebegrænsende formål. Sagsøgeren mener endelig ikke, at de omstændigheder, som Kommissionen fremførte i den

anfægtede afgørelse som begrundelse for den manglende detaljerede markedsanalyse og som reaktion på de argumenter, som parterne fremførte i deres svar på klagepunktsmeddelelsen, kan lægges til grund.

- 202 Sagsøgeren har i øvrigt foreholdt Kommissionen, at den i 364. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 46 ovenfor) anførte, at selv om klausulen ikke var egnet til at begrænse konkurrencen, var dette ikke til hinder for, at den kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.
- 203 Til det sidstnævnte argument skal det indledningsvis bemærkes, at det faktisk ikke kan gøres gældende, at selv om klausulen ikke var egnet til at begrænse konkurrencen, var dette ikke til hinder for, at den kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Domstolen har således udtalt, at aftalen kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, hvis den kan påvirke konkurrencen negativt, dvs. at den konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked (dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, Sml., EU:C:2013:160, præmis 38).
- 204 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren har set bort fra, at Kommissionen i 364. betragtning til den anfægtede afgørelse henviste til dom af 25. januar 2007, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, Sml., EU:C:2007:52, præmis 44 og 45), og at den anførte, at det var uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en overtrædelse, om det havde kommerciel interesse for kontrahenterne at indgå en aftale, hvis denne aftale havde til formål at begrænse konkurrencen. Kommissionen konkluderede derfor, at det ikke var relevant, om klausulen viste sig ikke at have virkninger, der var i Telefónicas eller PT's kommercielle interesse (jf. præmis 46 ovenfor).
- 205 Det fremgår således af denne betragtning, at Kommissionen ikke gjorde gældende, at det generelt var uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt en aftale kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, om denne aftale kunne have virkninger, men at Telefónicas argumentation, som bl.a. var gengivet i 359. betragtning, litra d), til den anfægtede afgørelse, om parternes manglende incitament til at trænge ind på hinandens markeder, ikke var relevant, eftersom det i forbindelse med en aftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen, var uden betydning, om det havde haft kommerciel interesse for parterne at indgå denne aftale.
- 206 Hvad i første række angår klagepunktet om den utilstrækkelige begrundelse fremgår det desuden af sagsøgerens argumenter, at selskabet i virkeligheden ikke har rejst tvivl om begrundelsen for den anfægtede afgørelse, men om den omstændighed, at Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse med urette undlod at foretage en analyse af de berørte markeders struktur og af parternes reelle konkurrencemuligheder på disse markeder. Sagsøgeren har således anfægtet argumenterne i 265.-278. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 207 Det fremgår under alle omstændigheder af disse betragtninger, at Kommissionen forklarede, hvorfor den ikke havde fundet det nødvendigt at foretage en detaljeret analyse af de berørte markeders struktur, og at den tog stilling til de argumenter om forekomsten af en potentiel konkurrence mellem parterne, som disse parter havde fremført i deres svar på klagepunktsmeddelelsen, og som den opsummerede i 268.-270. betragtning til den anfægtede afgørelse. For så vidt som sagsøgerens argumentation kan forstås således, at det gøres gældende, at den anfægtede afgørelse er utilstrækkeligt begrundet på dette punkt, kan den således ikke tiltrædes.
- 208 Hvad i anden række angår klagepunktet om den urigtige bedømmelse af, om klausulen var »egnet« til at begrænse konkurrencen mellem PT og Telefónica, som følge af Kommissionens holdning om, at den ikke behøvede at foretage en detaljeret analyse af de pågældende markeders struktur i det foreliggende tilfælde, skal der ifølge den anfægtede afgørelse peges på tre forhold, hvorpå Kommissionen baserede

sin konklusion om, at der ikke var behov for en detaljeret analyse af, om parterne var potentielle konkurrenter på de specifikke markeder, for at kunne afgøre, om aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål (278. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 209 Kommissionen fremhævede indledningsvis, at parterne ved at indgå en aftale om et konkurrenceforbud eller træffe bestemmelse om egenvurdering af et accessorisk konkurrenceforbuds lovlighed og anvendelsesområde – ifølge parternes fortolkning af klausulen – anerkendte, at de i hvert fald var potentielle konkurrenter i forhold til visse tjenester. Hvis der ikke var nogen potentiel konkurrence, ville det således ikke være nødvendigt at indgå nogen som helst aftale om et konkurrenceforbud eller at træffe bestemmelse om egenvurdering af et konkurrenceforbud (271. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 210 Kommissionen bemærkede dernæst, at klausulen havde et bredt anvendelsesområde, eftersom den fandt anvendelse på alle elektroniske kommunikationstjenester og på tv-tjenester (141., 265. og 278. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 211 Kommissionen oplyste endelig, at de nævnte tjenester var blevet liberaliseret i overensstemmelse med EU's rammebestemmelser, der tillod og tilskyndede til konkurrence mellem operatørerne (265. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at klausulen skulle vurderes med udgangspunkt i den liberaliserede kontekst, der gjorde det muligt og tilskyndede til at konkurrere (267. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 212 Der skal i øvrigt henvises til den retspraksis, der er nævnt i præmis 104 ovenfor, og hvorefter det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 213 Selv om der i forbindelse med fortolkningen af den sammenhæng, hvori en aftale indgår, skal tages hensyn til, hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, er Kommissionen imidlertid ikke altid forpligtet til at foretage en præcis afgrænsning af det eller de relevante markeder. Afgrænsningen af det relevante marked har således ikke samme betydning ved anvendelsen af artikel 101 TEUF som ved anvendelsen af artikel 102 TEUF. Ved anvendelsen af artikel 102 TEUF er det nødvendigt at foretage en fyldestgørende afgrænsning af det relevante marked for at kunne bedømme den adfærd, der hævdes at være konkurrencebegrænsende (dom af 10.3.1992, SIV m.fl. mod Kommissionen, T-68/89, T-77/89 og T-78/89, Sml., EU:T:1992:38, præmis 159, og af 11.12.2003, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, T-61/99, Sml., EU:T:2003:335, præmis 27), eftersom det for konstateringen af, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, er nødvendigt først at fastslå, om der overhovedet foreligger en dominerende stilling på et bestemt marked, hvilket igen forudsætter, at der er foretaget en afgrænsning af dette marked. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at det ved anvendelsen af artikel 101 TEUF er nødvendigt at foretage denne afgrænsning af det relevante marked for at kunne afgøre, om den pågældende aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked (dom af 21.2.1995, SPO m.fl. mod Kommissionen, T-29/92, Sml., EU:T:1995:34, præmis 74, og dom Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, EU:T:2003:335, præmis 27; jf. ligeledes dom af 12.9.2007, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, T-30/05, EU:T:2007:267, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).

- 214 I relation til artikel 101, stk. 1, TEUF er en forudgående afgrænsning af det relevante marked således ikke en nødvendig forudsætning, når den omtvistede aftale i sig selv har et konkurrencebegrænsende formål, dvs. når Kommissionen uden først at have afgrænset markedet behørigt har kunnet fastslå, at den pågældende aftale har fordrejet konkurrencen og mærkbart kunne påvirke handelen mellem medlemsstater. Der er navnlig tale om de mest alvorlige begrænsninger, som forbydes udtrykkeligt i artikel 101, stk. 1, litra a)-e), TEUF (generaladvokat Bots forslag til afgørelse Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P og C-137/07 P, Sml., EU:C:2009:192, punkt 168-175). Hvis selve formålet med en aftale er at begrænse konkurrencen ved hjælp af en »markedsopdeling«, er det således ikke nødvendigt at definere de relevante markeder præcist, da den aktuelle eller potentielle konkurrence nødvendigvis er blevet begrænset (dom Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, nævnt i præmis 191 ovenfor, EU:T:2004:218, præmis 132).
- 215 Da Kommissionen i det foreliggende tilfælde konstaterede, at den klausul, der gav anledning til en sanktion i den anfægtede afgørelse, havde til formål at opdele markerne, kan sagsøgeren derfor ikke gøre gældende, at der var behov for en detaljeret analyse af de relevante markeder for at afgøre, om klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål.
- 216 Virksomheder, der indgår en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, kan således principielt ikke undgå, at artikel 101, stk. 1, TEUF finder anvendelse, under anbringende af, at aftalen ikke kan antages at påvirke konkurrencen mærkbart (dom Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, nævnt i præmis 191 ovenfor, EU:T:2004:218, præmis 130). Da den aftale, der er påtalt i det foreliggende tilfælde, og som består i en konkurrenceklausul, ifølge parterne fandt anvendelse på »[ethvert] projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester, men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked«, ville den kun have mening, hvis dens formål var at begrænse konkurrencen (dom Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, nævnt i præmis 191 ovenfor, EU:T:2004:218, præmis 131, og dom af 21.5.2014, Toshiba mod Kommissionen, T-519/09, EU:T:2014:263, præmis 231).
- 217 Retten kan i denne forbindelse ikke tiltræde sagsøgerens argumentation om, at klausulen indikerede, at der fandtes en potentiel konkurrence, hvis det ansås for godtgjort, at parternes egentlige hensigt var at begrænse konkurrencen ulovligt, men at dette ikke var tilfældet i det konkrete tilfælde, eftersom klausulen imødekom forhandlingsmæssige strategiske krav og ikke havde haft et begrænsende formål.
- 218 Rent bortset fra, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at klausulen imødekom sådanne strategiske krav (jf. præmis 121-175 ovenfor), selv om det var selve grundlaget for dennes argumentation, må det også konstateres, som også Kommissionen gjorde, at sagsøgerens argumentation i et vist omfang er usammenhængende. Selv om klausulen kun indebar en forpligtelse til at vurdere, om konkurrenceforbuddet var i overensstemmelse med loven, og selv om en af de aktører, der var involveret i Vivo-transaktionen, anså det for nødvendigt at indføre en sådan forpligtelse i aftalen, var dette således et klart tegn på, at der forelå en potentiel konkurrence mellem parterne.
- 219 Sagsøgeren kan i øvrigt heller ikke gøre gældende med støtte i dom af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, Sml., EU:T:2012:332), at den omstændighed, at der findes en aftale om et konkurrenceforbud, ikke i almindelighed kan bevise, at der foreligger en potentiel konkurrence mellem parterne.
- 220 I denne doms præmis 115 bemærkede Retten således blot, at den omstændighed, at der fandtes en aftale om et konkurrenceforbud i den periode, hvor der var fastsat hindringer for nye konkurrenters adgang til et marked, ikke kan være tilstrækkelig til at godtgøre, at der forelå en potentiel konkurrence på det relevante marked.

- 221 Det følger til gengæld af den nævnte retspraksis, at Kommissionen på et liberaliseret marked som det, der er omhandlet i den foreliggende sag, ikke behøver at analysere det relevante markeds struktur og spørgsmålet om, hvorvidt de enkelte parter indtræden på dette marked er baseret på en holdbar økonomisk strategi (jf. i denne retning dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 89-93), men har pligt til at undersøge, om der foreligger uoverstigelige hindringer for markedsadgangen, som udelukker enhver potentiel konkurrence (jf. i denne retning dom Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 216 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 230).
- 222 I det foreliggende tilfælde konstaterede Kommissionen imidlertid, at markedet for tele- og tv-tjenester i Spanien og Portugal var fuldt liberaliseret (jf. præmis 211 ovenfor), men at parterne også selv havde erkendt, at de var aktive på markederne for levering af globale teletjenester og markederne for internationale engrosbærertjenester på hele det iberiske marked (173., 174. og 272. betragtning til den anfægtede afgørelse), at de ikke havde godtgjort, at klausulens planlagte varighed ville være utilstrækkelig til at erhverve en eksisterende teleoperatør og dermed blive ejer af en række netværk uden at skulle etablere dem først (273. betragtning til den anfægtede afgørelse), at den nuværende situation på de spanske og portugisiske markeder ikke kunne påberåbes for at udelukke muligheden for investering i branchen, for så vidt som investeringerne på disse markeder var stigende eller i hvert fald stabile på trods af krisen (274. betragtning til den anfægtede afgørelse), og endelig at Telefónica selv havde erkendt, at det var muligt at fremsætte et offentligt tilbud om overtagelse af et selskab som PT i forbindelse med forhandlingerne om Vivo-transaktionen, hvilket betød, at det også var muligt at opkøbe en konkurrent til PT (37. og 275.-277. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 223 Sagsøgeren har ikke fremført omstændigheder i stævningen, som indikerer, at en detaljeret analyse af de relevante markeder var påkrævet for at afgøre, om klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål, eller for at påvise, at der ikke forelå en uoverstigelig hindring for, at parterne kunne få adgang til deres respektive nabomarkeder.
- 224 Det skal således bemærkes, at sagsøgeren ud over at fremføre de argumenter, der gennemgås i præmis 201-221 ovenfor, blot har anfægtet Kommissionens argumentation, der opsummeres i præmis 222 ovenfor, i sine skriftlige indlæg, hvilket imidlertid ikke ses at rejse tvivl om Kommissionens vurdering om, at den i det foreliggende tilfælde ikke behøvede at foretage en detaljeret analyse af den potentielle konkurrence mellem parterne på de markeder, der var omfattet af klausulen.
- 225 Sagsøgerens yderligere argumenter i form af omstændigheder, som skulle vise, at det ikke var foreneligt med parternes strategiske målsætninger eller ikke var økonomisk fordelagtigt eller attraktivt at få adgang til de relevante markeder, kan heller ikke tiltrædes.
- 226 Uden at det er nødvendigt at gå nærmere ind på denne argumentation eller at tage stilling til metodikken i en af de økonomiske rapporter, som sagsøgeren har fremlagt, og som Kommissionen har anfægtet, er det tilstrækkeligt at bemærke, at hvis en virksomheds planer om at indtræde på et marked eventuelt har betydning for vurderingen af, om den kan betragtes som en potentiel konkurrent på dette marked, er det væsentlige element, som en sådan betegnelse skal baseres på, imidlertid dens evne til at indtræde på dette marked (jf. dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).
- 227 Det følger heraf, at det ikke kan gøres gældende, at Kommissionen til trods for, at den omstændighed, at klausulen fandtes, var et klart tegn på, at der forelå en potentiel konkurrence mellem parterne, at dens formål var at indgå en markedsdelingsaftale, at den havde et bredt anvendelsesområde, og at den indgik i en liberaliseret økonomisk kontekst, burde have foretaget en detaljeret analyse af de pågældende markeds struktur og af den potentielle konkurrence mellem parterne på disse markeder for at kunne konkludere, at klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål. Det fjerde anbringende må derfor forkastes.

3. Det femte anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, for så vidt som klausulen ikke har konkurrencebegrænsende virkning, samt tilsidesættelse af reglerne om bevisbyrden og af princippet in dubio pro reo

- 228 Sagsøgeren har gjort gældende, at klausulen ikke havde noget konkurrencebegrænsende formål, og at det derfor tilkom Kommissionen at bevise, at den påståede konkurrencebegrænsende adfærd havde fundet sted, at denne adfærd havde haft faktiske eller potentielle virkninger på markedet, og at disse virkninger havde været væsentlige. Da Kommissionen ikke godtgjorde, at klausulen havde konkurrencebegrænsende virkninger, blev artikel 101 TEUF anvendt forkert, og principperne om uskyldsformodning og bevisbyrde blev tilsidesat.
- 229 Denne argumentation kan ikke tiltrædes, eftersom den bygger på en fejlagtig antagelse om, at den pågældende adfærd ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Det fremgår af selve ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF, at aftaler mellem virksomheder uanset deres virkninger er forbudt, når de har et konkurrencestridigt formål. Det er derfor ikke nødvendigt at påvise faktiske konkurrenceskadelige virkninger, når den påtalte adfærds konkurrenceskadelige formål er bevist (jf. dom af 3.3.2011, Siemens og VA Tech Transmission & Distribution mod Kommissionen, T-122/07 – T-124/07, Sml., EU:T:2011:70, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).
- 230 Med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er det således ikke nødvendigt at tage hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Dette er navnlig tilfældet i forbindelse med aftaler om åbenlyse konkurrencebegrænsninger som f.eks. prisaftaler og opdeling af markedet (dom af 8.12.2011, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, C-389/10 P, Sml., EU:C:2011:816, præmis 75).
- 231 Det femte anbringende om Kommissionens manglende undersøgelse af klausulens virkninger må som følge heraf forkastes.

B – Påstandene om bødens størrelse

- 232 Sagsøgeren har med sit sjette, syvende og ottende anbringende, der er fremført subsidiært, gjort gældende, at der blev begået en række fejl i forbindelse med bødens beregning.

1. Indledende bemærkninger

a) Principperne for beregning af bøder

- 233 Det fremgår af fast retspraksis, at Kommissionen har vide skønsbeføjelser hvad angår metoden til beregning af bøder. Denne metode, der er fastsat i retningslinjerne, indebærer forskellige elementer af fleksibilitet, som gør det muligt for Kommissionen at udøve sine skønsbeføjelser i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 (jf. i denne retning og analogt dom af 3.9.2009, Papierfabrik August Köhler m.fl. mod Kommissionen, C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P, Sml., EU:C:2009:500, præmis 112 og den deri nævnte retspraksis).
- 234 Grovheden af overtrædelser af EU's konkurrenceregler skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (dom af 19.3.2009, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, C-510/06 P, Sml., EU:C:2009:166, præmis 72, og af 3.9.2009, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, C-534/07 P, Sml., EU:C:2009:505, præmis 54).

- 235 Som anført i præmis 52 ovenfor fastsatte Kommissionen i det foreliggende tilfælde bødernes størrelse ved hjælp af den metode, der er fastsat i retningslinjerne.
- 236 Selv om disse retningslinjer ikke kan anses for retsregler, som vedkommende myndighed under alle omstændigheder er forpligtet til at overholde, fastsætter de dog vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som myndigheden ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling (jf. analogt dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Sml., EU:C:2005:408, præmis 209 og den deri nævnte retspraksis, og af 8.10.2008, Carbone-Lorraine mod Kommissionen, T-73/04, Sml., EU:T:2008:416, præmis 70).
- 237 Kommissionen har med vedtagelsen af sådanne vejledende regler og med offentliggørelsen heraf, hvorved det tilkendegives, at den fremover vil anvende dem på de af reglerne omhandlede tilfælde, pålagt sig selv en begrænsning i udøvelsen af sit skøn og kan ikke fravige disse regler uden i givet fald at blive mødt med en sanktion for en tilsidesættelse af almindelige retsgrundsætninger såsom ligebehandlingsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (jf. analogt domme Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 236 ovenfor, EU:C:2005:408, præmis 211 og den deri nævnte retspraksis, og Carbone-Lorraine mod Kommissionen, nævnt i præmis 236 ovenfor, EU:T:2008:416, præmis 71).
- 238 Desuden fastlægger disse retningslinjer generelt og abstrakt den metode, som Kommissionen har pålagt sig selv at anvende med henblik på fastsættelsen af bødernes størrelse, og garanterer dermed retssikkerheden for virksomhederne (jf. analogt dom Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 236 ovenfor, EU:C:2005:408, præmis 211 og 213).
- 239 Retningslinjernes punkt 4 og 5 bestemmer følgende:
- »4. Kommissionens beføjelser til at pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt overtræder traktatens artikel [101 TEUF] eller [102 TEUF], er et af de midler, den har til at udføre den tilsynsopgave, der påhviler den i henhold til traktaten. Denne opgave indebærer ikke blot, at Kommissionen skal undersøge og sanktionere overtrædelser i konkrete tilfælde, men også, at den har pligt til at føre en generel politik, som skal sikre, at de principper, der er fastsat i traktaten, anvendes på konkurrenceområdet, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning. I denne forbindelse skal Kommissionen påse, at dens tiltag har de nødvendige afskrækkende virkninger. Når Kommissionen fastslår, at [...] artikel [101 TEUF] eller [102 TEUF] er overtrådt, kan det derfor være nødvendigt at pålægge dem, der har overtrådt disse regler, en bøde. Der bør fastsættes så høje bøder, at de er tilstrækkelig afskrækkende, ikke blot som sanktioner over for de pågældende virksomheder (specifik afskrækkende virkning), men også som middel til at få andre virksomheder til at afholde sig fra at udøve eller fortsat udøve en adfærd, der er i strid med [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (generel afskrækkende virkning).
5. For at nå disse mål vil Kommissionen fastsætte bøderne på grundlag af værdien af de afsatte varer eller tjenester, som overtrædelserne omfatter. Overtrædelsens varighed bør også spille en vigtig rolle ved fastsættelsen af bødens størrelse. Overtrædelsens varighed har nødvendigvis indflydelse på overtrædelsens potentielle virkninger på markedet. Det er derfor vigtigt, at bøden også afspejler, i hvor lang en årrække virksomheden har deltaget i overtrædelserne.«
- 240 Retningslinjerne fastsætter en beregningsmetode, der omfatter to trin (retningslinjernes punkt 9). På det første trin fastsætter Kommissionen et grundbeløb for hver berørt virksomhed eller virksomhedssammenslutning. Der gælder i denne henseende følgende bestemmelser:

»12. Bødens grundbeløb fastsættes på basis af afsætningens værdi efter følgende metode.

[...]

13. Med henblik på at fastsætte bødens grundbeløb anvender Kommissionen værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i det relevante geografiske område inden for EØS. Kommissionen anvender normalt virksomhedens afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor den har deltaget i overtrædelsen [...].

[...]

19. Bødens grundbeløb fastsættes på basis af en bestemt del af afsætningens værdi, som afhænger af overtrædelsens grovhed og multipliceres med det antal år, overtrædelsen har varet.

20. Overtrædelsens grovhed vurderes fra sag til sag for alle typer overtrædelser, idet der tages hensyn til alle relevante forhold i den enkelte sag.

21. Normalt vil den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning, blive fastsat til et niveau, der kan udgøre op til 30%.

22. For at afgøre, om den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning i en given sag, skal ligge i den nedre eller øvre del af denne skala, vil Kommissionen tage hensyn til en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej.

23. Horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen, som normalt er hemmelige, betragtes på grund af deres art som de mest alvorlige konkurrencebegrænsninger, og i henhold til konkurrencepolitikken skal de straffes strengt. Den del af afsætningen, der tages i betragtning i forbindelse med sådanne overtrædelser, befinder sig derfor normalt på den øvre del af skalaen.

24. For at tage fuldt hensyn til, hvor længe de enkelte virksomheder har deltaget i overtrædelsen, multipliceres det beløb, der fastsættes på grundlag af afsætningens værdi (jf. punkt 20-23 ovenfor), med det antal år, virksomheden har deltaget i overtrædelsen. Perioder på under seks måneder medregnes som et halvt år, og perioder på over seks måneder, men under et år, medregnes som et helt år.

25. Uafhængigt af, hvor længe en virksomhed har deltaget i overtrædelsen, vil Kommissionen også lade bødens grundbeløb omfatte et beløb på mellem 15 og 25% af afsætningens værdi, som defineret i afsnit A ovenfor, for at afskrække virksomhederne fra bare det at indtræde i horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen. Kommissionen kan også opkræve et sådant ekstrabeløb i tilfælde af andre overtrædelser. For at fastslå, hvor stor en del af afsætningens værdi der skal tages i betragtning i et givet tilfælde, vil Kommissionen tage udgangspunkt i en række forskellige faktorer, især de i punkt 22 nævnte.

[...]«

²⁴¹ På det andet trin i beregningen kan Kommissionen ifølge retningslinjerne regulere grundbeløbet i op- eller nedadgående retning på grundlag af en samlet vurdering, hvor alle relevante omstændigheder tages i betragtning (retningslinjernes punkt 11 og 27).

242 Hvad angår disse omstændigheder bestemmes der følgende i retningslinjernes punkt 29:

»Bødens grundbeløb kan nedsættes, hvis Kommissionen fastslår, at der foreligger formildende omstændigheder, f.eks.:

- hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at den bragte overtrædelsen til ophør, så snart da Kommissionen greb ind; dette gælder ikke for hemmelige aftaler eller hemmelig praksis (især karteller)
- hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at overtrædelsen skyldes uagtsomhed
- hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at dens deltagelse i overtrædelsen er stærkt begrænset, og at den i den periode, hvor den har været deltager i de ulovlige aftaler, i praksis har undladt at anvende dem ved at udøve en konkurrencemæssig adfærd på markedet; selve den omstændighed, at en virksomhed har deltaget i overtrædelsen i en kortere periode end de øvrige virksomheder, betragtes ikke som en formildende omstændighed, fordi dette allerede er taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb
- hvis den pågældende virksomhed samarbejder effektivt med Kommissionen uden for anvendelsesområdet for meddelelsen om samarbejde i kartelsager og ud over dens retlige pligt til at samarbejde
- hvis de offentlige myndigheder eller lovgivningen har tilladt eller fremmet en konkurrencebegrænsende adfærd.«

243 Som Domstolen påpegede i domme KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 230 ovenfor (EU:C:2011:816, præmis 129), og KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 87 ovenfor (EU:C:2011:810, præmis 102), tilkommer det endelig Unionens retsinstanser at foretage den legalitetskontrol, som de er pålagt, på grundlag af oplysninger indgivet af sagsøgeren til støtte for dennes anbringender. I forbindelse med denne kontrol kan retsinstansen ikke støtte sig på den skønsmargen, som Kommissionen har, hverken for så vidt angår valget af de elementer, der tages i betragtning ved anvendelsen af de i retningslinjerne nævnte kriterier, eller hvad angår vurderingen af disse elementer for at afstå fra at udøve en tilbundsgående kontrol af både retlige og faktiske omstændigheder.

244 Legalitetskontrollen komplementeres af den fulde prøvelsesret, der er tillagt Unionens retsinstanser ved artikel 17 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [...] artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), og nu ved artikel 31 i forordning nr. 1/2003, i henhold til artikel 261 TEUF. Denne kompetence giver dommeren beføjelse til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens og derfor ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde eller tvangsbøde (dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 87 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 103).

b) Den anfægtede afgørelse

245 Kommissionen fandt, at overtrædelsen, henset til de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i den anfægtede afgørelse, var blevet begået forsætligt og bestod i en klart ulovlig aftale om konkurrenceforbud og deling af de spanske og portugisiske markeder for elektronisk kommunikation mellem parterne. I forbindelse med sådanne åbenbare overtrædelser kan parterne ifølge Kommissionen ikke påberåbe sig, at de ikke havde handlet med forsæt (477. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 246 Med hensyn til værdien af den afsætning, som bødens grundbeløb blev fastsat ud fra, fastslog Kommissionen, at konkurrenceklausulen fandt anvendelse på alle elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester, der blev leveret i Spanien eller i Portugal, undtagen globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, hvor parterne konkurrerede med hinanden på Den Iberiske Halvø på datoen for aftalens indgåelse, hvilke tjenester derfor blev undtaget fra klausulen. Da klausulen ikke fandt anvendelse på investeringer eller aktiviteter, som bestod eller udøvedes dags dato, og som kunne anses for at konkurrere med den anden parts aktiviteter og investeringer på det iberiske marked, tog Kommissionen desuden kun hensyn til værdien af de enkelte parters egen afsætning i hjemlandet. Den tog således ikke hensyn til værdien af de enkelte parters afsætning i den anden parts hjemland, eftersom disse beløb i princippet svarede til eksisterende aktiviteter, der ikke var omfattet af klausulen. Dette betyder for Telefónicas vedkommende, at Kommissionen fastsatte afsætningens værdi på basis af værdien af dette selskabs afsætning i Spanien, og for PT's vedkommende, at denne værdi blev fastlagt på basis af dette selskabs afsætning i Portugal (482. og 483. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 247 Kommissionen oplyste dernæst, at den generelt tog hensyn til virksomhedernes afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor de havde deltaget i overtrædelsen. Da overtrædelsen i dette tilfælde varede i mindre end et år og fandt sted mellem 2010 og 2011, tog Kommissionen udgangspunkt i virksomhedernes omsætning i 2011, som var lavere end den omsætning, som parterne opnåede i 2010 (484. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 248 Med hensyn til overtrædelsens grovhed, som afgør, hvilken procentdel af afsætningens værdi der skal tages i betragtning ved bødens fastsættelse, gjorde Kommissionen gældende, at overtrædelsen i det foreliggende tilfælde bestod i en aftale om konkurrenceforbud og deling af de spanske og portugisiske markeder for elektronisk kommunikation og tv mellem parterne, og at Telefónica og PT var de traditionelle operatører i deres respektive lande (489. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 249 Kommissionen oplyste, at den tog hensyn til, at parterne lige fra det tidspunkt, hvor klausulen blev indført første gang, dvs. i tilbuddet af 1. juni 2010, ikke havde hemmeligholdt den. Som det forklares i 128.-130. betragtning til den anfægtede afgørelse, uploadede parterne faktisk det andet tilbud, der indeholdt den første udgave af klausulen, til deres respektive websteder og underrettede ligeledes de spanske og portugisiske børsmyndigheder, som offentliggjorde tilbuddet på deres egne websteder. Den 9. juni 2010 uddelte PT i øvrigt en brochure, hvori transaktionen og klausulen var beskrevet, til sine aktionærer. Aftalen, som indeholdt den endelige udgave af klausulen, indgik desuden i det materiale, som Telefónica og PT fremsendte til Anatel og CADE. I en artikel, der blev bragt i *Jornal de Negócios* den 23. august 2010, bekræftede Telefónica endelig, at aftalen indeholdt en konkurrenceklausul (491. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 250 Med hensyn til overtrædelsens varighed tog Kommissionen hensyn til, at overtrædelsen havde varet fra den 27. september 2010, som var datoen for notarens konstatering og dermed transaktionens endelige gennemførelse, til den 4. februar 2011, som var datoen for parternes aftale om at bringe klausulen til ophør (492. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 251 I betragtning af disse forhold, virksomhedernes størrelse og den restriktive aftales korte varighed fandt Kommissionen det i lyset af de særlige omstændigheder i sagen rimeligt og tilstrækkeligt til at sikre en afskrækkende virkning, at bøderne grundbeløb blev beregnet på basis af en lav procentdel af afsætningen. Kommissionen fastslog derfor, at den procentdel af afsætningens værdi, der skulle tages i betragtning, udgjorde 2% for de to berørte virksomheder (493. betragtning til den anfægtede afgørelse). Den procentdel af afsætningens værdi, der var fastsat for hver virksomhed, blev multipliceret med en koefficient på 0,33 for varigheden svarende til fire måneder ud af et helt år.

- 252 Kommissionen lagde de således beregnede beløb til grund som de endelige grundbeløb og undlod således at tilføje et fast beløb med henblik på afskrækkelse (ekstrabeløb) som omhandlet i retningslinjernes punkt 25 (jf. præmis 240 ovenfor) i det foreliggende tilfælde, hvilket den i øvrigt bekræftede under retsmødet.
- 253 Med hensyn til reguleringen af grundbeløbet fandt Kommissionen, at der ikke forelå nogen skærpene omstændigheder, som skulle tages i betragtning i foreliggende tilfælde (496. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 254 Kommissionen mindede endvidere om, at parterne havde besluttet at ophæve klausulen den 4. februar 2011 og således havde bragt den pågældende konkurrencebegrænsende praksis til ophør. Da klausulen blev bragt til ophør kun 16 dage efter, at Kommissionen havde indledt proceduren, og 30 dage efter, at Kommissionen havde sendt den første begæring om oplysninger til parterne, og klausulen ikke blev hemmeligholdt, måtte det efter Kommissionens opfattelse fastslås, at den nævnte ophævelse udgjorde en formildende omstændighed, som skulle komme begge parter til gode (500. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 255 I lyset af disse omstændigheder fastslog Kommissionen, at grundbeløbet for den bøde, der skulle pålægges parterne, skulle nedsættes med 20% (501. betragtning til den anfægtede afgørelse), og forkastede alle de argumenter, som parterne havde fremført for at påberåbe sig andre formildende omstændigheder (502.-507. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 256 De endelige bødebæbeløb udgør som følge heraf 66 894 400 EUR for Telefónica og 12 290 400 EUR for PT.

2. Det sjette anbringende om en åbenbar fejl ved beregningen af den oprindelige værdi af Telefónicas afsætning med henblik på fastlæggelse af bødens grundbeløb samt tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og begrundelsespligten

- 257 Sagsøgeren har gjort gældende, at værdien af den afsætning i Telefónica, der blev taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb, skal nedsættes og bringes på niveau med det lavere beløb, der blev fastsat for PT, og at Kommissionen i Telefónicas afsætning fejlagtigt medregnede tjenester, som ikke var underlagt konkurrence eller faldt uden for klausulens anvendelsesområde, dvs. afsætning, der fandt sted i Spanien, men uden for Den Iberiske Halvø, afsætning af tjenester leveret som led i monopolordningen, afsætning af andre engrostitjenester, som PT ikke havde adgang til, og endelig Telefónicas afsætning af tjenester leveret gennem Zon samt afsætning vedrørende aktiviteter, hvor parterne var faktiske konkurrenter.
- a) Det første led om, at værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning for Telefónica, skulle svare til værdien af PT's afsætning
- 258 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for, at den i 483. betragtning til den anfægtede afgørelse tog værdien af de enkelte parters afsætning i oprindelsesmedlemsstaten i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb. Ifølge proportionalitetsprincippet ville det i stedet have været på sin plads at lade værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning for Telefónicas vedkommende, svare til det lavere beløb, der blev fastsat for PT, for ikke at straffe Telefónica uretmæssigt for den tilsvarende overtrædelse, blot fordi det spanske marked var meget større end det portugisiske.
- 259 Som det også var tilfældet i den sag, der gav anledning til dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor (EU:T:2012:332), foreligger der desuden særlige omstændigheder, som begrundet en sådan nedsættelse, i dette tilfælde, nemlig for det første, at de to virksomheder ikke spillede den samme rolle i forbindelse med klausulens indsættelse i aftalen, idet det kun var PT, der havde en reel interesse heri, hvorimod Telefónica blev tvunget til at acceptere

klausulen af den portugisiske regering, og for det andet ville det i øvrigt ikke have haft nogen indvirkning på den faktiske konkurrence på de spanske telemarkeder, hvis klausulen rent faktisk var blevet anvendt.

- 260 Det bemærkes, at Kommissionen ifølge fast retspraksis vedrørende fastsættelse af bøder som den her omhandlede er forpligtet til at overholde de generelle retsprincipper, navnlig ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, således som de er udviklet i Unionens retsinstansers praksis (dom af 5.4.2006, Degussa mod Kommissionen, T-279/02, Sml., EU:T:2006:103, præmis 77 og 79, og af 8.10.2008, Schunk og Schunk Kohlenstoff-Technik mod Kommissionen, T-69/04, Sml., EU:T:2008:415, præmis 41). Proportionalitetsprincippet indebærer bl.a., at institutionernes retsakter ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det tilsigtede formål (dom af 27.9.2006, Jungbunzlauer mod Kommissionen, T-43/02, Sml., EU:T:2006:270, præmis 226, og dom Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, nævnt i præmis 213 ovenfor, EU:T:2007:267, præmis 223).
- 261 Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at den del af omsætningen, der hidrører fra de varer, som er genstand for overtrædelsen, kan indikere omfanget af en overtrædelse på det omhandlede marked (dom af 7.6.1983, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, 100/80-103/80, Sml., EU:C:1983:158, præmis 121). Omsætningen af de produkter, som har været genstand for en restriktiv praksis, udgør således et objektivt kriterium, der giver et rimeligt indtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence (dom af 11.3.1999, British Steel mod Kommissionen, T-151/94, Sml., EU:T:1999:52, præmis 643, og af 8.7.2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium mod Kommissionen, T-50/03, EU:T:2008:252, præmis 84). Kommissionen kan derfor med rette vælge at tage udgangspunkt i denne omsætning ved beregningen af grundbeløbet for den bøde, der skal pålægges for en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvilket er foreneligt med retningslinjerne (jf. i denne retning dom af 16.6.2011, Putters International mod Kommissionen, T-211/08, Sml., EU:T:2011:289, præmis 61).
- 262 Retten har desuden tidligere fastslået, at der skal tages udgangspunkt i omsætningen i de virksomheder, som har medvirket i samme overtrædelse, med henblik på at fastlægge forholdet mellem de bøder, der skal pålægges (dom af 12.7.2011, Toshiba mod Kommissionen, T-113/07, Sml., EU:T:2011:343, præmis 283).
- 263 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen med rette fremhævet, at sagsøgerens krav om, at grundbeløbet for bøden til Telefónica skal beregnes på basis af PT's omsætning, strider mod både proportionalitetsprincippet og princippet om, at bøden skal fastsættes på et niveau, hvor den får en tilstrækkelig afskrækkende virkning.
- 264 Hvad angår henvisningen til den sag, der gav anledning til dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor (EU:T:2012:332), følger det af fast retspraksis, at Kommissionens beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, eftersom Kommissionen råder over et vidt skøn med hensyn til fastsættelsen af bødernes størrelse, og dette skøn ikke har forbindelse til de skøn, som Kommissionen tidligere har foretaget, således at Telefónicas påberåbelse af den beslutning, der gav anledning til dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor (EU:T:2012:332), ikke har nogen betydning i sig selv, for så vidt som Kommissionen ikke var forpligtet til at bedømme den foreliggende sag på samme måde (jf. i denne retning dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen, nævnt i præmis 234 ovenfor, EU:C:2009:166, præmis 82).
- 265 Som Kommissionen også har anført, blev der i øvrigt anvendt samme værdi for de to berørte virksomheders afsætning i den sag, der gav anledning til dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor (EU:T:2012:332), på grund af omstændigheder, som ikke gør sig gældende i det foreliggende tilfælde. I denne sag var der således tale om to parter, som havde indgået en markedsdelingsaftale, og hvis markedsandele var lige store. Da en stor del af det franske gasmarked ikke var åbent for konkurrence, ville det imidlertid have medført en stor forskel i de to

virksomheders afsætning, hvis kriteriet i retningslinjerne var blevet anvendt. Markedsdelingsaftalen gjorde det imidlertid muligt for GDF at beskytte hele det franske marked. Det blev desuden pointeret, at det ikke var rimeligt, at GDF drog fordel af den langsommere liberalisering af det franske marked. Disse omstændigheder gør sig ikke gældende i det foreliggende tilfælde, idet de relevante markeder er fuldt liberaliserede.

- 266 Endelig må sagsøgerens øvrige argumenter om, at man i det foreliggende tilfælde burde have taget hensyn til værdien af PT's afsætning ved beregningen af bøden til Telefónica, må også forkastes.
- 267 Hvad for det første angår det anførte om, at de to virksomheder angiveligt ikke spillede den samme rolle i forbindelse med klausulens indsættelse i aftalen, da det kun var PT, der havde en reel interesse heri, hvorimod Telefónica blev tvunget til at acceptere klausulen, kan dette ikke tages i betragtning ved beregningen af bødens grundbeløb, men kun – i givet fald – som en formildende omstændighed (jf. herved præmis 330 ff. nedenfor).
- 268 Hvad for det andet angår det anførte om, at klausulen angiveligt ikke ville have haft nogen indvirkning på den faktiske konkurrence på de spanske telemarkeder, hvis den rent faktisk var blevet anvendt, henvises til undersøgelsen af det fjerde anbringende (jf. præmis 201-227 ovenfor), hvor det blev fastslået, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at de to virksomheder ikke skulle betragtes som potentielle konkurrenter i den periode, der var omhandlet af klausulen. Sagsøgeren kan som følge heraf ikke gøre gældende, at det ikke ville have haft nogen virkning, hvis klausulen rent faktisk var blevet anvendt.
- 269 Det bør desuden påpeges, at et af de aftaleeksempler, der er nævnt i artikel 101, stk. 1, litra c), TEUF, og som udtrykkeligt erklæres for uforenelig med det indre marked, netop er en aftale, der består i »opdeling af markeder«. Den praksis, klausulen drejede sig om, er udtrykkeligt forbudt i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den omfatter indbyggede begrænsninger af konkurrencen i det indre marked (jf. analogt dom af 14.3.2013, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen, T-587/08, Sml., EU:T:2013:129, præmis 768).
- 270 Artikel 101 TEUF har i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Konstateringen af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er derfor ikke betinget af, at der foreligger en direkte forbindelse mellem denne og detailpriserne (jf. analogt dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, Sml., EU:C:2009:343, præmis 38 og 39, og dom Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen, nævnt i præmis 269 ovenfor, EU:T:2013:129, præmis 769).
- 271 Det fremgår af det system for sanktioner for overtrædelse af konkurrencereglerne, der er indført ved forordning nr. 17 og nr. 1/2003 og fortolket i retspraksis, at aftaler som karteller på grund af selve deres karakter fortjener de strengeste bøder. Virkningen af en konkurrencebegrænsende praksis er ikke som sådan et kriterium, der er afgørende for bestemmelsen af bødernes niveau (dom af 12.11.2009, Carbone-Lorraine mod Kommissionen, sag C-554/08 P, Sml., EU:C:2009:702, præmis 44, og dom Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen, nævnt i præmis 269 ovenfor, EU:T:2013:129, præmis 770).
- 272 Det skal desuden påpeges, at i modsætning til retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, [EKSF] (EFT 1998, C 9, s. 3) omtaler retningslinjerne ikke behovet for med henblik på at vurdere grovheden at tage hensyn til »de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere [...] alvorlig skade« eller »overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet – når den kan måles« (dom af 16.6.2011, Gosselin Group mod Kommissionen, T-208/08 og T-209/08, Sml., EU:T:2011:287, præmis 128, og dom Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen, nævnt i præmis 269 ovenfor, EU:T:2013:129, præmis 772). Kommissionen var som følge heraf ikke forpligtet

til tage hensyn til overtrædelsens eventuelle virkning ved fastlæggelsen af den del af afsætningens værdi, der var baseret på overtrædelsens grovhed, i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 19-24. Det fremgår imidlertid ikke af sagsøgerens argumentation, at selskabet anfægter lovligheden af disse retningslinjer.

273 Det følger heraf, at det sjette anbringendes første led om, at værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning for Telefónica, skulle svare til værdien af PT's afsætning, må forkastes.

b) Det andet led om, at der ikke skulle tages hensyn til værdien af visse former for afsætning i forbindelse med bødens beregning

274 Sagsøgeren har gjort gældende, at der ikke skulle tages hensyn til visse former for afsætning i forbindelse med bødens beregning, nærmere bestemt tjenester, som ikke var underlagt konkurrence eller faldt uden for klausulens anvendelsesområde, dvs. afsætning, der fandt sted i Spanien, men uden for Den Iberiske Halvø, afsætning af tjenester leveret som led i monopolordningen, afsætning af andre engrostitjenester, som PT ikke havde adgang til, og endelig Telefónicas afsætning af tjenester leveret gennem Zon samt afsætning vedrørende aktiviteter, hvor parterne var faktiske konkurrenter. Det fremgår ikke af den anfægtede afgørelse, hvorfor de forklaringer, som sagsøgeren afgav om dette spørgsmål under den administrative procedure, ikke blev lagt til grund, hvilket sagsøgeren betragter som en alvorlig krænkelse af dennes ret til forsvar.

Begrundelsen

275 Det bemærkes, at begrundelsen skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (jf. dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen, C-521/09 P, Sml., EU:C:2011:620, præmis 147 og den deri nævnte retspraksis). Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, C-367/95 P, Sml., EU:C:1998:154, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

276 Med hensyn til rækkevidden af begrundelsespligten for så vidt angår beregningen af en bøde, som pålægges for overtrædelse af EU's konkurrenceregler, skal det nævnes, at artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 bestemmer, at der »[v]ed fastlæggelsen af bødens størrelse skal [...] tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og varighed«. I denne forbindelse bemærkes, at retningslinjerne og meddelelsen om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EUT 2006, C 298, s. 17) indeholder bestemmelser, der angiver de hensyn, Kommissionen tager i betragtning ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed og varighed (jf. i denne retning dom Cheil Jedang mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, EU:T:2003:193, præmis 217 og den deri nævnte retspraksis).

277 Under disse omstændigheder bemærkes, at kravene i henhold til den væsentlige formforskrift, som begrundelsespligten udgør, er opfyldt, såfremt Kommissionen i sin afgørelse giver oplysninger om de hensyn, den har taget i betragtning i henhold til retningslinjerne og, i givet fald, i henhold til meddelelsen om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, og som har givet den grundlag for at bedømme overtrædelsens grovhed og varighed med henblik på beregningen af bødebeløbet (jf. i denne retning dom Cheil Jedang mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, EU:T:2003:193, præmis 218).

278 I det foreliggende tilfælde oplyste Kommissionen i den anfægtede afgørelses afsnit 5 og 6.3.3.2 og navnlig i 153., 184., 185. og 278. betragtning hertil, at parterne i hvert fald skulle betragtes som potentielle konkurrenter på samtlige markeder for elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester i Spanien og Portugal, at deres argumenter for at udelukke visse aktiviteter fra klausulens anvendelsesområde ikke kunne tiltrædes, og at der i det foreliggende tilfælde, eftersom parternes argumenter om forekomsten af en potentiel konkurrence mellem dem måtte forkastes, og klausulen havde et bredt anvendelsesområde, ikke var behov for en detaljeret analyse af, om parterne var potentielle konkurrenter på de specifikke markeder, for at kunne afgøre, om aftalen skulle anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. I 482. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen desuden under overskriften »Afsætningens værdi«, at konkurrenceklausulen fandt anvendelse på alle former for elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester undtagen globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, og at alle tjenester, som var leveret i Spanien og Portugal, og som var omfattet af de i afsnit 5.3 nævnte markeder, undtagen globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester således var direkte eller indirekte berørt af overtrædelser.

279 Det følger heraf, at Kommissionen forklarede tilstrækkeligt, hvordan den havde fastlagt værdien af den afsætning, der skulle tages i betragtning ved bødens beregning, og hvorfor den ikke havde fundet det nødvendigt at undersøge alle de tjenester, som sagsøgeren havde anført i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, og som efter dennes opfattelse ikke burde indgå i bødens beregning. Sagsøgerens argumenter om tilsidesættelse af begrundelsespligten og dermed af dennes ret til forsvar må derfor forkastes.

Realiteten

– Afsætning i forbindelse med aktiviteter uden for Den Iberiske Halvø

280 Sagsøgeren har anført, at den afsætning, der havde fundet sted i Spanien, men uden for Den Iberiske Halvø, dvs. på De Kanariske Øer, i Ceuta, i Melilla og på Balearerne, ikke burde indgå i bødens beregning.

281 Dette argument må forkastes.

282 I modsætning til det af sagsøgeren anførte henvises der således ikke direkte til »Den Iberiske Halvø« i klausulen, men til »det iberiske marked«. Det må antages, at henvisningen til »det iberiske marked« ikke skal forstås i rent geografisk forstand, dvs. som en henvisning alene til Den Iberiske Halvø, men som en henvisning til markederne i Spanien og Portugal, hvilket omfatter markeder i spanske og portugisiske områder uden for Den Iberiske Halvø. Der er ingen grund til at tro, at disse medlemsstaters områder uden for Den Iberiske Halvø skulle være udelukket fra klausulens anvendelsesområde, og sagsøgeren har heller ikke fremlagt argumenter herfor.

283 Det skal herved bemærkes, at sagsøgeren kun har anfægtet Kommissionens fortolkning af klausulens geografiske anvendelsesområde, og at parterne samstemmende har anført, at det omhandlede geografiske område var Den Iberiske Halvø, men sagsøgeren har ikke fremlagt argumenter, der rejser tvivl om de konklusioner, som Kommissionen drog om klausulens geografiske anvendelsesområde i 175.-182. betragtning til den anfægtede afgørelse. Sagsøgerens påstande kan på denne baggrund ikke tages til følge.

– Afsætning i forbindelse med eksisterende aktiviteter

284 Sagsøgeren mener ikke, at der skulle tages hensyn til afsætning af tjenester, hvor parterne var faktiske konkurrenter, ved bødens beregning.

- 285 Sagsøgeren mener for det første ikke, at der skulle tages hensyn til afsætning af globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, som faldt uden for aftalens anvendelsesområde, i forbindelse med bødens beregning, fordi parterne var faktiske konkurrenter på datoen for aftalens indgåelse.
- 286 Det skal bemærkes, at sagsøgeren, henset til 482. og 483. betragtning til den anfægtede afgørelse – hvoraf det fremgår, at værdien af afsætningen af globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, hvor parterne var faktiske konkurrenter på datoen for aftalens undertegnelse, ikke blev taget i betragtning ved bødens beregning – trak sin oprindelige anmodning om, at der ikke skulle tages hensyn til disse tjenester ved bødens beregning, tilbage under retsmødet, hvilket blev tilført retsbogen.
- 287 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at afsætningen af tjenester leveret gennem Zon ikke bør indgå i beregningen af værdien af sagsøgerens afsætning. Da sagsøgeren var medejer af dette selskab, som var konkurrent til PT, og som var aktiv i sektoren for elektronisk kommunikation (jf. præmis 4 ovenfor), faldt tjenester, som var leveret af Zon, uden for klausulens anvendelsesområde, der udelukkede »investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato« (jf. præmis 1 ovenfor).
- 288 Sagsøgeren besad imidlertid kun en minoritetsandel i Zon (5,46%) og kontrollerede derfor ikke dette selskab. Som nævnt i præmis 172-174 ovenfor har sagsøgeren i øvrigt ikke tilbagevist bemærkningerne i 156.-164. betragtning til den anfægtede afgørelse om, at de aktiviteter, som blev udøvet af selskaber, der ikke var kontrolleret af parterne, ikke faldt ind under undtagelsen fra klausulens anvendelsesområde. Argumentet om, at der ikke bør tages hensyn til værdien af afsætningen af tjenester leveret gennem Zon ved bødens beregning, kan som følge heraf ikke tiltrædes.
- 289 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at anmodningen om ikke at lade værdien af Zons afsætning indgå i den afsætning, der tages i betragtning ved beregningen af sagsøgerens bøde, er irrelevant, eftersom Zons afsætning fandt sted i Portugal, og den eneste afsætning, der indgik i beregningen af bøden til Telefónica, var den afsætning, der fandt sted i Spanien (jf. præmis 53 og 246 ovenfor). Det havde derfor ingen indvirkning på værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning ved beregningen af sagsøgerens bøde, om værdien af Zons afsætning faldt uden for klausulens anvendelsesområde.
- Afsætning i forbindelse med aktiviteter, der ikke kunne anses for at være underlagt konkurrence
- 290 Sagsøgeren har gjort gældende, at værdien af den afsætning, der var opnået på markeder eller vedrørende tjenester, som ikke var underlagt potentiel konkurrence – heller ikke i teorien – og som ikke var omfattet af klausulens anvendelsesområde, dvs. afsætning af tjenester leveret som led i monopolordningen og afsætning af andre engrostjenester, som PT ikke havde adgang til, heller ikke skulle indgå i bødens beregning.
- 291 Sagsøgeren har på dette punkt gjort gældende, at selskabet i perioden fra 2010 til 2011 leverede forskellige teletjenester som led i monopolordningen. Disse tjenester kunne ikke udbydes af andre selskaber, hvilket både skyldtes selskabets eneret og tjenesternes karakter. Der var navnlig tale om 1) forsyningspligtigtjenester, 2) »sistema de radiocomunicaciones digitales de emergencia del Estado« (SIRDEE, den spanske stats digitale alarmsystem), 3) termineringstjenester via selskabets fastnet og mobilnet og 4) engrostjenester i forbindelse med faste kredsløb for visse undersøiske kabler. PT havde desuden ikke mulighed for at konkurrere med Telefónica inden for tilslutning til og originering af opkald over det offentlige faste telefonnet, tilslutning til og originering af opkald over de offentlige mobilnet og engrosdatatjenester. Af de grunde, som Retten anførte i den sag, der gav anledning til dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 219 ovenfor (EU:T:2012:332), bør sagsøgerens afsætning af disse tjenester ikke medregnes i værdien af den afsætning, der tages i betragtning ved bødens beregning.

- 292 Det skal i første række bemærkes, at Kommissionen i 478. betragtning til den anfægtede afgørelse henviste til retningslinjernes punkt 12, hvoraf det fremgår, at bødens grundbeløb fastsættes på basis af afsætningens værdi efter den metode, der er angivet i de efterfølgende punkter. I denne betragtning forklarede Kommissionen desuden, at grundbeløbet for den bøde, som virksomhederne skulle pålægges, skulle fastsættes ud fra værdien af virksomhedernes afsætning af varer eller tjenester, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i det relevante geografiske område inden for EU. I 482. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 278 ovenfor) oplyste Kommissionen videre, at den lagde til grund, at konkurrenceklausulen fandt anvendelse på alle former for elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester undtagen globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, og at alle tjenester, som var leveret i Spanien og Portugal, og som var omfattet af de i afsnit 5.3 nævnte markeder, undtagen globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester således var direkte eller indirekte berørt af overtrædelsen.
- 293 Under retsmødet forklarede Kommissionen bl.a. som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten (jf. præmis 61 ovenfor), at Kommissionen, henset til klausulens meget brede anvendelsesområde, ikke behøvede at analysere den potentielle konkurrence mellem parterne for alle de tjenester, som sagsøgeren havde påberåbt sig, med henblik på at fastlægge værdien af den afsætning, der skulle tages i betragtning ved bødens beregning. I forbindelse med en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål som den her omhandlede, hvor der ikke kræves en sådan analyse for at fastslå overtrædelsen, kræves der heller ikke en sådan analyse for at udmåle bøden. Kommissionen tilføjede subsidiært, at de tjenester, som sagsøgeren sigtede til, ikke var »ægte« markeder, men tjenester leveret på et marked, som var omfattet af klausulens anvendelsesområde, fordi parterne var potentielle konkurrenter.
- 294 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.
- 295 Det fremgik således af klausulens ordlyd, at den fandt anvendelse på »[ethvert] projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester, men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked«. Kommissionen beregnede desuden bøden ud fra værdien af afsætningen fra de aktiviteter, der efter dens opfattelse faldt ind under klausulens anvendelsesområde, og så bort fra afsætningen fra bestående aktiviteter, som ifølge klausulens ordlyd var undtaget fra dennes anvendelsesområde. Afsætningen fra aktiviteter, som ikke kunne anses for at konkurrere med den anden part i den periode, hvor klausulen gjaldt, og som ifølge klausulens ordlyd også var undtaget fra dens anvendelsesområde, burde derfor heller ikke tages i betragtning i forbindelse med bødens beregning.
- 296 Det følger heraf, at Kommissionen, uanset om de tjenester, som der efter sagsøgerens opfattelse ikke skulle tages hensyn til ved bødens beregning, var særskilte markeder, hvor Kommissionen skulle vurdere den potentielle konkurrence med henblik på at fastslå overtrædelsen (jf. præmis 215 ovenfor), burde have undersøgt, om sagsøgeren med rette kunne anføre, at der ikke skulle tages hensyn til værdien af afsætningen af de pågældende tjenester ved bødens beregning, da der ikke var nogen potentiel konkurrence mellem parterne i forbindelse med disse tjenester.
- 297 Det bemærkes herved, at Kommissionen ifølge Domstolens praksis i hvert enkelt tilfælde, og henset til sammenhængen og de formål, der forfølges med bødeordningen i forordning nr. 1/2003, skal vurdere den tilsigtede virkning på den pågældende virksomhed, særligt henset til en omsætning, der afspejler virksomhedens reelle økonomiske situation i den periode, i løbet af hvilken overtrædelsen blev begået (dom af 7.6.2007, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, C-76/06 P, Sml., EU:C:2007:326, præmis 25, af 12.11.2014, Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen, C-580/12 P, Sml., EU:C:2014:2363, præmis 53, og af 23.4.2015, LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, C-227/14 P, Sml., EU:C:2015:258, præmis 49).

- 298 Der kan ved fastsættelsen af bødens størrelse tages hensyn dels til virksomhedens samlede omsætning, som giver et ganske vist omtrentligt og ufuldstændigt indtryk af virksomhedens størrelse og økonomiske styrke, dels til den del af omsætningen, som vedrører de varer, som er genstand for overtrædelsen, og som således kan give en indikation af overtrædelsens omfang (domme *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 261 ovenfor, EU:C:1983:158, præmis 121, *Guardian Industries* og *Guardian Europe* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 54, samt *LG Display* og *LG Display Taiwan* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 50).
- 299 Artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 giver Kommissionen en skønsmargin, men begrænser udøvelsen heraf ved at indføre objektive kriterier, som den skal respektere. For det første har den bøde, der kan pålægges en virksomhed, et beregneligt og absolut loft, således at den maksimale størrelse af den bøde, der kan pålægges en bestemt virksomhed, kan beregnes på forhånd. For det andet er udøvelsen af denne skønsmargin ligeledes begrænset af de vejledende bestemmelser, som Kommissionen selv har pålagt sig i navnlig retningslinjerne (domme *Guardian Industries* og *Guardian Europe* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 55, samt *LG Display* og *LG Display Taiwan* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 51).
- 300 Kommissionen fastsætter således – som i det foreliggende tilfælde – bødens grundbeløb efter den metode, der er angivet i retningslinjerne, og den er forpligtet til at anvende denne metode.
- 301 Det fremgår i denne forbindelse af retningslinjernes punkt 13, at »[m]ed henblik på at fastsætte bødens grundbeløb anvender Kommissionen værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i det relevante geografiske område inden for EØS«. Det præciseres i disse retningslinjers punkt 6, at »[v]ærdien af den afsætning, overtrædelsen omfatter, kombineret med [dens] varighed anses for i tilstrækkelig grad at afspejle både overtrædelsens og de enkelte deltagende virksomheders økonomiske betydning«.
- 302 Som nævnt i præmis 261 ovenfor fremgår det desuden af retspraksis, at den del af omsætningen, der hidrører fra de varer, som er genstand for overtrædelsen, kan indikere omfanget af en overtrædelse på det omhandlede marked, eftersom omsætningen af de produkter, som har været genstand for en restriktiv praksis, udgør et objektive kriterium, der giver et rimeligt indtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence (jf. i denne retning domme *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 261 ovenfor, EU:C:1983:158, præmis 121, *British Steel* mod Kommissionen, nævnt i præmis 261 ovenfor, EU:T:1999:52, præmis 643, og *Saint-Gobain Gyproc Belgium* mod Kommissionen, nævnt i præmis 261 ovenfor, EU:T:2008:252, præmis 84).
- 303 Retningslinjernes punkt 13 har således til formål ved beregningen af den bøde, der pålægges en virksomhed, at tage udgangspunkt i et beløb, der afspejler overtrædelsens økonomiske betydning og virksomhedens bidrag til denne overtrædelse (dom af 11.7.2013, *Team Relocations* m.fl. mod Kommissionen, C-444/11 P, Sml., EU:C:2013:464, præmis 76, samt domme *Guardian Industries* og *Guardian Europe* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 57, og *LG Display* og *LG Display Taiwan* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 53).
- 304 Begrebet afsætningens værdi i retningslinjernes punkt 13 omfatter følgelig den afsætning, der er gennemført på det af overtrædelsen berørte marked inden for EØS, uden at det herved er nødvendigt at fastslå, om denne afsætning reelt var berørt af denne overtrædelse, eftersom den del af omsætningen, der hidrører fra salget af de varer, som er genstand for overtrædelsen, er bedst egnet til at afspejle overtrædelsens økonomiske betydning (jf. i denne retning domme *Team Relocations* m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 303 ovenfor, EU:C:2013:464, præmis 75-78, og *Guardian Industries* og *Guardian Europe* mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2014:2363,

præmis 57-59, samt dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, Sml., EU:C:2015:184, præmis 148 og 149, og dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, nævnt i præmis 297 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 53-58 og 64).

- 305 Selv om det vil stride mod det formål, der forfølges med denne bestemmelse, hvis begrebet afsætningens værdi heri forstås således, at det kun gælder for den del af omsætningen, der er opnået ved hjælp af den afsætning, hvor det er fastslået, at den reelt var berørt af det påståede kartel, kan dette begreb imidlertid ikke udvides til at omfatte den del af den pågældende virksomheds afsætning, der ikke, direkte eller indirekte, er omfattet af dette kartel (jf. i denne retning domme Team Relocations m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 303 ovenfor, EU:C:2013:464, præmis 76, samt Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, nævnt i præmis 304 ovenfor, EU:C:2015:184, præmis 148).
- 306 Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at det ikke kan forlanges, at Kommissionen i forbindelse med en overtrædelse som den foreliggende, der har et konkurrencebegrænsende formål, af egen drift undersøger den potentielle konkurrence for alle de markeder og tjenester, der er omfattet af overtrædelsens anvendelsesområde, idet der ellers ville foreligge en fravigelse af principperne i den retspraksis, der er nævnt i præmis 213, 214 og 216 ovenfor, og en indførelse af en forpligtelse til at undersøge den potentielle konkurrence i forbindelse med fastsættelsen af værdien af den afsætning, der skal tages i betragtning ved bødens beregning, mens der ikke kræves en sådan undersøgelse, hvis overtrædelsen har et konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 215 ovenfor). Domstolen har således i en konkret sag, der var omfattet af de i præmis 272 nævnte retningslinjer fra 1998, fastslået, at i tilfælde af en overtrædelse, der består i en markedsopdeling, kan en fortolkning, der har den konsekvens, at Kommissionen i forbindelse med metoden for beregning af bøder pålægges en forpligtelse, som den ikke har i forbindelse med anvendelsen af artikel 101 TEUF, eftersom den omhandlede overtrædelse har et konkurrencebegrænsende formål, ikke tiltrædes (dom Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, nævnt i præmis 234 ovenfor, EU:C:2009:505, præmis 64).
- 307 Den løsning, der vælges i den foreliggende sag, består ikke i at pålægge Kommissionen en forpligtelse, som den ikke har i forbindelse med anvendelsen af artikel 101 TEUF, ved bødens udmåling hvad angår en overtrædelse, der har et konkurrencebegrænsende formål, men at drage konsekvenserne af, at afsætningens værdi skal være direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen som omhandlet i retningslinjernes punkt 13 og ikke kan omfatte den del af afsætningen, der ikke, direkte eller indirekte, er omfattet af den overtrædelse, der var årsag til sanktionen (jf. den retspraksis, der er nævnt i præmis 305 ovenfor). Det følger heraf, at Kommissionen skal fastsætte værdien af den afsætning, der er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, præcist, når den vælger at udmåle bøden på grundlag af denne værdi.
- 308 Det bemærkes herved, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde – henset til klausulens ordlyd, hvori der udtrykkeligt henvises til »[ethvert] projekt i telesektoren (herunder fastnet- og mobiltelefonitjenester, internetadgangstjenester og tv-tjenester, men ikke investeringer eller aktiviteter, som består eller udøves dags dato), der kan anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked«, og de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren fremførte i sit svar på klagepunktsmeddelelsen for at godtgøre, at der ikke skulle tages hensyn til værdien af afsætningen af visse angivne tjenester ved bødens beregning, da der ikke forelå nogen som helst konkurrence mellem parterne – burde have undersøgt disse omstændigheder for at fastlægge værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen.
- 309 Da den afsætning, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i det foreliggende tilfælde svarede til afsætningen af de tjenester, der faldt ind under klausulens anvendelsesområde, dvs. afsætningen i forbindelse med ethvert projekt i telesektoren – men ikke bestående aktiviteter – der kunne anses for at konkurrere med den anden part på det iberiske marked, burde Kommissionen med henblik på at fastlægge værdien af denne afsætning have identificeret de tjenester, hvor parterne ikke var i potentiel konkurrence på det iberiske marked, ved at gennemgå de forhold, som parterne havde

fremført i deres svar på klagepunktsmeddelelsen med henblik på at godtgøre, at der ikke var nogen potentiel konkurrence mellem dem i forhold til visse tjenester i den periode, hvor klausulen gjaldt. Det var kun muligt at fastlægge den afsætning, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, og hvis værdi bødens grundbeløb burde have været beregnet ud fra, på basis af en sådan faktisk og retlig analyse.

- 310 De argumenter, hvormed sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen burde have fastlagt værdien af den afsætning, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, på basis af de forhold, som sagsøgeren gjorde gældende om den manglende potentielle konkurrence mellem Telefónica og PT i forbindelse med visse tjenester, må som følge heraf tiltrædes, og den anfægtede afgørelses artikel 2 må annulleres, for så vidt som bødens størrelse er blevet fastsat på grundlag af den værdi af afsætningen, som Kommissionen har anvendt.
- 311 Der skal i anden række mindes om, at systemet med retslig prøvelse af Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF består i en legalitetskontrol af institutionernes retsakter, som er fastsat i artikel 263 TEUF, hvilken kontrol i henhold til artikel 261 TEUF og efter anmodning fra sagsøgerne kan suppleres af Rettens udøvelse af en fuld prøvelsesret vedrørende de sanktioner, som Kommissionen pålægger på dette område (dom Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, nævnt i præmis 87 ovenfor, EU:C:2014:2062, præmis 42). Det bemærkes herved, at den ulovlighed, der er fastslået i det foreliggende tilfælde, vedrører værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning ved udmålingen af den bøde, som sagsøgeren blev pålagt, og dermed selve grundlaget for bødens beregning.
- 312 Det skal i denne sammenhæng påpeges endnu en gang, at Kommissionen ikke foretog en analyse af den potentielle konkurrence mellem parterne for alle de tjenester, som sagsøgeren havde påberåbt sig, i 482. betragtning til den anfægtede afgørelse. Som reaktion på en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der skulle få Kommissionen til at forholde sig til sagsøgerens argumenter om den angiveligt manglende potentielle konkurrence mellem Telefónica og PT i forbindelse med visse tjenester i Spanien (jf. præmis 61 og 293 ovenfor), nøjedes Kommissionen i øvrigt med at gentage sin opfattelse om, at den ikke behøvede at analysere den potentielle konkurrence mellem parterne for at kunne udmåle bøden, og den begrænsede i øvrigt sin besvarelse af sagsøgerens samlede argumentation til at bemærke, at PT var en potentiel konkurrent til Telefónica i forhold til de pågældende tjenester, eftersom PT kunne have valgt at deltage i udbuddene eller at opkøbe en eksisterende operatør.
- 313 Det følger heraf, at Retten i det foreliggende tilfælde ikke råder over tilstrækkelige oplysninger til at kunne fastsætte den endelige bøde, som sagsøgeren skal pålægges.
- 314 Den fulde prøvelsesret, som Retten er tillagt i henhold til artikel 31 i forordning nr. 1/2003, giver Retten beføjelse til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens. I det foreliggende tilfælde analyserede Kommissionen imidlertid ikke de forhold, som sagsøgeren havde fremført for at godtgøre, at der ikke var nogen potentiel konkurrence mellem parterne i forhold til visse tjenester, med henblik på at fastlægge værdien af den afsætning, der skulle tages i betragtning ved bødens beregning. Hvis Retten skal fastlægge værdien af denne afsætning, kræver det derfor, at den udbedrer en mangel i forbindelse med sagsbehandlingen.
- 315 Retten kan imidlertid ikke udøve sin fulde prøvelsesret ved at foretage en sådan behandling, hvor den ikke blot anlægger sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, eftersom Rettens vurdering ville være den eneste og første vurdering af de forhold, som Kommissionen burde have taget hensyn til ved fastlæggelsen af værdien af den afsætning, som var direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen som omhandlet i retningslinjernes punkt 13, og som det tilkom Kommissionen at analysere.

316 Det følger heraf, at Retten ikke skal udøve sin fulde prøvelsesret i det foreliggende tilfælde, og at det derfor påhviler Kommissionen at drage de nødvendige konsekvenser af den fastslåede ulovlighed i forbindelse med fuldbyrdelsen af nærværende dom og at tage stilling til fastsættelsen af bødens størrelse på ny. Retten finder det i øvrigt nødvendigt at undersøge de øvrige anbringender vedrørende bødens størrelse.

3. Det syvende anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af en åbenbar fejl ved beregningen af bødens grundbeløb i forhold til overtrædelsens grovhed og tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

317 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ved beregningen af bødens grundbeløb ikke tog tilstrækkeligt hensyn til følgende forhold, som kunne have begrundet pålæggelse af en symbolsk bøde eller i hvert fald en lavere bøde end den, der blev pålagt i det konkrete tilfælde: Principalt blev klausulen fastsat på grund af den portugisiske regerings adfærd, klausulen blev ikke anvendt, parterne meddelte skriftligt umiddelbart efter Kommissionens indgreb, at begrænsningen efter deres opfattelse ikke kunne have nogen virkning og aldrig havde haft det, og subsidiært var den begrænsning, der henvises til i klausulen, aldrig blevet iværksat og havde ikke haft konsekvenser, og Telefónica sikrede sig, at denne begrænsning ikke ville kunne iværksættes, hvis dette var ulovligt, der fandtes ingen fortilfælde, hvor der var pålagt sanktioner for en så usædvanlig aftale som den omhandlede, og endelig var klausulen af offentlig karakter.

318 Det bemærkes, at Kommissionen fastsætter bødebeløbet under hensyn til overtrædelsens grovhed og, hvis det er relevant, dens varighed. Overtrædelsens grovhed skal fastslås på grundlag af kriterier såsom sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning. Objektive faktorer såsom den konkurrencebegrænsende adfærds indhold og varighed, dens hyppighed og dens intensitet, hvor stort det påvirkede marked er, og hvilken skade der er påført de samfundsøkonomiske interesser, skal tages i betragtning. Ved bedømmelsen skal der endvidere tages hensyn til de ansvarlige virksomheders relative størrelse og markedsandel såvel som til en eventuel gentagelsessituation (domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 128 ovenfor, EU:C:2004:6, præmis 89-91, og Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 262 ovenfor, EU:T:2011:343, præmis 281).

319 Det skal også påpeges, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde fastsatte en lav procentsats for overtrædelsens grovhed svarende til 2% af de pågældende virksomheders afsætning (jf. præmis 251 ovenfor). Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde undlod at anvende et »ekstrabeløb« som omhandlet i retningslinjernes punkt 25 (jf. præmis 240 ovenfor) for at afskrække virksomhederne fra at indtræde i horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen (jf. præmis 252 ovenfor). Kommissionen har endelig oplyst, at den ved fastsættelsen af procentsatsen for overtrædelsens grovhed bl.a. havde taget hensyn til, at klausulen ikke var blevet hemmeligholdt, og at den kun skulle gælde i kort tid (jf. præmis 249 og 251 ovenfor).

320 Da klausulen udgjorde en markedsafdelingsaftale, der normalt regnes for en af de alvorligste overtrædelser, og da den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning, normalt vil blive fastsat til et niveau, der kan udgøre op til 30%, for overtrædelser af denne art (jf. retningslinjernes punkt 21 og 23 nævnt i præmis 240 ovenfor), fremgår det, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde i vid udstrækning tog hensyn til omstændigheder, der kunne virke formildende i forhold til overtrædelsen.

321 De argumenter, hvormed sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke tog tilstrækkeligt hensyn til andre forhold, som kunne have resulteret i en lavere procentsats for overtrædelsens grovhed, kan derfor ikke tiltrædes.

- 322 Hvad for det første angår muligheden for at tage den portugisiske regerings angivelige adfærd i betragtning ved fastlæggelsen af overtrædelsens grovhed skal det bemærkes, at det fremgår udtrykkeligt af retningslinjerne, at der kan tages hensyn til, at »de offentlige myndigheder eller lovgivningen har tilladt eller fremmet en konkurrencebegrænsende adfærd«, som en formildende omstændighed (jf. herved præmis 333 ff. nedenfor). Såfremt der foreligger en sådan omstændighed, kan den således ikke også tages i betragtning ved fastlæggelsen af overtrædelsens grovhed.
- 323 Hvad for det andet angår klausulens anvendelse skal det bemærkes, at det er uklart, om den blev anvendt eller ej. Kommissionen bemærkede blot i 365. betragtning til den anfægtede afgørelse, at det ikke umiddelbart kunne konkluderes, at klausulen var blevet anvendt, fordi der ikke var iværksat nye konkurrerende aktiviteter, men at den omstændighed, at parterne ikke havde påvist, at de havde udviklet nye aktiviteter i Spanien eller i Portugal, hvilket kunne afkræfte, at klausulen var blevet anvendt, alligevel var et (ikke-entydigt) tegn på, at klausulen måske var blevet anvendt. Det kan under disse omstændigheder ikke gøres gældende, at Kommissionen burde have anvendt en lavere procentsats for overtrædelsens grovhed, fordi klausulen angiveligt ikke var blevet anvendt. Argumentet om, at Telefónica havde sikret sig, at klausulen ikke kunne anvendes, hvis den viste sig at være ulovlig, kan heller ikke lægges til grund, da det fremgår af gennemgangen af de tre første anbringender (jf. navnlig præmis 121 og 176-199 ovenfor), at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det« havde ændret klausulen til en forpligtelse til egenvurdering af muligheden for at begrænse konkurrencen.
- 324 For det tredje tog Kommissionen som nævnt i 500. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 254 ovenfor) som en formildende omstændighed i henhold til retningslinjernes punkt 29 (jf. præmis 242 ovenfor) hensyn til, at parterne havde ophævet klausulen, så snart Kommissionen greb ind, og at der derfor ikke også skulle tages hensyn til den i forhold til overtrædelsens grovhed.
- 325 For det fjerde har sagsøgeren anført, at der ikke blev taget passende hensyn til, at klausulen ikke var blevet hemmeligholdt. Det bemærkes, at Kommissionen i 491. betragtning til den anfægtede afgørelse oplyste, at klausulens offentliggørelse havde været en af grundene til, at der blev fastsat en lav procentdel af afsætningens værdi som følge af overtrædelsens grovhed (jf. præmis 249 og 319 ovenfor). Selv om den omstændighed, at en kartelaftale er blevet hemmeligholdt, ganske vist kan have betydning for denne aftales grovhed (jf. retningslinjernes punkt 23 nævnt i præmis 240 ovenfor), fremgår det i det foreliggende tilfælde, at Kommissionen tog tilstrækkeligt hensyn til klausulens offentlighed, da den fastsatte procentsatsen for overtrædelsens grovhed til kun 2% af afsætningens værdi.
- 326 Hvad for det femte angår den omhandlede aftales angivelige usædvanlige karakter skal det endelig bemærkes, at sagsøgeren bl.a. har forsøgt at begrunde klausulens eksistens med, at det var vanskeligt at vurdere, om klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen, og at denne vurdering derfor blev udsat til et senere tidspunkt ved hjælp af forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det« (jf. præmis 178 ovenfor). Som Kommissionen med rette har fremhævet, har accessoriske begrænsninger imidlertid været behandlet før, og parterne kunne derfor udmærket vurdere, om klausulen kunne betragtes som en accessorisk begrænsning. En påpasselig virksomhed som sagsøgeren, der endvidere har rig adgang til kvalificeret juridisk rådgivning, kan derfor ikke påberåbe sig en urimelig usikkerhedsmargin i forhold til klausulens lovlighed.
- 327 Sagsøgeren kan desuden ikke gøre gældende, at den anfægtede afgørelse indfører en ny regel for vurdering af begrænsninger, hvis gennemførelse er betinget af et retligt forbehold, hvorefter sådanne begrænsninger anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, medmindre Kommissionen ved en efterfølgende vurdering fastslår, at der herskede rimelig tvivl om deres restriktive karakter, og parterne straks foretager en egenvurdering og derefter ophæver eller ændrer den aftale, der indeholder begrænsningen. Det fremgår således, at Kommissionen blot med rette fastslog, at det af parterne anførte om, at det retlige forbehold havde ændret konkurrenceklausulen til en klausul om

egenvurdering, under de foreliggende omstændigheder afkræftes af den kendsgerning, at der ikke forelå en større usikkerhedsmargen med hensyn til klausulens lovlighed på tidspunktet for aftalens undertegnelse, og at parterne ikke havde undersøgt, om klausulen var lovlig, inden aftalen trådte i kraft, hvilket skete to måneder efter dens undertegnelse. Hvis der ikke blev taget hensyn til sådanne omstændigheder ved vurderingen af en klausul, der indeholdt et retligt forbehold, kunne parterne blot indsætte udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det«, således at den konkurrencebegrænsende aftale ikke længere havde et konkurrencebegrænsende formål, og Kommissionen var tvunget til at undersøge dens virkninger. Det ville imidlertid gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt for Kommissionen at løfte bevisbyrden i forbindelse med overtrædelser af artikel 101 TEUF og dermed være uforeneligt med den opgave, der er pålagt Kommissionen ved traktaterne, nemlig at overvåge den korrekte anvendelse af disse bestemmelser, men det ville også give parterne i en konkurrencebegrænsende aftale adgang til at udøve alle former for misbrug.

328 Da klausulen bestod i en markedsdelingsaftale, kunne den under alle omstændigheder ikke fritages for sanktion, selv om det antages, at den var af ny karakter på grund af udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det«. Den omstændighed, at en adfærd med samme karakteristika ikke er blevet undersøgt i tidligere afgørelser, kan således ikke fritage virksomheden for ansvar (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, Sml., EU:T:2010:266, præmis 901).

329 Det følger heraf, at det syvende anbringende må forkastes.

4. Det ottende anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af manglende overholdelse af proportionalitetsprincippet og en åbenbar fejl som følge af manglende hensyntagen til andre formildende omstændigheder

330 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen begik en åbenbar fejl ved ikke at tage tilstrækkeligt hensyn til den portugisiske regerings indflydelse i forbindelse med klausulens tilblivelse og indførelse og til Telefónicas proaktive rolle og gode tro.

331 Det bemærkes, at det fremgår af den anfægtede afgørelse samt af retningslinjerne, hvis principper er blevet fulgt i afgørelsen, og endelig af retspraksis, at selv om overtrædelsens grovhed først vurderes i forhold til den konkrete overtrædelses kendetegn, som f.eks. dens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis, bliver denne vurdering herefter tilpasset de skærpene eller formildende omstændigheder, som er særlige for hver virksomhed, der har deltaget i overtrædelsen (jf. dom af 25.10.2011, Aragonesas Industrias y Energía mod Kommissionen, T-348/08, Sml., EU:T:2011:621, præmis 264 og den deri nævnte retspraksis).

332 Kommissionen nedsatte i det foreliggende tilfælde – som nævnt i præmis 254 og 255 ovenfor – bøden med 20% som følge af formildende omstændigheder, fordi parterne havde bragt klausulen, der i øvrigt ikke var hemmelig, til ophør umiddelbart efter Kommissionens indgreb, og forkastede de argumenter, som parterne havde fremført for at påberåbe sig andre formildende omstændigheder.

333 Sagsøgeren har i første række anført, at Kommissionen ikke tog tilstrækkeligt hensyn til, at klausulen var blevet pålagt af den portugisiske regering, selv om den i 75. betragtning til den anfægtede afgørelse erkendte, at regeringens adfærd kunne have overbevist sagsøgeren om, at begrænsningen var nødvendig for transaktionens levedygtighed.

334 Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Det skal således bemærkes, at det ganske vist bestemmes udtrykkeligt i retningslinjerne, at det er en formildende omstændighed, hvis de offentlige myndigheder eller lovgivningen har tilladt eller fremmet en konkurrencebegrænsende adfærd (jf. præmis 242 ovenfor), men i det foreliggende tilfælde fremgår det af præmis 122-175 ovenfor, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at den portugisiske opfordrede til, at klausulen blev indsat i aftalen, således at en sådan

opfordring ikke kan tages i betragtning som en formildende omstændighed. Når sagsøgeren ikke har fremlagt noget indicium for, at den portugisiske regering havde interesseret sig for klausulen, kan selskabet heller ikke gøre gældende, at denne regerings adfærd fik det til at tro, at klausulen var uundværlig for transaktionens gennemførelse. I denne forbindelse skal det i øvrigt bemærkes, at Kommissionen i 75. betragtning til den anfægtede afgørelse i modsætning til det af sagsøgeren anførte ikke erkendte, at den portugisiske regerings adfærd kunne have overbevist Telefónica om, at klausulen var nødvendig for transaktionens levedygtighed, men blot bemærkede, at selv om Telefónica mente, at dette var tilfældet, var det ikke tilstrækkeligt til at kvalificere klausulen som en accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen.

335 Sagsøgeren har i anden række gjort gældende, at Kommissionen burde have taget hensyn til, at sagsøgeren handlede i god tro og ikke bevidst forsøgte at gennemføre en markedsdelingsaftale. Indskuddet »i det omfang« ville i modsat fald have været unødvendigt, og det ville have været absurd at offentliggøre aftalen. Den angivelige forsinkede udførelse af egenvurderingen af klausulens lovlighed kunne tilsvarende højst betragtes som forsømmelighed og ikke som et bevidst forsøg på at begrænse konkurrencen.

336 Denne argumentation kan heller ikke tiltrædes.

337 Det fremgår således af gennemgangen af de tre første anbringender, at sagsøgeren ikke har påvist, at selskabet havde været tvunget til at acceptere klausulen (jf. præmis 122-175 ovenfor), eller at det havde optrådt proaktivt for at begrænse dens virkning (jf. præmis 167-174 ovenfor).

338 Hvis det betragtes som en formildende omstændighed, at sagsøgeren handlede i »god tro«, tages der desuden ikke tilstrækkeligt hensyn til, at konkurrenceforbuddet i klausulen var af bilateral karakter og derfor også skulle være til fordel for Telefónica, og at der var tale om en aftale indgået mellem de to parter. I denne forbindelse bemærker Retten i lighed med Kommissionen, at Telefónica i sin interne e-mail af 6. juli 2010 oplyste, at »[m]an skal forestille sig en liturgi eller et sceneri i forhold til eventuelle nye betingelser, hvor det som tidligere nævnt ser ud til, at vi har siddet ved forhandlingsbordet, og at vi er blevet »pålagt« nye betingelser (selv om vi selv har foreslået dem)«. I lyset af denne omstændighed kan sagsøgeren ikke gøre gældende, at selskabet kun spillede en defensiv rolle i forbindelse med forhandlingerne om aftalen.

339 Sagsøgeren har endelig anført, at forsinkelsen i forbindelse med den angivelige vurdering af klausulens lovlighed og i forbindelse med dens ophævelse højst kunne betragtes som forsømmelighed og ikke som et bevidst forsøg på at begrænse konkurrencen. Når Vivo-transaktionen var så vigtig, som sagsøgeren selv har fremhævet, er det dog på ingen måde troværdigt, at den manglende rettidige opfyldelse af en bindende kontraktforpligtelse, der skulle indgå i aftalen om denne transaktion – dvs. forpligtelsen til at vurdere, om konkurrenceforbuddet i klausulen var lovligt – skyldtes forsømmelighed hos virksomheder som Telefónica og PT, der har adgang til og mulighed for at skaffe juridisk rådgivning på højt niveau.

340 Det følger heraf, at det ottende anbringende må forkastes.

C – Begæringen om vidneafhøring

341 Sagsøgeren har i en supplerende begæring, der blev fremsendt ved skrivelse af 31. marts 2015 (jf. præmis 62 ovenfor), anmodet Retten om – til støtte for det anførte om, at Kommissionen foretog en åbenbart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder vedrørende forhandlingerne om det tredje og det fjerde tilbud og af de faktiske omstændigheder vedrørende parternes egenvurdering af klausulen og udvekslingen af resultaterne af denne egenvurdering i forbindelse med en række telefonsamtaler den 26. og 29. oktober 2010 – at indhente vidneforklaringer fra de personer, der deltog i disse begivenheder.

- 342 Sagsøgeren har i sin begæring om vidneafhøring, der blev fremsendt ved særskilt skrivelse af 31. marts 2015, endvidere anført, at det er vigtigt at afhøre et af de vidner, som selskabet begærer indkaldt, nemlig A.V., der var selskabets eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering.
- 343 Kommissionen har i sine skriftlige indlæg og i sit svar på begæringen om vidneafhøring bestridt, at den vidneafhøring, som sagsøgeren har foreslået, skulle være relevant for sagens afgørelse.
- 344 Det bemærkes, at det alene tilkommer Retten at bedømme, om det er nødvendigt at supplere bevismaterialet i de sager, der forelægges den til afgørelse (jf. kendelse af 10.6.2010, Thomson Sales Europe mod Kommissionen, C-498/09 P, EU:C:2010:338, præmis 138 og den deri nævnte retspraksis).
- 345 Domstolen har således – i en sag om konkurrenceret – fastslået, at selv om en anmodning om afhøring af vidner, som fremsættes i stævningen, indeholder en angivelse af, hvilke konkrete faktiske omstændigheder vidnet eller vidnerne skal afhøres om, og hvilke grunde der gør afhøringen berettiget, tilkommer det Retten at vurdere, om anmodningen er berettiget i forhold til sagens genstand og nødvendigheden af at afhøre de pågældende vidner (jf. dom af 19.12.2013, Siemens mod Kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866, præmis 323 og den deri nævnte retspraksis).
- 346 Domstolen har i øvrigt udtalt, at det skøn, der tilkommer Retten, er foreneligt med den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang og navnlig med artikel 6, stk. 3, litra d), i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4. november 1950 (EMRK). Det fremgår således af Domstolens praksis, at denne sidstnævnte bestemmelse ikke tildeler den anklagede en absolut ret til at opnå vidneførsel for en domstol, og at det principielt tilkommer den nationale domstol at afgøre, om det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt at indkalde et vidne. EMRK's artikel 6, stk. 3, kræver ikke, at ethvert vidne indkaldes, men tilsigter en fuldstændig ligestilling mellem parterne, således at det sikres, at rettergangen, når den betragtes i sin helhed, har givet den anklagede en passende og tilstrækkelig adgang til at tage til genmæle over for den mistanke, der hviler på ham (jf. dom Siemens mod Kommissionen, nævnt i præmis 345 ovenfor, EU:C:2013:866, præmis 324 og 325 og den deri nævnte retspraksis).
- 347 Retten har i denne forbindelse fastslået, at en begæring om afhøring af vidner fra et sagsøgende selskab ikke kunne imødekommes, når de forklaringer, som en sådan vidneafhøring ved Retten tilsigtede at opnå, allerede var givet for Kommissionen, som var af den opfattelse, at de ikke blev underbygget af dokumentbeviser og endog blev modsagt af visse elementer i sagsakterne (jf. i denne retning dom af 13.7.2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs mod Kommissionen, T-144/07, T-147/07 – T-150/07 og T-154/07, Sml., EU:T:2011:364, præmis 152 og 154).
- 348 Det skal desuden bemærkes, at en begæring om, at Retten supplerer bevismaterialet, er virkningsløs, hvis det ikke vil ændre Rettens afgørelse, at den tager denne begæring til følge (jf. i denne retning kendelse Thomson Sales Europe mod Kommissionen, nævnt i præmis 344 ovenfor, EU:C:2010:338, præmis 141).
- 349 Hvis Retten på et relevant grundlag kan træffe afgørelse på baggrund af de påstande, anbringender og argumenter, som er fremført under den skriftlige og den mundtlige forhandling, og på baggrund af de fremlagte dokumenter, må sagsøgerens begæring om afhøring af et vidne forkastes, uden at Retten behøver at give en særlig begrundelse for, at den finder det unødvendigt at indhente supplerende beviser (jf. i denne retning kendelse af 15.9.2005, Marlines mod Kommissionen, C-112/04 P, EU:C:2005:554, præmis 39, og dom af 9.9.2009, Clearstream mod Kommissionen, T-301/04, Sml., EU:T:2009:317, præmis 218).

- 350 Selv om det er korrekt, at en part ikke kan kræve, at Unionens retsinstanser vedtager en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller anordner bevisoptagelse, forholder det sig ikke desto mindre således, at disse retsinstanser ikke kan drage konsekvenser af, at der mangler visse oplysninger i sagsakterne, så længe midlerne i deres procesreglementer til opnåelse af en fremlæggelse af oplysninger fra den pågældende parts side ikke er udtømt (jf. kendelse af 8.10.2013, Michail mod Kommissionen, T-597/11 P, Sml. Pers., EU:T:2013:542, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).
- 351 Sagsøgeren har i den foreliggende sag anmodet Retten om at afhøre de personer, der deltog i forhandlingerne om forlængelse af det tredje tilbud den 16. og 17. juli 2010, i forhandlingerne om det fjerde tilbud den 26., 27. og 28. juli 2010 og i samtalerne mellem Telefónica og PT den 26. og 29. oktober 2010.
- 352 Med hensyn til de sidstnævnte samtaler skal det for det første bemærkes, at der allerede findes erklæringer fra de pågældende personer i sagsakterne.
- 353 Det bemærkes, at Retten i denne forbindelse, som nævnt i præmis 347 ovenfor, har fastslået, at en begæring om afhøring af vidner fra et sagsøgende selskab ikke kunne imødekommes, når de forklaringer, som en sådan vidneafhøring ved Retten tilsigtede at opnå, allerede var givet for Kommissionen, som var af den opfattelse, at de ikke blev underbygget af dokumentbeviser og endog blev modsagt af visse elementer i sagsakterne.
- 354 Det skal påpeges, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde som nævnt i præmis 189-191 ovenfor oplyste, at den havde taget hensyn til de pågældende erklæringer, og at den havde undersøgt dem i overensstemmelse med de principper, der gælder for vurdering af beviser. Kommissionen tog således hensyn til, at disse erklæringer blev afgivet af personer, som kunne have en direkte interesse i sagen (122. betragtning til den anfægtede afgørelse), og foretog en vægtet vurdering af disse elementer i forhold til de øvrige beviser, der forelå (121., 124. og 308. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen har på intet tidspunkt stillet spørgsmålstegn ved, om de personer, der stod bag disse erklæringer, faktisk havde udtalt sig, som det fremgik af disse erklæringer.
- 355 Begæringen om, at der anordnes afhøring ved Retten af de personer, der havde afgivet disse erklæringer, må på dette grundlag forkastes, da elementerne i sagsakterne er tilstrækkelige til, at Retten kan udtale sig om konferencsamtalerne i oktober 2010 (jf. i denne retning dom ThyssenKrupp Liften Ascenseurs mod Kommissionen, nævnt i præmis 347 ovenfor, EU:T:2011:364, præmis 152 og 154; jf. i denne retning og analogt også dom af 7.10.2004, Mag Instrument mod KHIM, C-136/02 P, Sml., EU:C:2004:592, præmis 77).
- 356 Det ændrer intet ved denne konklusion, at sagsøgeren under retsmødet anførte, at det ifølge umiddelbarhedsprincippet unægteligt har en højere værdi, at Retten afhører vidner, end at der tages hensyn til skriftlige erklæringer. Når indholdet af disse erklæringer er ubestridt, og de blot skal sættes i forhold til det samlede bevismateriale, kan de argumenter, som sagsøgeren fremførte under retsmødet, således ikke rejse tvivl om konstateringen om, at det vil være overflødigt at afhøre de personer, der har afgivet de pågældende erklæringer, ved Retten.
- 357 Hvad for det andet angår de foreslåede afhøringer af vidner til forhandlingerne om det tredje og det fjerde tilbud den 16., 17., 26., 27. og 28. juli 2010, skal begæringerne om vidneafhøring også forkastes.
- 358 Hvad i første række angår forhandlingerne om det tredje tilbud den 16. og 17. juli 2010 skal det for det første bemærkes, at sagsøgeren både i begæringen om vidneafhøring af 31. marts 2015 og under retsmødet oplyste, at A.V., der var selskabets eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering, var det eneste af de foreslåede vidner, der havde været i kontakt med denne regering, og dermed »det eneste direkte vidne til årsagsforbindelsen mellem den portugisiske regerings handlinger og klausulens eksistens« og den eneste person, der »havde direkte kendskab til den portugisiske regerings handlinger og dens

indflydelse på resultatet af den omtvistede transaktion«. Det følger heraf, at der hvad angår forhandlingerne den 16. og 17. juli 2010 ikke er grund til at undersøge, om det er nødvendigt at afhøre de øvrige personer, der foreslås af sagsøgeren, da disse selv har givet udtryk for, at de ikke har direkte kendskab til den portugisiske regerings angivelige handlinger.

- 359 Det skal for det andet bemærkes, at sagsøgeren har gjort gældende, at indholdet af erklæringerne fra A.V. – selskabets eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering – som ikke fremgår af sagsakterne, er afgørende for sagsøgerens forsvar, da dette vidne vil kunne bevise, at der var en årsagsforbindelse mellem den portugisiske regerings handlinger og klausulen. Sagsøgeren præciserede under retsmødet, at formålet med afhøringen af dette vidne bl.a. var at belyse omstændighederne i forbindelse med bilag A.58 (jf. præmis 147 ovenfor), hvilket blev tilført retsbogen.
- 360 Det bemærkes herved, at det allerede er konstateret, at bilag A.58 (jf. præmis 147 ovenfor) og i videre forstand alle de forhold, som sagsøgeren har fremført for at underbygge påstanden om, at den portugisiske regering interesserede sig for klausulen (jf. præmis 136-162 ovenfor), ikke indeholder indicier, der peger i retning af en sådan interesse. Selv om det antages, at den portugisiske regering interesserede sig for forhandlingerne om aftalen, har sagsøgeren således ikke fremlagt det mindste indicium for, at regeringen pålagde klausulen eller i hvert fald udtrykte ønske om den, og sagsøgeren har heller ikke forklaret, hvordan vidneforklaringen fra selskabets eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering vedrørende den korrespondance, der er indeholdt i bilag A.58, skulle vise en »årsagsforbindelse mellem den portugisiske regerings handlinger og klausulen«, og har i sine skriftlige indlæg tværtimod erkendt, at de »indicier«, der var fremlagt indtil videre, var »det bedste bevis på [den portugisiske regerings] [...] praksis, som Telefónica var i stand til at fremlægge, da det pres, der udøves af en regering i følsomme anliggender – i sagens natur – generelt er af diskret og uformel karakter«.
- 361 Det skal i denne forbindelse påpeges, at sagsøgeren som forklaring på, at selskabet ikke allerede under den administrative procedure havde fremlagt korrespondancen i bilag A.58 eller foreslået en afhøring af sin eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med forhandlingerne med den portugisiske regering om denne korrespondance, under retsmødet medgav, at selskabet på grund af det store antal dokumenter, der skulle gennemgås i den foreliggende sag, først havde fundet den pågældende korrespondance – som viste, at advokaten havde spillet en central rolle i denne sag, og at det var vigtigt at afhøre ham for at bevise, at den portugisiske regering havde haft indflydelse på klausulen – efterfølgende i forbindelse med en elektronisk søgning. Som Kommissionen med rette har anført, skal det hertil bemærkes, at hvis den pågældende advokat virkelig havde spillet en så central rolle, som sagsøgeren har hævdet, og hvis han var et direkte vidne til den portugisiske regerings handlinger i forhold til klausulen, er det ikke sandsynligt, at han var blevet glemt, indtil en elektronisk søgning afslørede den korrespondance, der viste, hvor stor betydning han havde for den foreliggende sag.
- 362 En vidneforklaring, hvor vidnet kun gengiver de forhold, som sagsøgeren allerede har fremført i forbindelse med sagen, og hvis materielle rigtighed ikke bestrides, og hvor der drages de samme konklusioner, som sagsøgeren har gjort i sine skriftlige indlæg (jf. præmis 136-143 ovenfor), er imidlertid ikke et faktuel bevis, der kan være relevant for afgørelsen af den foreliggende sag. Det er således ubestridt, at den portugisiske regering fulgte nøje med i forhandlingerne om aftalen, men dette er ikke ensbetydende med, at den havde til hensigt at pålægge klausulen. En vidneforklaring, som bekræfter faktiske omstændigheder, hvoraf det fremgår, at den portugisiske regering udviste generel interesse for aftalen, men ikke faktiske omstændigheder, der understøtter det anførte om, at denne regering var interesseret i klausulen, er således ikke relevant for spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens argumenter er holdbare.

- 363 Det tilkommer under disse omstændigheder ikke Retten at anordne den begærede bevisoptagelse (jf. i denne retning dom Siemens mod Kommissionen, nævnt i præmis 345 ovenfor, EU:C:2013:866, præmis 323, samt dom af 27.10.1994, Fiatagri og New Holland Ford mod Kommissionen, T-34/92, Sml., EU:T:1994:258, præmis 27).
- 364 Hvad i anden række angår begæringen om vidneafhøring af R.S.L.G.-O., generalsekretær og bestyrelsesmedlem i Telefónica, A.V.B., direktør med ansvar for økonomi og forretningsudvikling i Telefónica, J.S.B., direktør med ansvar for industrialliancer og datterselskaber, M.L.M.A., vicegeneralsekretær og bestyrelsesmedlem i Telefónica, og endelig endnu en gang A.V., Telefónicas eksterne advokat og repræsentant i forbindelse med kontakterne og forhandlingerne med den portugisiske regering, vedrørende den omstændighed, at Telefónica den 27. juli 2010 insisterede på en ophævelse af klausulen, hvilket PT afviste, må det konstateres, at denne begæring ikke er relevant.
- 365 Selv om det antages, at de vidner, som sagsøgeren har begæret afhørt, bekræfter, at Telefónica den 27. juli 2010 bad PT om at ophæve klausulen, hvilket PT afviste, kan det, henset til samtlige omstændigheder og navnlig klausulens bilaterale karakter (jf. præmis 154 og 171 ovenfor) samt Telefónicas standpunkt under forhandlingerne (jf. præmis 152 og 338 ovenfor), ikke udledes af denne omstændighed, om klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, eller om Telefónicas angivelige bestræbelser for at begrænse klausulens virkninger burde regnes for en formildende omstændighed i forbindelse med bødens udmåling (jf. præmis 335-338 ovenfor).
- 366 Under disse omstændigheder og i betragtning af, at en begæring om, at Retten supplerer bevismaterialet, er virkningsløs, hvis det ikke vil ændre Rettens afgørelse, at den tager denne begæring til følge (jf. den retspraksis, der er nævnt i præmis 348 ovenfor), må begæringen om afhøring af vidner til forhandlingerne den 26. og 27. juli 2010 forkastes, og begæringen om vidneafhøring må forkastes i det hele.
- 367 Det følger heraf, at det sjette anbringende skal tages delvis til følge, for så vidt som Kommissionen burde have undersøgt sagsøgerens argumenter om, at der ikke var nogen potentiel konkurrence mellem Telefónica og PT i forhold til visse tjenester, da den fastlagde værdien af den del af sagsøgerens afsætning, som skulle tages i betragtning ved bødens beregning. Den anfægtede afgørelses artikel 2 annulleres følgelig alene i det omfang, at bødens størrelse er blevet fastsat på grundlag af den værdi af afsætningen, som Kommissionen har anvendt, og Kommissionen frifindes i øvrigt.

Sagens omkostninger

- 368 Ifølge artikel 134, stk. 3, i Rettens procesreglement bærer hver part sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Retten kan dog, hvis dette efter omstændighederne findes begrundet, beslutte, at en part, ud over at bære sine egne omkostninger, skal betale en del af modpartens omkostninger.
- 369 Da sagsøgeren kun til dels har fået medhold, finder Retten under hensyn til sagens omstændigheder, at sagsøgeren bør bære tre fjerdedele af sin egne omkostninger og betale en fjerdedel af Kommissionens omkostninger. Kommissionen bør bære tre fjerdedele af sine egne omkostninger og betale en fjerdedel af sagsøgerens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

- 1) **Artikel 2 i Kommissionens afgørelse C(2013) 306 final af 23. januar 2013 vedrørende en procedure efter artikel 101 TEUF (sag COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) annulleres, for så vidt som afgørelsen fastsætter størrelsen af den bøde, som Telefónica, SA blev pålagt, til 66 894 000 EUR, i det omfang dette beløb er blevet fastsat på grundlag af den værdi af afsætningen, som Europa-Kommissionen har anvendt.**
- 2) **I øvrigt frifindes Kommissionen.**
- 3) **Telefónica bærer tre fjerdedele af sine egne omkostninger og betaler en fjerdedel af Kommissionens omkostninger. Kommissionen bærer tre fjerdedele af sine egne omkostninger og betaler en fjerdedel af Telefónicas omkostninger.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. juni 2016.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	1
I – Præsentation af Telefónica og PT	2
II – Forhandlingerne og aftalens indgåelse	3
III – Begivenheder efter aftalens indgåelse	5
IV – Proceduren ved Kommissionen	6
Den anfægtede afgørelse	6
Retsforhandlingerne og parternes påstande	10
Retlige bemærkninger	11
I – Formaliteten	11
A – Spørgsmålet om, hvorvidt visse bilag til stævningen kan antages til realitetsbehandling ...	11
B – Spørgsmålet om, hvorvidt henvisningerne til den parallelle sag, som PT har anlagt til prøvelse af den anfægtede afgørelse, kan antages til realitetsbehandling	14
II – Realiteten	15
A – Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning	16
1. De tre første anbringender, som i det væsentlige vedrører tilsidesættelsen af artikel 101 TEUF, for så vidt som klausulen ikke har et konkurrencebegrænsende formål	16
a) Indledende bemærkninger	16
b) Vurdering af klausulen som en eventuel accessorisk begrænsning i forhold til Vivo-transaktionen	17
c) Sagsøgerens selvstændige adfærd	18
d) Baggrunden for klausulens indsættelse i aftalen om Vivo-transaktionen og parternes adfærd	19
Det angivelige pres fra den portugisiske regerings side	20
– Principperne om bevisbyrde	20
– Den anfægtede afgørelse	21
– De forhold, som sagsøgeren har fremført	22
– Den angivelige tilsidesættelse af undersøgelsespligten og af princippet om god forvaltningsskik	26

Telefónicas angivelige indsats for at minimere klausulens konkurrencebegrænsende indhold	27
e) Det angivelige materielle indhold og de angivelige praktiske målsætninger med forbeholdet »i det omfang, hvor loven tillader det«	29
Den funktion, der angiveligt går ud på at nedsætte omkostningerne ved transaktionen	29
Den angivelige funktion som strategisk værktøj til opnåelse af konsensus	32
Den påståede funktion, der går ud på at sikre transaktionens opretholdelse	32
Fortolkningen af klausulens ordlyd	33
2. Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF samt utilstrækkelig begrundelse for og urigtig bedømmelse af, om den pågældende praksis var egnet til at begrænse konkurrencen	33
3. Det femte anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, for så vidt som klausulen ikke har konkurrencebegrænsende virkning, samt tilsidesættelse af reglerne om bevisbyrden og af princippet in dubio pro reo	38
B – Påstandene om bødens størrelse	38
1. Indledende bemærkninger	38
a) Principperne for beregning af bøder	38
b) Den anfægtede afgørelse	41
2. Det sjette anbringende om en åbenbar fejl ved beregningen af den oprindelige værdi af Telefónicas afsætning med henblik på fastlæggelse af bødens grundbeløb samt tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og begrundelsespligten	43
a) Det første led om, at værdien af den afsætning, der blev taget i betragtning for Telefónica, skulle svare til værdien af PT's afsætning	43
b) Det andet led om, at der ikke skulle tages hensyn til værdien af visse former for afsætning i forbindelse med bødens beregning	46
Begrundelsen	46
Realiteten	47
– Afsætning i forbindelse med aktiviteter uden for Den Iberiske Halvø	47
– Afsætning i forbindelse med eksisterende aktiviteter	47
– Afsætning i forbindelse med aktiviteter, der ikke kunne anses for at være underlagt konkurrence	48
3. Det syvende anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af en åbenbar fejl ved beregningen af bødens grundbeløb i forhold til overtrædelsens grovhed og tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet	53

4. Det ottende anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af manglende overholdelse af proportionalitetsprincippet og en åbenbar fejl som følge af manglende hensyntagen til andre formildende omstændigheder	55
C – Begæringen om vidneafhøring	56
Sagens omkostninger	60