



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« — begrundelsespligt — overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål — accessorisk begrænsning — potentiel konkurrence — overtrædelse med konkurrencebegrænsende virkninger — beregning af bøden — begæring om afhøring af vidner«

I sag T-208/13,

Portugal Telecom SGPS, SA, Lissabon (Portugal), ved advokaterne N. Mimoso Ruiz og R. Bordalo Junqueiro,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen først ved C. Giolito, C. Urraca Caviedes og T. Christoforou, derefter ved C. Giolito, C. Urraca Caviedes og P. Costa de Oliveira, som befuldmægtigede, bistået af advokat M. Marques Mendes,

sagsøgt,

angående principalt en påstand om annulation 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 22. maj 2015,

afsagt følgende

* Processprog: portugisisk.

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 Telefónica, SA (herefter »Telefónica«) og sagsøgeren, 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).

A – Præsentation af PT og Telefónica

- 3 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).
- 4 PT er den førende teleoperatør i Portugal og har en strategisk tilstedeværelse i andre lande, navnlig 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).
- 5 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 operatørers og navnlig Telefónicas net (27., 28. og 233. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 6 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).

- 7 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).
- 8 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).

B – 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-operator. 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 Telefónica's 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 Telefónica's 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 3 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 4 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).

C – 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 § 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.»

D – *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 begæringer 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 erhvervsmæssige 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 3-7 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 varet 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 anmodet parterne om at fremlægge dokumenter. Parterne er efterkommet denne anmodning inden for den fastsatte frist.
- 62 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret en række mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 22. maj 2015.
- 63 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Det fastslås, at det foreliggende annulationsøgsmål er gyldigt anlagt og kan antages til realitetsbehandling i henhold til artikel 263 TEUF og 264 TEUF.
 - Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Subsidiært nedsættes den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt i den anfægtede afgørelses artikel 2.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger og de omkostninger, som sagsøgeren har afholdt.
- 64 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Afvisning.
 - Subsidiært fastslås det, at sagen savner ethvert retligt grundlag, og afgørelsen opretholdes uændret tillige med den pålagte bøde.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A – Formaliteten

- 65 Sagsøgeren har formelt fremsat to annulationsanbringender til støtte for søgsmålet, hvoraf det første anbringende vedrører tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, nemlig en mangelfuld begrundelse og et utilstrækkeligt bevisgrundlag, og det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af traktaten og af bestemmelserne om dens gennemførelse, for så vidt som afgørelsen er behæftet med en åbenbart

urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder, bevisgrundlaget og bevisets tilstrækkelighed, fejlagtig fortolkning af artikel 101 TEUF med deraf følgende tilsidesættelse af denne bestemmelse, manglende opfyldelse af undersøgelsespligten og pligten til at træffe afgørelse, tilsidesættelse af princippet in dubio pro reo, tilsidesættelse af de principper, som Kommissionen skal overholde ved pålæggelse af bøder, og tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

- 66 Stævningen indeholder tre indledende afsnit med overskrifterne »De faktiske omstændigheder«, »Sagens genstand« og »Afgørelsens væsentligste indhold og de alvorligste mangler«, efterfulgt af de egentlige anbringender.
- 67 Kommissionen har anført, at stævningen må afvises i henhold til artikel 44 i procesreglementet af 2. maj 1991 på grund af manglende klarhed og forståelighed og på grund af fremstillingen af søgsmålsgrundene. Kommissionen har gjort gældende, at det er meget vanskeligt at se, hvilke annullationsanbringender sagsøgeren ønsker at påberåbe sig, da den egentlige fremstilling af søgsmålsgrundene først indledes i stævningens punkt 276 efter en redegørelse, som består af over 250 punkter, hvori sagsøgeren ikke præciserer, hvad denne rent konkret opfatter som et eller flere anbringender om annulation af den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren har i fremstillingen af annullationsanbringenderne heller ikke præciseret, i hvilket omfang denne redegørelse er relevant for konkretiseringen af de nævnte annullationsanbringender.
- 68 Det bemærkes, at stævninger i henhold til artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet af 2. maj 1991 skal indeholde en angivelse af søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald kan tage stilling til sagen på det således foreliggende grundlag (dom af 30.1.2007, France Télécom mod Kommissionen, T-340/03, Sml., EU:T:2007:22, præmis 166). Unionens retsinstanser har i øvrigt udtalt, at fremstillingen af søgsmålsgrundene i stævningen ikke nødvendigvis skal følge terminologien og opregningen i procesreglementet, og at fremstillingen af søgsmålsgrundene ved deres indhold i højere grad end ved deres retlige betegnelse kan være tilstrækkelig, såfremt disse søgsmålsgrunde fremgår tilstrækkeligt klart af stævningen (jf. kendelse af 21.5.1999, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, T-154/98, Sml., EU:T:1999:109, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 Hvis det ikke er tilfældet, og hvis der ikke er fremført en præcis kritik af den anfægtede afgørelse i stævningen, må sagen til gengæld afvises (jf. i denne retning kendelse af 20.1.2012, Groupe Partouche mod Kommissionen, T-315/10, EU:T:2012:21, præmis 22 ff.).
- 70 Det er således ikke acceptabelt, at såvel den sagsøgte institution som Retten tvinges at opstille hypoteser vedrørende det ræsonnement og de præcise betragtninger af faktisk og retlig karakter, som måtte ligge til grund for sagsøgerens betragtninger. Formålet med artikel 44, stk. 1, i procesreglementet af 2. maj 1991 er netop at undgå en sådan situation, som kan skabe retlig usikkerhed, og som er uforenelig med god retspleje (jf. i denne retning kendelse af 19.5.2008, TF1 mod Kommissionen, T-144/04, Sml., EU:T:2008:155, præmis 57).
- 71 Det skal endelig bemærkes, at den del af en stævning med påstand om annulation, som bærer overskriften »De faktiske omstændigheder«, »Sagens genstand« og »Afgørelsens væsentligste indhold og de alvorligste mangler«, som udgangspunkt ikke har til formål at udgøre selvstændige anbringender, der kan føre til annulation af den anfægtede afgørelse, men snarere at beskrive de faktiske omstændigheder og den anfægtede retsakt. Det kan dog ikke uden videre udelukkes, at denne del af stævningen kan indeholde et eller flere annullationsanbringender. En passage, der er anført under disse overskrifter, kan imidlertid kun anses for et anbringende, uagtet stævningens struktur og den omhandlede passages indplacering i den generelle opbygning heraf, såfremt det – ud over den beskrivende funktion – klart og utvetydigt fremgår af denne passage, at gyldigheden af den anfægtede

afgørelses konklusioner anfægtes (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, Honeywell mod Kommissionen, T-209/01, Sml., EU:T:2005:455, præmis 106, og af 1.7.2008, Kommissionen mod D, T-262/06 P, Sml. Pers., EU:T:2008:239, præmis 52).

- 72 Det må i det foreliggende tilfælde konstateres, at stævningen ikke er tilstrækkeligt klar, bl.a. fordi sagsøgeren i mere end 200 punkter gennemgår »[a]fgørelsens væsentligste indhold og de alvorligste mangler« og først derefter når frem til de egentlige »anbringender«. Da disse »anbringender« beskrives meget kortfattet, vil det være nødvendigt at identificere de klagepunkter og argumenter, som sagsøgeren har fremsat til støtte for sine anbringender, i disse ca. 200 punkter.
- 73 Som sagsøgeren angav i replikkens punkt 69 og bekræftede under retsmødet, synes dette i øvrigt at have været dennes hensigt. Det er i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, muligt at identificere de kritikpunkter, som sagsøgeren har fremsat mod den anfægtede afgørelse, og de bestemmelser, der efter sagsøgerens opfattelse er overtrådt, i den del af stævningen, der vedrører »[a]fgørelsens væsentligste indhold og de alvorligste mangler«. Det kan dermed ikke anføres, som Kommissionen har gjort, at »det klart fremgår af stævningen, at den ikke indeholder nogen som helst retlige konklusioner, der kan rejse tvivl om [den anfægtede afgørelses] lovlighed«, kan derfor ikke tages til følge. Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen har været i stand til at formulere et svar på de af sagsøgeren påberåbte klagepunkter.
- 74 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelse må forkastes, og at stævningen må antages til realitetsbehandling.
- 75 Det skal imidlertid bemærkes, at selv om det er muligt at identificere de kritikpunkter, som sagsøgeren har fremsat mod den anfægtede afgørelse, og de bestemmelser, der efter sagsøgerens opfattelse er overtrådt, blandt de ca. 200 punkter, der går forud for fremstillingen af de egentlige anbringender, er sagsøgerens skriftlige indlæg karakteriseret ved en manglende sammenhæng mellem disse kritikpunkter og de fremførte anbringender og en vis mangel på præcision. Det bør under disse omstændigheder påpeges, at Rettens forpligtelse til at begrunde sine afgørelser ikke kan fortolkes således, at den har en forpligtelse til at tage nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af en part, navnlig når dette ikke er tilstrækkeligt klart og præcist og ikke er underbygget af udførlige beviser (dom af 11.9.2003, Belgien mod Kommissionen, C-197/99 P, Sml., EU:C:2003:444, præmis 81, og af 11.1.2007, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, C-404/04 P, Sml., EU:C:2007:6, præmis 90). Det følger desuden af fast retspraksis, at det ikke i medfør af begrundelsespligten påhviler Retten i sin fremstilling udtømmende og et for et at behandle alle de argumenter, der er fremført af parterne i sagen, og at begrundelsen således kan fremgå indirekte, forudsat at de berørte parter kan få kendskab til begrundelsen for, at Retten ikke har godtaget deres argumenter, og således at Domstolen kan råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret (jf. dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, Sml., EU:C:2009:459, præmis 135 og den deri nævnte retspraksis).

B – Realiteten

1. Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning

- 76 Sagsøgeren har til støtte for sin påstand om annullation af den anfægtede afgørelse fremsat et anbringende om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og et anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og af de bestemmelser, der skal overholdes i forbindelse med dens gennemførelse.

a) Anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter

- 77 Sagsøgeren har med henvisning til tilsidesættelsen af væsentlige formforskrifter gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en begrundelsesmangel og et utilstrækkeligt bevisgrundlag, hvorved det sidstnævnte klagepunkt, som sagsøgeren bekræftede under retsmødet, imidlertid skal behandles i forbindelse med gennemgangen af det andet annullationsanbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF.
- 78 Hvad angår den angivelige mangelfulde begrundelse bemærkes det, at den begrundelsespligt, der følger af artikel 296 TEUF, udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra spørgsmålet om begrundelsens rigtighed, der vedrører den anfægtede retsakts materielle lovlighed (dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, C-367/95 P, Sml., EU:C:1998:154, præmis 67, af 22.3.2001, Frankrig mod Kommissionen, C-17/99, Sml., EU:C:2001:178, præmis 35, og af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen, C-521/09 P, Sml., EU:C:2011:620, præmis 146).
- 79 I det foreliggende tilfælde skal det for det første fastslås, at sagsøgeren har beskrevet den anfægtede afgørelses mangelfulde begrundelse under overskriften »Mangelfuld begrundelse« i den del af stævningen, der bærer overskriften »Annullationsanbringender«. De klagepunkter, der er indeholdt i dette afsnit, gennemgås i det følgende. For det andet har sagsøgeren i sin stævning løbende fremsat kritikpunkter, som kan betragtes som klagepunkter mod begrundelsen, men som – med forbehold af de klagepunkter, der gennemgås i præmis 165-168, 220-224 og 254-256 nedenfor – faktisk vedrører den anfægtede afgørelses rigtighed og derfor skal undersøges i forbindelse med vurderingen af de materielle spørgsmål, som de er knyttet til.
- 80 I forbindelse med de kritikpunkter, der formelt er knyttet til anbringendet om tilsidesættelse af begrundelsespligten, har sagsøgeren efter at have mindet om, at denne forpligtelse følger af artikel 296 TEUF, blot gjort gældende, at »den anfægtede afgørelses begrundelse præges af undladelser, uklarheder og fejl på vigtige punkter, hvilket har været til ubodelig skade for konklusionerne«, og »eksempelvis« henvist til Kommissionens konklusioner i 264. betragtning ff. og 353. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse. Det fremgår imidlertid af sagsøgerens udtalelser, at kritikken faktisk ikke er rettet mod begrundelsen, men mod indholdet af de nævnte betragtninger, således som sagsøgeren i øvrigt bekræftede under retsmødet, hvor det blev tilført retsbogen.
- 81 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, for så vidt som det ikke vedrører klagepunkter, der faktisk rejser tvivl om den anfægtede afgørelses rigtighed, og med forbehold af præmis 165-168, 220-224 og 254-256 nedenfor, må forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge de argumenter fra sagsøgerens side, der formelt er knyttet til dette anbringende om begrundelsespligten.

b) Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og af bestemmelserne om dens gennemførelse

- 82 Sagsøgeren mener ikke, at klausulen og parternes forpligtelse til ikke at konkurrere med hinanden på det iberiske marked – henset til klausulens art og de omstændigheder og den sammenhæng af retlig og økonomisk karakter, som klausulen indgår i – kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.
- 83 Sagsøgeren har derfor foreholdt Kommissionen, at den tilsidesatte artikel 101 TEUF ved at fastslå, at klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål. Sagsøgeren har i denne sammenhæng gjort gældende, at Kommissionen ikke har bevist, at der forelå en overtrædelse, og at Kommissionen har gjort sig skyldig i åbenbart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder, bevisgrundlaget og bevisets tilstrækkelighed, fejlagtig anvendelse af artikel 101 TEUF og tilsidesættelse af traktaten, manglende opfyldelse af undersøgelsespligten og af pligten til at træffe afgørelse og endelig tilsidesættelse af princippet in dubio pro reo.

- 84 Som det blev bekræftet under retsmødet, har sagsøgeren i det væsentlige støttet dette anbringende på følgende retlige og faktiske argumenter: Klausulen var ikke forbundet med Vivo-transaktionen, men med den option, som gjorde det muligt for PT at tilbagekøbe sine aktier fra Telefónica (herefter »tilbagekøbsoptionen«), og som fandtes i det andet og tredje tilbud, men ikke i den endelige udgave af aftalen, eller med det i aftalen indeholdte krav om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget, skulle træde tilbage; klausulen indeholdt to forskellige forpligtelser, nemlig en primær forpligtelse til egenvurdering og en sekundær forpligtelse til ikke at konkurrere, og den anden forpligtelse blev kun bindende, hvis det blev fastslået, at den var lovlig, i forbindelse med egenvurderingen; klausulen kunne ikke have noget konkurrencebegrænsende formål, da Kommissionen ikke havde godtgjort, at Telefónica og PT var potentielle konkurrenter, og at klausulen derfor kunne begrænse konkurrencen, og endelig burde Kommissionen have undersøgt klausulens virkninger, eftersom den ikke havde noget konkurrencebegrænsende formål.

Indledende bemærkninger

- 85 Det bemærkes, 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.
- 86 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).
- 87 Denne retspraksis binder 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).
- 88 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 ufornuddent 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 51).
- 89 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).
- 90 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

91 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

92 Det er i lyset af disse principper, at de argumenter, sagsøgeren har fremført, skal undersøges.

Argumenterne om, at klausulen var forbundet med aktiekøbsoptionen eller med kravet om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget, skulle træde tilbage

93 Sagsøgeren har gjort gældende, at klausulen ikke var forbundet med Vivo-transaktionen, men med den tilbagekøbsoption, der fandtes i det andet og det tredje tilbud – hvor det tredje tilbud kun bestod i en prisforhøjelse uden ændring af aftalevilkårene – men ikke i den endelige udgave af aftalen, og med det i aftalen indeholdte krav om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget, skulle træde tilbage.

94 Sagsøgeren har fremhævet, at tilbagekøbsoptionen og klausulen blev indsat i det andet tilbud på samme tid, og gjort gældende, at konkurrenceforbud er kutyme ved erhvervelse af aktiver som f.eks. tilbagekøbsoptionen, hvor der er risiko for, at overdrageren udnytter det overdragne forretningsområde, som denne har indgående kendskab til.

95 Telefónica meddelte den 23. juni 2010, at selskabet ville reducere sin andel af kapitalen i PT med ca. 2%, hvorfor det fjerde tilbud ikke indeholdt nogen tilbagekøbsoption, men forpligtede Telefónica til at sørge for, at selskabets to repræsentanter i PT's bestyrelse opgav dette hverv. På grund af den vanskelige forhandlingsproces blev visse bestemmelser, der stammede fra de foregående tilbud, imidlertid ikke taget op til fornyet drøftelse, hvilket betød, at klausulen blev bevaret med tilføjelsen »i det omfang, hvor loven tillader det«.

96 Sagsøgeren oplyste under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, at selskabet ikke gjorde gældende, at klausulen burde have været kvalificeret som en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica. Det fremgår dog i det væsentlige af sagsøgerens bemærkninger, at konkurrenceforbuddet efter selskabets opfattelse var knyttet dels til optionen til at tilbagekøbe selskabets aktier fra Telefónica, dels til kravet om, at de medlemmer af selskabets bestyrelse, der var udpeget af Telefónica, skulle træde tilbage. Sagsøgeren har desuden anført, at da tilbagekøbsoptionen udgik af udkastet til aftalen, efter at det fjerde tilbud var blevet fremsat, blev udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det«, indsat heri, hvilket ændrede konkurrenceklausulen til en klausul om egenvurdering. Under disse omstændigheder, og for så vidt som hensigten med sagsøgeren argumentation er at undtage klausulen fra artikel 101 TEUF, må følgende lægges til grund.

97 Det fremgår af Domstolens praksis, at hvis en bestemt transaktion eller aktivitet ikke er omfattet af forbuddet fastsat i artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå, er en begrænsning af den kommercielle selvstændighed for en eller flere af deltagerne i denne transaktion eller denne aktivitet heller ikke omfattet af nævnte forbud, hvis denne begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af nævnte transaktion eller aktivitet og står i rimeligt forhold til formålene med disse (jf. dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, Sml., EU:C:2014:2201, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis).

98 Når det ikke er muligt at adskille en sådan begrænsning fra hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten, uden at det er til skade for forekomsten heraf eller genstanden herfor, skal dennes begrænsnings forenelighed med artikel 101 TEUF undersøges sammen med foreneligheden af den hovedtransaktion

eller hovedaktivitet, som den er accessorisk til, og dette selv om en sådan begrænsning isoleret set i første omgang kan synes at henhøre under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom MasterCard m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 97 ovenfor, EU:C:2014:2201, præmis 90).

- ⁹⁹ Begrebet accessorisk begrænsning omfatter således enhver begrænsning, der har direkte forbindelse med og er nødvendig for en hovedtransaktion (dom af 18.9.2001, M6 m.fl. mod Kommissionen, T-112/99, Sml., EU:T:2001:215, præmis 104, og af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, Sml., EU:T:2012:332, præmis 62).
- ¹⁰⁰ Ved begrænsninger, der hænger direkte sammen med en hovedtransaktion, forstås enhver begrænsning, der er af underordnet karakter i forhold til denne transaktions gennemførelse, og som har åbenbar sammenhæng med gennemførelsen af transaktionen (domme M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2001:215, præmis 105, samt E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 63).
- ¹⁰¹ Hvad angår betingelsen om, at begrænsningen skal være nødvendig, er der to aspekter, der skal undersøges. Det skal nemlig undersøges dels, om begrænsningen er objektivt nødvendig for gennemførelsen af hovedtransaktionen, dels, om begrænsningen står i rimeligt forhold til transaktionen (domme M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2001:215, præmis 106, samt E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 64).
- ¹⁰² Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning er objektivt nødvendig, skal det bemærkes, at da det ikke kan antages, at der i EU's konkurrenceret indgår en »rule of reason«, vil det være forkert som led i kvalificeringen af de accessoriske begrænsninger at fortolke betingelsen om objektiv nødvendighed som noget, der indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger (domme M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2001:215, præmis 107, samt E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 65).
- ¹⁰³ Denne holdning kan begrundes med både nødvendigheden af at respektere den effektive virkning af artikel 101, stk. 3, TEUF og hensynet til konsekvensen. Når artikel 101, stk. 1, TEUF ikke indebærer en gennemgang af en hovedbegrænsnings positive og negative virkninger for konkurrencen, må det samme nødvendigvis gøre sig gældende for de ledsagende begrænsninger (domme M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2001:215, præmis 108, samt E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 66).
- ¹⁰⁴ Undersøgelsen af, om en begrænsning er objektivt nødvendig i forhold til hovedtransaktionen, kan som følge heraf ikke undgå at blive forholdsvis abstrakt. Det gælder ikke om at undersøge, om begrænsningen i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende marked er nødvendig for hovedtransaktionens kommercielle succes, men om at afgøre, om begrænsningen, hvis man ser snævert på hovedtransaktionen, er nødvendig for at gennemføre denne transaktion. Hvis hovedtransaktionen viser sig vanskelig eller umulig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses for objektivt nødvendig for transaktionens gennemførelse (domme M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2001:215, præmis 109, samt E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 67).
- ¹⁰⁵ Hvis en begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion, skal det stadig undersøges, om begrænsningens varighed og saglige og geografiske anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den nævnte transaktion. Hvis begrænsningens varighed eller anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre transaktionen, skal begrænsningen vurderes særskilt i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF (dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 68).

- 106 Det skal bemærkes, at når vurderingen af en bestemt forpligtelses accessoriske karakter i forhold til en hovedtransaktion kræver komplicerede økonomiske overvejelser fra Kommissionens side, begrænser retsinstansen sin bedømmelse af overvejelsernes resultat til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, samt om der foreligger en klar faktisk vildfarelse eller magtfordrejning (dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 69).
- 107 Hvis det fastslås, at en begrænsning er direkte forbundet med og nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion, skal denne begrænsnings forenelighed med konkurrencereglerne undersøges samtidig med undersøgelsen af hovedtransaktionens forenelighed med disse regler. Når hovedtransaktionen ikke er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, gælder det samme således for de begrænsninger, der er direkte forbundet med og nødvendige for denne transaktion. Hvis hovedtransaktionen derimod udgør en begrænsning i denne bestemmelses forstand, men er fritaget i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, gælder denne fritagelse ligeledes for de accessoriske begrænsninger (dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 70).
- 108 Det skal desuden bemærkes, at Domstolen i dom af 11. juli 1985, Remia m.fl. mod Kommissionen (42/84, Sml., EU:C:1985:327, præmis 17-20), undersøgte en konkurrenceklausul, der indgik i en kontrakt om overdragelse af en virksomhed. Domstolen udtalte – efter at have fastslået, at den omstændighed, at konkurrenceklausuler fandtes i en kontrakt om overdragelse af en virksomhed, ikke i sig selv bevirkede, at sådanne klausuler faldt uden for anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF – at det for at afgøre, om klausulerne faldt ind under forbuddet i denne artikel, måtte undersøges, hvorledes konkurrenceforholdene ville være uden dem. Domstolen præciserede, at i et sådant tilfælde, hvor sælgeren og køberen fortsat konkurrerede efter overdragelsen, kunne aftalen om virksomhedsoverdragelsen ikke gennemføres, da sælgeren, som kendte de særlige forhold ved den overdragede virksomhed særlig godt, ville bevare muligheden for at tiltrække sin tidligere kundekreds på ny, således at konkurrenceklausuler i en sådan situation i princippet havde den fordel, at de sikrede, at overdragelsen blev mulig og effektiv, idet den dog også præciserede, at de var nødvendige for at overføre den overdragede virksomhed, og at deres gyldighedsperioder og anvendelsesområde var strengt begrænset til det formål.
- 109 Med hensyn til tilbagekøbsoptionen og afgangens af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, skal det bemærkes, at sagsøgeren i stævningens punkt 20 og 76 har anført, at klausulen vedrørende disse to aspekter havde det samme formål som konkurrenceklausuler i aftaler om virksomhedsoverdragelse, nemlig at forhindre Telefónica i at gøre brug af oplysninger, som selskabet havde opnået, fordi det var repræsenteret i PT's bestyrelse, til at konkurrere mod PT.
- 110 Hvad på den ene side angår tilbagekøbsoptionen skal det bemærkes, at den ikke fandtes i den endelige udgave af aftalen og derfor ikke kunne begrunde klausulen, hvilket i øvrigt var årsagen til, at Kommissionen ikke undersøgte, om klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen (jf. 390. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det må i øvrigt under alle omstændigheder konstateres, at sagsøgeren blot har 1) anført, at »konkurrenceforbuddet var i PT's interesse og kutyme ved erhvervelse af aktiver, herunder erhvervelse af aktiver i forbindelse med udnyttelse af en tilbagekøbsoption, især når denne erhvervelse resulterer i øget kontrol, kræver en stor investering og medfører risiko for, at overdrageren udnytter det overdragne forretningsområde, som denne har indgående kendskab til«, 2) fremhævet størrelsen af den kapitalandel, der var omfattet af tilbagekøbsoptionen (10%), og 3) gjort gældende, at »PT var vant til at benytte sådanne klausuler i tilknytning til aftaler om køb og salg af aktier, forudsat at de [var] tidsmæssigt begrænsede og ikke berørte de bestående aktiviteter«, og at »PT havde interesse i at beskytte sig på kort sigt efter udnyttelse af tilbagekøbsoptionen«.

- 111 Sagsøgeren har imidlertid ikke forklaret, hvorfor og hvordan Telefónicas salg af dets aktier i PT i det foreliggende tilfælde konkret kunne medføre en risiko for, at overdrageren fortsatte med at udnytte det pågældende forretningsområde, som denne havde indgående kendskab til, eller hvad sagsøgeren konkret skulle beskytte sig mod som følge af udnyttelsen af tilbagekøbsoptionen.
- 112 Selv om det pointeres, at tilbagekøbsoptionen og klausulen blev indsat i det andet tilbud på samme tid, hvilket kunne pege i retning af en forbindelse mellem de to, har sagsøgeren i øvrigt ikke påvist, at der var en sådan forbindelse. Sagsøgeren har således blot anført, at den omstændighed, at klausulen var forbundet med tilbagekøbsoptionen, fremgår af korrespondancen mellem Telefónica og PT den 1. juni 2010 mellem kl. 2:53 og kl. 17, som resulterede i prisforhøjelsen i det andet tilbud. Denne korrespondance, som Kommissionen har fremlagt på Rettens forespørgsel, består af en udveksling af e-mails mellem Telefónica og PT, som indeholder fortløbende udgaver af aftaleteksten med fremhævede ændringer. Selv om tilbagekøbsoptionen og konkurrenceklausulen optræder i disse udgaver af aftalen, følger det imidlertid ikke heraf, at der er en sammenhæng mellem denne klausul og optionen.
- 113 Det må under disse omstændigheder fastslås, at det ikke kan gøres gældende, at klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen.
- 114 Hvad på den anden side angår afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, har sagsøgeren pointeret, at disse kan have haft adgang til følsomme oplysninger, uden dog at påvise, at der var en reel risiko for, at Telefónica gjorde brug af oplysninger opnået af de bestyrelsesmedlemmer i PT, som selskabet havde udpeget, til skade for PT efter disse medlemmers afgang.
- 115 Det må desuden fastslås, at sagsøgeren ikke har fremlagt oplysninger, der kan rejse tvivl om de konklusioner, som Kommissionen drog i 391.-401. betragtning til den anfægtede afgørelse, og hvorefter klausulen ikke kunne berettiges som en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica.
- 116 Kommissionen anførte således bl.a., at bestyrelsesmedlemmer i den portugisiske selskabsret og nærmere bestemt i artikel 64, 254 og 398 i Código das Sociedades Comerciais (den portugisiske handelslov) forpligtes til ikke at anvende de oplysninger, de har haft adgang til i denne forbindelse, til andre formål end at sikre selskabets drift (395. betragtning til den anfægtede afgørelse). Sagsøgeren har imidlertid ikke forklaret, hvorfor klausulen var nødvendig for at beskytte oplysninger, som var tilgængelige for de medlemmer af bestyrelsen i PT, der var udpeget af Telefónica, efter deres afgang fra denne bestyrelse, når der fandtes en sådan retlig forpligtelse.
- 117 Kommissionen bemærkede ligeledes med hensyn til det angivelige behov for at beskytte de fortrolige oplysninger, som de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, havde haft adgang til, at disse oplysninger var blevet stillet til rådighed for disse medlemmer forud for Vivo-transaktionen, at det ikke blev fundet nødvendigt at fastsætte et konkurrenceforbud på dette tidspunkt, og at parterne ikke havde godtgjort, hvorfor Telefónicas afgang fra PT's bestyrelse skulle have medført et behov for et konkurrenceforbud (393. og 394. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 118 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at klausulen var en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget.
- 119 Det skal i øvrigt påpeges, at sagsøgeren heller ikke har taget afstand fra de bemærkninger, som Kommissionen har anført i 402.-404. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter – selv om det antages, at et konkurrenceforbud havde været nødvendigt i forbindelse med afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, for at sikre beskyttelsen af de fortrolige oplysninger, som var stillet til rådighed for dette organ – et sådant forbud således burde have været

begrænset til det strengt nødvendige, hvilket ikke er tilfældet med klausulen, som er af bilateral karakter og dermed ikke kun forbyder Telefónica at konkurrere med PT, men også PT at konkurrere med Telefónica.

- 120 Som Kommissionen med rette understregede i 386. og 387. betragtning til den anfægtede afgørelse, skal det endelig bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning kan kvalificeres som accessorisk, under alle omstændigheder skal afgøres i forhold til hovedforpligtelsen. I det foreliggende tilfælde er den hovedtransaktion, som konkurrenceklausulen skal vurderes i forhold til, hverken tilbagekøbsoptionen eller afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, men Vivo-transaktionen. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremført omstændigheder, som godtgør, at klausulen var nødvendig for, at denne transaktion kunne gennemføres.
- 121 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har formået at vise, at klausulen burde have været kvalificeret som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen, så længe denne option fandtes i aftalen, hvilket der burde være taget hensyn til ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder i forbindelse med aftalen. Sagsøgeren har heller ikke godtgjort, at klausulen var en accessorisk begrænsning i forhold til kravet i den endelige udgave af aftalen om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, skulle afgå, og at klausulen derfor burde have været undtaget fra forbuddet i artikel 101 TEUF.

Argumenterne om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering

- 122 Sagsøgeren har gjort gældende, at klausulen ikke indeholdt noget konkurrenceforbud, der var i strid med artikel 101 TEUF, da konkurrenceforbuddet i denne klausul var betinget af, at det blev vurderet og valideret af begge parter, og for så vidt som denne vurdering havde fundet sted, og parterne havde konkluderet, at konkurrenceforbuddet ikke var retmæssigt, det ville være bortfaldet uden at have haft nogen som helst virkninger. Denne fortolkning er i enhver henseende den mest plausible fortolkning af den omhandlede bestemmelse.
- 123 Sagsøgeren har anført, at klausulen på grund af udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« faktisk indeholdt to forpligtelser, nemlig en sekundær forpligtelse til ikke at konkurrere (konkurrenceforbuddet) og en primær forpligtelse til egenvurdering, som pålagde parterne at vurdere konkurrenceforbuddets lovlighed, og hvis det blev fastslået, at konkurrenceforbuddet ikke var lovligt, i forbindelse med den egenvurdering, der blev krævet i klausulen, bortfaldt forbuddet automatisk.
- 124 I forbindelse med telefonsamtalerne den 26. og 29. oktober 2010 foretog parterne den egenvurdering, der blev krævet i klausulen, og konkluderede, at konkurrencebegrænsningen ikke var retmæssig. De undersøgte dernæst, om klausulen skulle ophæves, men fandt, at denne løsning var vanskelig at forene med den forpligtelse til egenvurdering, der var indeholdt i klausulen. PT fastslog derfor, at den forpligtelse, der var fastsat i klausulen, var blevet opfyldt, da der var foretaget en egenvurdering, og at de kompetente myndigheder skulle underrettes om resultatet af denne vurdering. Dette var baggrunden for, at parterne den 4. februar 2011 indgik en aftale, hvori de ophævede klausulen og bekræftede, at den på intet tidspunkt havde medført et konkurrenceforbud for parterne.
- 125 Konkurrenceforbuddet kunne desuden ikke have nogen virkninger, før det var blevet valideret, og det kunne derfor ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Selv om dette måtte være tilfældet, bortfaldt forbuddet under alle omstændigheder den 29. oktober 2010, hvor det blev klart for de to parter, at de ikke kunne undlade at konkurrere med hinanden på grundlag af aftalen.
- 126 Sagsøgeren har i den foreliggende sag anfægtet en række af de konklusioner, som Kommissionen drog i den anfægtede afgørelse, men har ikke fremført konkrete omstændigheder eller som minimum relevante argumenter, der kan rejse tvivl om disse konklusioner. Sagsøgeren har i det væsentlige fokuseret på følgende punkter i forbindelse med sin argumentation: 1) Konklusionen i 255.

betragtning til den anfægtede afgørelse om, at det fremgår af klausulens ordlyd, at den var konkurrencebegrænsende, er forkert, 2) parterne kunne med rette være i tvivl om, hvorvidt klausulen var lovlig, fordi den var en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen eller afgangens af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, 3) det var berettiget at vente med at undersøge denne mulighed til et senere tidspunkt på grund af omstændighederne i forbindelse med forhandlingerne om aftalen, 4) konferencsamtalerne i oktober 2010 beviste, at den egenvurdering, der blev krævet i klausulen, havde fundet sted, 5) aftalen af 4. februar 2011 om ophævelse af klausulen bekræftede, at egenvurderingen havde fundet sted, og at klausulen aldrig havde haft nogen virkning, 6) Kommissionen fortolkede PT's svar på begæringen om oplysninger af 5. januar 2011 forkert, og endelig 7) parterne havde under alle omstændigheder haft argumenter nok for ikke at overholde klausulen.

- 127 I første række bemærkes, at sagsøgerens bemærkning om, at konklusionen i 255. betragtning til den anfægtede afgørelse er forkert, skal ses i sammenhæng med de argumenter, hvormed sagsøgeren har præciseret, at klausulen i modsætning til det af Kommissionen anførte ikke skal opfattes som en simpel forpligtelse til egenvurdering, men at den indeholdt to forpligtelser – en forudgående og en efterfølgende – hvor den forudgående forpligtelse til egenvurdering gik ud på at kontrollere, om konkurrenceforbuddet var muligt, og den efterfølgende forpligtelse kun gjaldt, hvis parterne havde sikret sig, at forbuddet var muligt. Tilføjelsen af udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« betød således, at ingen af parterne havde ret til at kræve, at den anden part undlod at konkurrere med denne, uden først at have valideret, at denne adfærd var lovlig, da forpligtelsen til ikke at konkurrere med hinanden var betinget af, at forpligtelsen til at vurdere denne begrænsnings lovlighed var opfyldt.
- 128 Efter sagsøgerens opfattelse adskilte konkurrenceforbuddet sig derfor fra forpligtelsen til egenvurdering, og resultatet af den egenvurdering, der fandt sted under konferencsamtalerne i oktober 2010, var, at konkurrenceforbuddet ikke var lovligt. Formålet med aftalen om ophævelse var at afskaffe klausulen for at skabe klarhed og afvise enhver forestilling om, at parterne skulle have indgået en aftale om et konkurrenceforbud, og ikke at bringe forpligtelsen til egenvurdering til ophør.
- 129 Retten påpeger i lighed med Kommissionen, at den sondring, som sagsøgeren foretager mellem bemærkningen i 76. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter »[p]arterne hævder [...], at klausulen ikke pålægger et konkurrenceforbud, men blot en forpligtelse til egenvurdering af et konkurrenceforbuds lovlighed og rækkevidde«, og bemærkningen om, at »klausulen indeholdt et konkurrenceforbud, hvis lovlighed skulle valideres af parterne«, er helt irrelevant. De to bemærkninger svarer i det væsentlige til at hævde, at det konkurrenceforbud, der er fastsat i klausulen, som følge af udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det«, ikke kunne træde i kraft, før parterne havde undersøgt, om det var lovligt. I modsætning til det, som sagsøgeren synes at have anført, gør dennes præcisering om, at klausulen ikke indebar en forpligtelse til egenvurdering, men en forudgående forpligtelse til egenvurdering og en efterfølgende forpligtelse til ikke at konkurrere, det desuden ikke muligt at tilbagevise de argumenter, som Kommissionen fremsatte i den anfægtede afgørelse.
- 130 Hvad angår den konklusion, som Kommissionen drog i 255. betragtning til den anfægtede afgørelse, ændrer sagsøgerens præcisering om, at klausulen ikke kun indebar en forpligtelse til egenvurdering, men også en – sekundær – forpligtelse til ikke at konkurrere, således intet ved den kendsgerning, at klausulens ordlyd tydeligvis ikke indeholder nogen henvisning til en egenvurdering og derfor ikke understøtter parternes argumenter om, at klausulen indebar en forpligtelse til at gennemføre en sådan vurdering.
- 131 Det må i anden række konstateres, at sagsøgerens øvrige argumenter heller ikke kan tiltrædes. Det fremgår således af gennemgangen af de forhold, som sagsøgeren har gjort gældende i den foreliggende sag, at sagsøgeren ikke har kunnet tilbagevise Kommissionens vurdering om, at antagelsen om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, at denne egenvurdering havde fundet sted, og at konkurrenceforbuddet aldrig var trådt i kraft, hvilket betød, at der ikke forelå nogen overtrædelse af artikel 101 TEUF, ikke var korrekt. Sagsøgeren har begrænset sig til at anføre, at konkurrenceforbuddet var betinget af, at det blev kontrolleret, om det var muligt, men har ikke

fremlagt oplysninger, som kan rejse tvivl om de forhold, som Kommissionen fremførte for at godtgøre, at intet tydede på, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, som var en forudsætning for, at konkurrenceforbuddet kunne træde i kraft.

- 132 Sagsøgeren har for det første fremlagt oplysninger, som skal vise, at fortolkningen om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering af konkurrenceforbuddets lovlighed, bekræftes af, at der herskede rimelig tvivl om, hvorvidt det var muligt at kvalificere konkurrenceforbuddet som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen eller i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica. Sagsøgeren har således anført, at selskabet i betragtning af omstændighederne og det pres, der blev udøvet i forbindelse med forhandlingerne, havde fundet det hensigtsmæssigt at vente med konkurrenceforbuddet, indtil det var afklaret, hvilke konsekvenser det ville have at fjerne tilbagekøbsoptionen og at bevare kravet om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, skulle træde tilbage.
- 133 Denne argumentation må forkastes.
- 134 Med hensyn til tilbagekøbsoptionen skal det på den ene side bemærkes, at denne var indeholdt i det andet og det tredje tilbud (41. og 46. betragtning til den anfægtede afgørelse), men ikke længere fandtes i det fjerde tilbud, fordi Telefónica i mellemtiden havde solgt størstedelen af sin kapitalandel i PT, der oprindeligt havde udgjort ca. 10% (18. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 135 Sagsøgeren har således anført, at der gik så kort tid, fra det fjerde tilbud blev modtaget, til aftalen blev underskrevet, nemlig 24 timer, at parterne ikke fik tid til at efterprøve, om klausulen også ville være lovlig uden tilbagekøbsoptionen, og at de derfor ændrede klausulen til en klausul om egenvurdering for at udskyde undersøgelsen af dens lovlighed til et senere tidspunkt.
- 136 Det følger imidlertid af det i præmis 110-113 ovenfor fastslåede, at det ikke er lykkedes for sagsøgeren at godtgøre, at klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen på det tidspunkt, hvor denne option fandtes i aftalen, eller at der kunne herske rimelig tvivl om dette spørgsmål, således at de argumenter, der baseres på denne antagelse, ikke kan tiltrædes.
- 137 Hvad på den anden side angår det i aftalen indeholdte krav om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, skulle afgå, fastslås det også i præmis 114-118 ovenfor, at det ikke var påvist, at klausulen var en accessorisk begrænsning i forhold til denne afgang, således at den angivelige usikkerhed om dette spørgsmål ikke understøtter antagelsen om, at klausulen faktisk indførte en forpligtelse til egenvurdering af, om en sådan begrænsning var lovlig.
- 138 I denne sammenhæng skal det i øvrigt påpeges – hvilket Kommissionen nævnte i 376. betragtning, litra b), til den anfægtede afgørelse – at sagsøgerens argumentation er selvmodsigende, da bemærkningen om, at klausulen kunne betragtes som en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, ikke stemmer overens med bemærkningen om, at egenvurderingen gjorde det klart, at klausulen ikke var forenelig med konkurrenceretten, eftersom – hvis klausulen havde været lovlig som en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica – den angivelige egenvurdering ikke ville have ført til en konklusion om, at klausulen var ulovlig.
- 139 Det skal desuden bemærkes, at sagsøgeren ganske vist har fastholdt, at det i retlig henseende var vanskeligt at afgøre, om klausulen kunne kvalificeres som en accessorisk begrænsning i forhold til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, men sagsøgeren har, som Kommissionen med rette har anført, aldrig hævdet, at det tog lang tid eller var vanskeligt at vurdere klausulens lovlighed i forbindelse med konferencesamtalerne i oktober 2010, idet sagsøgeren tværtimod har gjort gældende, at to telefonsamtaler var nok til, at parterne kunne nå til enighed om spørgsmålet.

- 140 Det følger heraf, at de angivelige retlige vanskeligheder med at afgøre, om det var muligt at kvalificere klausulen som en accessorisk begrænsning i forhold til tilbagekøbsoptionen eller til afgang af de bestyrelsesmedlemmer i PT, der var udpeget af Telefónica, ikke støtter argumentet om, at indskuddet »i det forhold, hvor loven tillader det« indebar en forpligtelse til egenvurdering af, om konkurrenceforbuddet i klausulen var lovligt.
- 141 Sagsøgeren har for det andet anført, at det på grund af omstændighederne i forbindelse med forhandlingerne om aftalen var begrundet at fastsætte en forpligtelse til egenvurdering forud for konkurrenceforbuddet. Parterne undlod ved gennemgangen af det fjerde tilbud at undersøge klausulerne fra de foregående tilbud på ny og ændrede dem kun, hvis det var nødvendigt for at afstemme tilbuddet med væsentlige elementer i transaktionen. Udtrykket »i det omfang, hvor loven tillader det« blev indsat, fordi omstændighederne havde ændret sig, efter at tilbagekøbsoptionen var bortfaldet, men det var på grund af det store forhandlingsmæssige pres ikke muligt at kontrollere på forhånd, om det var lovligt at opretholde aftalen om konkurrenceforbuddet i dens oprindelige form.
- 142 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at aftalen blev underskrevet mindre end 24 timer efter modtagelsen af det fjerde tilbud. I dette tidsrum var det erhvervelsen af Vivo og Oi, der var fokus på, og klausulen var derfor det sidste, PT bekymrede sig om, og det fremgik ikke, at parterne havde talt om klausulens endelige affattelse, og alt tydede på, at de ikke havde gjort det.
- 143 Denne argumentation virker heller ikke overbevisende.
- 144 Med hensyn til tilbagekøbsoptionens ophævelse skal det indledningsvis bemærkes, at Telefónica allerede den 23. juni 2010 meddelte, at selskabet havde reduceret sin kapitalandel i PT til ca. 2%, således at, som Kommissionen med rette har fremhævet, parterne var bekendt med, at der ikke længere var nogen som helst forbindelse mellem tilbagekøbsoptionen og klausulen, på dette tidspunkt, dvs. over en måned før fremsendelsen af det fjerde tilbud den 27. juli 2010 og aftalens undertegnelse den 28. juli 2010. Sagsøgeren kan derfor ikke hævde, at parterne kun havde 24 timer til at vurdere konsekvenserne af, at tilbagekøbsoptionen var bortfaldet.
- 145 Det skal dernæst bemærkes, at sagsøgeren ikke har tilbagevist de omstændigheder, som Kommissionen fremførte for at godtgøre, at parterne ændrede aftalens indhold op til forhandlingernes afslutning, dvs. den omstændighed, at aftalens § 6 og 7 blev ændret i tidsrummet fra fremsættelsen af det fjerde tilbud til aftalens undertegnelse, og klausulens varighed blev drøftet og ændret kort før aftalens undertegnelse. Sagsøgeren har blot anført, at »det [ikke] fremgår [...], at parterne talte om [klausulens] endelige affattelse, og alt tyder på, at de ikke gjorde det«. Sagsøgerens bemærkning i replikkens punkt 34 om, at den ændring af klausulen, der betød, at den ikke skulle træde i kraft »dags dato«, men på »[tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse]«, var en rent logisk eller ligefrem automatisk ændring, kan desuden ikke tiltrædes. Udtrykket »dags dato« indebar således, at klausulen var gældende fra tidspunktet for aftalens undertegnelse, dvs. fra den 28. juli 2010, hvorimod udtrykket »[tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse]« indebar, at klausulen var gældende fra tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010 (jf. præmis 22 og 25 ovenfor).
- 146 I videre forstand må sagsøgerens argumenter om de angiveligt vanskelige omstændigheder i forbindelse med forhandlingerne endelig afvises. Kommissionen anførte således med rette i 249. betragtning til den anfægtede afgørelse og i punkt 49 i svarskriftet, at det på ingen måde var troværdigt, at virksomheder som Telefónica og PT, der har adgang til og mulighed for at skaffe juridisk rådgivning på højt niveau, skulle have »sjusket« i forbindelse med drøftelserne om og ændringen af aftalens og navnlig klausulens ordlyd. Sagsøgeren har i øvrigt ikke afvist dette og endnu en gang blot anført, at »sandsynligheden for, at parterne oprindeligt havde adgang til og mulighed for at skaffe juridisk rådgivning på højt niveau, var noget usikker og objektivt begrænset«.

- 147 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at den egenvurdering, der angiveligt indgik i klausulen, fandt sted under konferencsamtalerne den 26. og 29. oktober 2010. Da sagsøgeren heller ikke har anfægtet den vurdering, som Kommissionen lagde til grund, bl.a. i 102.-124. betragtning til den anfægtede afgørelse, og hvorefter det ikke kan sluttes af det af parterne anførte, at det var godtgjort, at klausulen »bortfaldt« den 29. oktober 2010, at der var truffet bestemmelse om egenvurdering i klausulen, eller at den angivelige egenvurdering havde haft nogen som helst virkning (124. betragtning til den anfægtede afgørelse), må dennes påstande endnu en gang forkastes. Sagsøgeren har således blot anført, at »beviset for kontakterne og beviset for deres indhold [er de] samme, og [de] er samstemmende«, at der »ikke er grund til at tro, at [konferencsamtalerne] havde noget andet formål end at drøfte [klausulen], og at det ved denne anledning blev bekræftet, at konkurrenceforbuddet var lovligt«, at »[i]ngen af beviserne taler for en så absurd antagelse«, og at »[a]lt tyder tværtimod på, at den fælles diskussion kun kunne føre til én konklusion, [nemlig] at konkurrenceforbuddet var lovstridigt og virkningsløst«.
- 148 Sagsøgeren har heller ikke tilbagevist Kommissionens argumenter om, at hvis klausulen virkelig indebar en forpligtelse til egenvurdering, ville det have været logisk, at sagsøgeren henviste til den og endvidere fastsatte et tidspunkt for denne vurdering i stedet for en fast ikrafttrædelsesdato eller bestemte, at parterne skulle foretage denne egenvurdering hurtigst muligt efter aftalens undertegnelse og i hvert fald inden tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010, hvor klausulen trådte i kraft (250.-255. betragtning og 309. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse). Da sagsøgeren kun har oplyst, at »parterne kan finde det nødvendigt at fastsætte et tidspunkt, eller de kan vælge ikke at gøre det«, at PT ikke havde fundet det påtrængende at klarlægge spørgsmålet, som var blevet »glemt«, fordi konkurrenceforbuddet i klausulen ikke var bindende, så længe dets lovlighed ikke var valideret, og at det under de foreliggende omstændigheder »er forståeligt, at parterne ikke ofrede mange kræfter på at klarlægge spørgsmålet«, må det konstateres, at sagsøgeren hverken har forklaret, hvorfor der ikke var fastsat et tidspunkt for egenvurderingen, eller hvorfor det tog så lang tid, inden den angiveligt blev foretaget.
- 149 Den tro og love-erklæring fra M.R.S.S.N., der var ansvarlig for PT's konkurrenceafdeling på tidspunktet for aftalens indgåelse og på tidspunktet for aftalen om ophævelse af klausulen, som Kommissionen har fremlagt som bilag B.1 til Kommissionens svarskrift, ændrer intet ved denne konklusion. I denne erklæring bekræfter M.R.S.S.N. ganske vist, at Telefónica og PT under telefonsamtalerne i oktober 2010 vurderede, om klausulen var forenelig med konkurrencereglerne, at parterne konkluderede, at de ikke kunne aftale klausulen med den ordlyd, der oprindeligt var fastsat, og at det ligeledes fremgår af disse samtaler, at den forpligtelse, der var fastsat i klausulen, kunne anses for at være opfyldt, når parterne havde undersøgt, om klausulen var lovlig, og konkluderet, at dens formål var umuligt at opfylde (jf. også 117. betragtning til den anfægtede afgørelse). Som Kommissionen fremhævede (120. og 122. betragtning til den anfægtede afgørelse), kan denne erklæring imidlertid ikke betragtes som et samtidigt bevis for indholdet af samtalerne i oktober 2010, hvilket ville have givet den 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 den omhandlede erklæring blev afgivet af en person, som kunne have en direkte interesse i sagen, og som ikke kunne anses for at være uafhængig af sagsøgeren (jf. i denne retning dom Siemens mod Kommissionen, EU:T:2011:68, præmis 69 og 70).
- 150 Det følger heraf, at denne erklæring, der er det eneste bevismiddel, henset til samtlige omstændigheder, ikke er tilstrækkelig 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. dom af 8.7.2004, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, T-44/00, Sml., EU:T:2004:218, præmis 84

og den deri nævnte retspraksis, samt domme af 8.7.2004, Dalmine mod Kommissionen, T-50/00, Sml., EU:T:2004:220, præmis 72, og 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 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).

- 151 Sagsøgeren har for det fjerde anfægtet Kommissionens vurdering (313.-323. betragtning til den anfægtede afgørelse) af aftalen om ophævelse af klausulen (jf. præmis 29 ovenfor). Efter Kommissionens opfattelse støtter aftalen om ophævelse reelt ikke antagelsen om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, der blev opfyldt under telefonsamtalerne i oktober 2010, bl.a. fordi det ikke kan udledes af ordlyden af aftalen om ophævelse, at beslutningen om at ophæve klausulen var forbundet med en forpligtelse til egenvurdering (315. betragtning til den anfægtede afgørelse). Baggrunden for, at parterne besluttede at »ophæve« klausulen, er beskrevet i betragtningerne til aftalen om ophævelse, men der henvises ikke til telefonsamtalerne i oktober (316. betragtning til den anfægtede afgørelse), og det fremgår klart af denne aftales ordlyd, at klausulen omfattede et konkurrenceforbud og ikke en forpligtelse til egenvurdering (317.-322. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 152 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens fortolkning beror på den fejlagtige antagelse, at parterne har givet udtryk for, at klausulen kun indebar en forpligtelse til egenvurdering, hvorimod PT hele tiden har givet udtryk for, at klausulen indebar to forpligtelser, nemlig en forudgående forpligtelse til egenvurdering og en sekundær forpligtelse til ikke at konkurrere. Når dette tages i betragtning, modsiger aftalen om ophævelse på ingen måde idéen om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering.
- 153 Denne argumentation må forkastes. Selv om der tages hensyn til fortolkningen om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering og et konkurrenceforbud, må det konstateres, at Kommissionens argumentation, der opsummeres i præmis 151 ovenfor, stadig er korrekt. Sagsøgeren har i øvrigt blot anført, at aftalen om ophævelse »bekræfter« den fortolkning, som parterne enedes om under konferencesamtalerne i oktober 2010, og at det anførte i denne aftale om, at klausulen »ikke kan anvendes og aldrig er blevet anvendt«, kun virker meningsløs, hvis klausulen begrænses til en forpligtelse til egenvurdering, eftersom det ville være meningsløst at hævde, at forpligtelsen ikke kan anvendes og aldrig er blevet anvendt, når parterne netop har anført, at den egenvurdering, der angiveligt indgik i klausulen, har fundet sted, men ikke hvis det antages, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering og et konkurrenceforbud, eftersom det i så fald ikke ville være meningsløst at hævde, at forpligtelsen i klausulen ikke kan anvendes og aldrig er blevet det.
- 154 Denne argumentation ændrer imidlertid intet ved den omstændighed, at der i aftalen ikke henvises til konferencesamtalerne i oktober 2010 eller til den fortolkning af klausulen, der angiveligt blev foretaget under disse konferencesamtaler, den omstændighed, at den bekræftede det angivelige resultat af disse konferencer, eller generelt den omstændighed, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering. Selv om det antages, at den angivelige sontring, som PT foretog mellem det anførte om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, og det anførte om, at den indebar en forpligtelse til egenvurdering og et konkurrenceforbud, er korrekt, er ordlyden af aftalen om ophævelse og navnlig det anførte om, at klausulen ikke kan anvendes og aldrig er blevet det, alligevel meningsløse i forhold til en sådan fortolkning.
- 155 Sagsøgeren har for det femte gjort gældende, at Kommissionen tog fejl, da den i 115. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte, at PT i sit svar på begæringen om oplysninger af 5. januar 2011 ikke nævnte, at klausulen skulle anses for at være forbundet med en forpligtelse til at foretage en

egenvurdering, og da den i 303. betragtning til den anfægtede afgørelse bemærkede, at parterne først i deres svar på klagepunktsmeddelelsen havde gjort gældende, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering.

- 156 Det bemærkes, at PT i punkt 30, 31 og 32 i sit svar på begæringen om oplysninger har anført, at »[s]elv om den nævnte klausul blev offentliggjort af [PT] den 9. juni 2010 (jf. bilag 10), blev den glemt, fordi virksomheden ikke følte sig bundet af den og ikke forventede at kunne stille nogen som helst krav til Telefónicas adfærd i henhold til dens bestemmelser, i hvert fald ikke før det var vurderet, om klausulen var lovlig«. PT tilføjede, at »spørgsmålet først blev taget op igen på grund af en række avisartikler, der blev bragt den 23. og 24. august og den 19. [oktober] 2010«, at »[i] forlængelse af disse artikler bad [selskabet] sine advokater om at kontakte Telefónicas advokater for at klarlægge spørgsmålet«, og at »der blev foretaget to konferencsamtaler den 26. og 29. oktober 2010, hvor det blev konkluderet, at der ikke fandtes en tilstrækkelig begrundelse for en konkurrenceklausul, og at klausulen ikke var hensigtsmæssig og derfor burde ophæves«.
- 157 Selv om PT således ikke udtrykkeligt tilkendegav, at den primære forpligtelse, der blev indført med klausulen, var en forpligtelse til egenvurdering, anførte selskabet ikke desto mindre, at det »ikke følte sig bundet af den og ikke forventede at kunne stille nogen som helst krav til Telefónicas adfærd i henhold til dens bestemmelser, i hvert fald ikke før det var vurderet, om klausulen var lovlig«, hvilket antyder, at klausulens lovlighed skulle vurderes, inden den trådte i kraft.
- 158 Selv om Kommissionens bemærkning om, at parterne først i deres svar på klagepunktsmeddelelsen havde gjort gældende, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, bør tages med et vist forbehold, skal det imidlertid påpeges, at de pågældende udtalelser ikke bekræfter, at klausulen bortfaldt efter den angivelige egenvurdering, og at den omstændighed, at PT i sit svar på begæringen om oplysninger af 5. januar 2011 lod forstå, at klausulens lovlighed skulle valideres, inden den trådte i kraft, desuden intet ændrer ved den omstændighed, at sagsøgeren i den foreliggende sag for Retten hverken har godtgjort, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, eller at klausulen bortfaldt efter den angivelige egenvurdering i oktober 2010.
- 159 For det sjette har sagsøgeren endelig anført, at Kommissionen under alle omstændigheder burde have taget hensyn til, at klausulen var virkningsløs, eftersom parterne havde tilstrækkelige argumenter for ikke at overholde konkurrenceforbuddet. Sagsøgeren mener således, at det fremgår klart af de præciseringer, som Telefónica og PT er kommet med, at parterne ikke har de samme interesser i forhold til klausulen, idet Telefónica har anført, at virksomheden accepterede klausulen for at gøre det muligt at gennemføre Vivo-transaktionen, hvorimod PT ønskede at beskytte sig selv som følge af tilbagekøbsoptionen. De to parter opfattede af, hvad der var lovligt, var således forskellige, og de havde nok argumenter hver især for ikke at overholde konkurrenceforbuddet.
- 160 Denne argumentation må forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge de forhold, der angiveligt peger i retning af, at parterne havde haft argumenter nok for ikke at overholde konkurrenceforbuddet. Det er herved tilstrækkeligt at minde om, at aftaler, som er forbudt i medfør af artikel 101, stk. 2, TEUF, ikke har nogen retsvirkning, og at virksomheder derfor ikke er forpligtet til at overholde dem. Da ugyldigheden efter artikel 101, stk. 2, TEUF er absolut, kan en aftale, som ifølge denne bestemmelse er uden gyldighed, hverken have virkning i retsforholdene mellem kontrahenterne eller gøres gældende over for tredjemand (jf. analogt dom af 25.11.1971, Béguelin Import, 22/71, Sml., EU:C:1971:113, præmis 29). Selv om man har »argumenter for ikke at overholde konkurrenceforbuddet«, indebærer dette således ikke, at en aftale kan undtages fra forbuddet i artikel 101 TEUF.
- 161 Det følger heraf, at argumentet om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering, må forkastes.

Argumenterne om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af manglende undersøgelse af de potentielle konkurrencevilkår

- 162 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen begik en fejl, fordi den ikke undersøgte de potentielle konkurrencevilkår for at fastslå, om der, henset til de relevante markeders struktur og den økonomiske og retlige sammenhæng, var reelle og konkrete muligheder for, at Telefónica og PT konkurrerede med hinanden på de relevante markeder, der angiveligt var omfattet af klausulen. En restriktion skal imidlertid være egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger, for at den kan anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål«.
- 163 Sagsøgeren har i denne forbindelse gjort gældende, at parterne ikke kunne betragtes som potentielle konkurrenter på grund af hindringer – i form af love og administrative bestemmelser – for adgang til og ekspansion på det portugisiske marked for elektronisk kommunikation og hindringer, der skyldtes de relevante markeders struktur, karakteristika og særlige kendetegn.
- 164 Sagsøgeren har i øvrigt foreholdt Kommissionen, at den i den anfægtede afgørelse undlod at tage hensyn til den grundige analyse af de portugisiske markeder for elektronisk kommunikation og af de hindringer, der gjorde det umuligt at konkurrere på disse markeder, som var indeholdt i sagsøgerens svar på klagepunktsmeddelelsen, og at den nøjedes med at fremsætte en række generelle argumenter, hvilket ikke er foreneligt med de forpligtelser, der følger af retspraksis, og undlod at tilbagevise mange af de argumenter, som sagsøgeren havde fremført.
- 165 Det fremgår i første række af sagsøgerens argumenter, at selskabet i virkeligheden ikke har rejst tvivl om den formelle begrundelse 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.
- 166 Det fremgår under alle omstændigheder af 265.-278. betragtning til den anfægtede afgørelse, 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 generelt gøres gældende, at den anfægtede afgørelse er utilstrækkeligt begrundet på dette punkt, kan den således ikke tiltrædes.
- 167 I stævningens punkt 136 og 318 har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse undlod at tilbagevise det argument, der var nævnt i 169. betragtning hertil, nemlig argumentet om, at hvis visse detailmarkeder var udelukket fra klausulens anvendelsesområde, måtte de tilsvarende engrosmarkeder også være det, eftersom den aktuelle eller potentielle konkurrence på detailmarkederne dannede grundlag for konkurrencen på engrosmarkederne, og at hvis de førstnævnte markeder ikke var omfattet af konkurrenceforbuddet, var de sidstnævnte det heller ikke. Det fremgår imidlertid af en gennemgang af 153., 154. og 169. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen fandt, at parterne skulle betragtes som potentielle konkurrenter på alle markeder for elektroniske kommunikationstjenester og tv-tjenester, og da Kommissionen ikke accepterede antagelsen om, at visse detailmarkeder skulle udelukkes fra klausulens anvendelsesområde, var det dermed ufornuddigt at tilbagevise argumentet om, at de engrosmarkeder, der svarede til disse detailmarkeder og udgjorde et supplement til dem, skulle udelukkes fra klausulens anvendelsesområde.
- 168 Sagsøgeren har endvidere kritiseret den anfægtede afgørelse for at indeholde få eller ingen betragtninger om, hvilke markeder der faktisk kunne være genstand for den omhandlede aftale. For så vidt som denne kritik også omfatter Kommissionens opfyldelse af begrundelsespligten, må den forkastes, eftersom Kommissionen i den anfægtede afgørelses afsnit 5.3 (186.-197. betragtning) beskrev

de »relevante produktmarkeder« og i modsætning til det af sagsøgeren anførte både henviste til retningslinjerne i sin henstilling af 17. december 2007 om relevante produkt- og tjenestemarkeder inden for den elektroniske kommunikationssektor, som er underlagt forhåndsregulering i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT L 344, s. 65) og til sine tidligere afgørelser samt retspraksis (186. betragtning til den anfægtede afgørelse). I den anfægtede afgørelses afsnit 5.5 (200.-233. betragtning til den anfægtede afgørelse) analyserede Kommissionen desuden »parternes tilstedeværelse på de relevante markeder«. Den anførte endelig, at det ikke var nødvendigt at afgrænse de relevante markeder præcist på grund af klausulens brede anvendelsesområde.

- 169 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).
- 170 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).
- 171 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).
- 172 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).
- 173 Det skal i øvrigt påpeges, at en aftale 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).
- 174 Der skal desuden påpeges endnu en gang (jf. præmis 90 ovenfor), 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. 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 86 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

- 175 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, Sml., EU:T:2007:267, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).
- 176 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 150 ovenfor, EU:T:2004:218, præmis 132).
- 177 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 markederne, 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.
- 178 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 150 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 150 ovenfor, EU:T:2004:218, præmis 131, og dom af 21.5.2014, *Toshiba* mod Kommissionen, T-519/09, Sml., EU:T:2014:263, præmis 231).
- 179 Sagsøgerens argumenter om, at selv om der angiveligt foreligger en aftale om et konkurrenceforbud, beviser det ikke, at der foreligger en potentiel konkurrence mellem parterne, er derfor ikke relevante.

- 180 Det fremgår således af retspraksis, at indgåelsen af en sådan aftale i hvert fald er et klart tegn på, at der foreligger et potentielt konkurrenceforhold (jf. i denne retning dom Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 178 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 231). Som Kommissionen med rette fremhævede i 271. betragtning til den anfægtede afgørelse, anerkendte parterne ved at indgå en aftale om et konkurrenceforbud, at de i hvert fald var potentielle konkurrenter i forhold til visse tjenester. Aftalen om et konkurrenceforbud var desuden kun et af de forhold, hvorpå Kommissionen baserede sin konklusion om, at der forelå en potentiel konkurrence mellem parterne (jf. præmis 169-172 ovenfor og præmis 182 nedenfor).
- 181 I denne forbindelse følger det bl.a. af 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 parters 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 99 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 178 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 230).
- 182 I det foreliggende tilfælde konstaterede Kommissionen imidlertid, at markedet for tele- og tv-tjenester i Spanien og Portugal var fuldt liberaliseret (jf. præmis 172 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).
- 183 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.
- 184 Det skal således bemærkes, at sagsøgeren ud at fremføre de argumenter, der gennemgås i præmis 162-181 ovenfor, blot har anfægtet Kommissionens argumentation, der opsummeres i præmis 182 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.
- 185 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.
- 186 Uden at det er nødvendigt at gå nærmere ind på denne argumentation, 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 99 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).

187 Hvad endelig angår sagsøgerens argumenter om, at det var åbenbart, at aftalen om konkurrenceforbuddet ikke var til hinder for, at Telefónica styrkede sin kapitalbesiddelse i Zon, og at det derfor var meget usandsynligt, at Telefónica ville udvikle sin egen infrastruktur på det portugisiske marked, fordi det ville være skadeligt for Zons virksomhed, skal det på den ene side bemærkes – hvilket Kommissionen bekræftede i 164. betragtning til den anfægtede afgørelse – at argumentet om, at klausulen ikke var til hinder for, at Telefónica styrkede sin kapitalbesiddelse i Zon, ikke kan tiltrædes, da klausulen indeholder et udtrykkeligt forbud mod »direkte eller indirekte via et tilknyttet selskab at iværksætte eller investere i noget projekt i telesektoren«, hvilket også omfatter Telefónicas forøgelse af kapitalandelen i Zon. På den anden side kan det ikke udledes af den omstændighed, at Telefónica allerede besad en minoritetsandel i Zon, som det var forbudt at forøge i henhold til klausulen, at Telefónica ikke var en potentiel konkurrent på det portugisiske marked, men det antyder, at Telefónica kunne have forøget denne andel eller erhvervet andele hos andre operatører, hvis klausulen ikke havde været der.

188 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 markeders struktur og af den potentielle konkurrence mellem parterne på disse markeder for at kunne konkludere, at klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål. Sagsøgerens argumenter om, at artikel 101 TEUF blev tilsidesat på grund af manglende undersøgelse af de potentielle konkurrencevilkår, må derfor forkastes.

Argumenterne om manglende virkninger

189 Sagsøgeren har anført, at klausulen ikke havde noget konkurrencebegrænsende formål, og at Kommissionen heller ikke godtgjorde, at klausulen havde haft konkurrencebegrænsende virkninger, eller at den kunne få sådanne virkninger.

190 Da det følger af gennemgangen af sagsøgernes argumenter i præmis 93-188 ovenfor, at det ikke er lykkedes for sagsøgeren at påvise, at Kommissionens konklusion om, at klausulen havde et konkurrencebegrænsende formål, var forkert, bygger dennes argumentation, der opsummeres i præmis 189 ovenfor, på en fejlagtig antagelse om, at den pågældende adfærd ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, og må derfor forkastes. 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).

191 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 markederne (dom af 8.12.2011, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, C-389/10 P, Sml., EU:C:2011:816, præmis 75).

192 Sagsøgerens argument om, at Kommissionen med bemærkningen om, at den omstændighed, at parterne ikke har iværksat nye aktiviteter i Spanien eller Portugal, kan være et ikke-entydigt tegn på, at klausulen er blevet anvendt (365. betragtning til den anfægtede afgørelse), pålægger parterne føre et umuligt bevis (*probatio diabolica*) for, at de manglende nye aktiviteter ikke skyldes klausulen, kan i øvrigt ikke tiltrædes. For så vidt som Kommissionen ikke har støttet sig på dette forhold for at godtgøre, at klausulen udgør en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, men har henvist til, at klausulen har et konkurrencebegrænsende formål, og for så vidt som Kommissionen har angivet, at den

omstændighed, at parterne ikke har iværksat nye aktiviteter på de relevante markeder, er et »ikke-entydigt tegn« på, at klausulen kan have været anvendt, kan sagsøgeren ikke foreholde Kommissionen, at den forlangte et umuligt bevis af parterne.

- 193 Argumentationen om Kommissionens manglende undersøgelse af klausulens virkninger må som følge heraf forkastes.

2. Påstandene om bødens størrelse

- 194 Sagsøgeren har subsidiært anfægtet størrelsen af den bøde, som selskabet blev pålagt, og gjort gældende, at bøden bør nedsættes, idet Kommissionen – selv om det antages, at klausulen kunne have konkurrencebegrænsende virkninger – ikke tog passende hensyn til omfanget af disse virkninger og deres varighed ved bødens udmåling og dermed tilsidesatte den principperne for beregning af bøder og proportionalitetsprincippet.

a) Indledende bemærkninger

Principperne for beregning af bøder

- 195 Det fremgår af fast retspraksis, at Kommissionen har vide skønsmetoder 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 skønsmetoder 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).
- 196 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).
- 197 Som anført i præmis 52 ovenfor fastsatte Kommissionen i det foreliggende tilfælde bødernes størrelse ved hjælp af den metode, der er fastsat i retningslinjerne.
- 198 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).
- 199 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 198 ovenfor, EU:C:2005:408, præmis 211 og den deri nævnte retspraksis, og Carbone-Lorraine mod Kommissionen, nævnt i præmis 198 ovenfor, EU:T:2008:416, præmis 71).

200 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 198 ovenfor, EU:C:2005:408, præmis 211 og 213).

201 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.«

202 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 overtrædelserne, i det relevante geografiske område inden for EØS. Kommissionen anvender normalt virksomhedens afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor den har deltaget i overtrædelserne [...].

[...]

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

[...]«

203 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).

204 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.»

205 Som Domstolen påpegede i dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 191 ovenfor (EU:C:2011:816, præmis 129), og i dom af 8. december 2011, KME Germany m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, Sml., 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.

206 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 205 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 103).

Den anfægtede afgørelse

207 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).

208 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).

209 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).

- 210 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).
- 211 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).
- 212 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).
- 213 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.
- 214 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 202 ovenfor) i det foreliggende tilfælde, hvilket den i øvrigt bekræftede under retsmødet.
- 215 Med hensyn til reguleringen af grundbeløbet fandt Kommissionen, at der ikke forelå nogen skærpende omstændigheder, som skulle tages i betragtning i foreliggende tilfælde (496. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 216 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).
- 217 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).
- 218 De endelige bødebeløb udgør som følge heraf 66 894 400 EUR for Telefónica og 12 290 400 EUR for PT.

b) Den afsætning, der blev taget i betragtning ved bødens beregning

- 219 Sagsøgeren har anfægtet Kommissionens konklusioner om klausulens anvendelsesområde og gjort gældende, at den bøde, som selskabet er blevet pålagt, skal nedsættes, eftersom der skal tages hensyn til en lavere omsætning ved bødens beregning, når visse aktiviteter udelukkes fra klausulens anvendelsesområde. Kommissionen tog ikke hensyn til den grundige analyse af de portugisiske markeder for elektronisk kommunikation, der var indeholdt i sagsøgerens svar på klagepunktsmeddelelsen, og undlod at tage stilling til eller tilbagevise mange af de argumenter, som sagsøgeren havde fremført.

Begrundelsen

- 220 For så vidt som denne argumentation fra sagsøgerens side skal ses som en anfægtelse af Kommissionens manglende opfyldelse af begrundelsespligten, skal 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 *Elf Aquitaine mod Kommissionen*, nævnt i præmis 78 ovenfor, 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 *Kommissionen mod Sytraval og Brink's France*, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:1998:154, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).
- 221 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 af 9.7.2003, *Cheil Jedang mod Kommissionen*, T-220/00, Sml., EU:T:2003:193, præmis 217 og den deri nævnte retspraksis).
- 222 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 221 ovenfor, EU:T:2003:193, præmis 218).
- 223 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 overtrædelsen.

- 224 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. For så vidt som det antages, at sagsøgerens argumentation vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten, må den derfor forkastes.

Realiteten

- 225 Sagsøgeren har gjort gældende, at der ikke bør tages hensyn til værdien af visse former for afsætning ved bødens beregning, nærmere bestemt afsætning på markeder, hvor parterne ikke var potentielle konkurrenter, afsætning i forbindelse med bestående aktiviteter og afsætning uden for Den Iberiske Halvø.

– Afsætning i forbindelse med aktiviteter, der ikke kunne anses for at være underlagt konkurrence

- 226 Hvad angår den afsætning, der var opnået på markeder eller vedrørende tjenester, som ifølge sagsøgeren ikke var underlagt potentiel konkurrence, skal det 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 208 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.

- 227 Under retsmødet forklarede Kommissionen som svar på Rettens spørgsmål, 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.

- 228 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

- 229 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.

- 230 Det følger heraf, at selv om Kommissionen ikke skulle vurdere den potentielle konkurrence for hver enkelt af de tjenester, som sagsøgeren havde anført, med henblik på at fastslå overtrædelsen (jf. præmis 169-188 ovenfor), burde den alligevel 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.
- 231 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).
- 232 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 (dom af 7.6.1983, *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, 100/80-103/80, Sml., EU:C:1983:158, præmis 121, og domme *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen*, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 54, samt *LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen*, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 50).
- 233 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 231 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 55, samt *LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen*, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 51).
- 234 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.
- 235 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«.
- 236 Det fremgår 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 objektivi kriterium, der giver et rimeligt indtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence (jf. i denne retning dom *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i

præmis 232 ovenfor, EU:C:1983:158, præmis 121, samt 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, Sml., EU:T:2008:252, præmis 84).

- 237 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 231 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 57, og LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 53).
- 238 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 237 ovenfor, EU:C:2013:464, præmis 75-78, samt Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2014:2363, præmis 57-59, 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, samt dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, nævnt i præmis 231 ovenfor, EU:C:2015:258, præmis 53-58 og 64).
- 239 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 237 ovenfor, EU:C:2013:464, præmis 76, samt Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, nævnt præmis 238 ovenfor, EU:C:2015:184, præmis 148).
- 240 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 175, 176 og 178 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 177 ovenfor). Domstolen har således i en konkret sag, der var omfattet af 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), 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 196 ovenfor, EU:C:2009:505, præmis 64).
- 241 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 239 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.

- 242 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.
- 243 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 faktuel og retlig analyse.
- 244 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.
- 245 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 af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, Sml., 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.
- 246 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 var på de spørgsmål, som Retten stillede under retsmødet, og som 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 Portugal, 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 Telefónica var en potentiel konkurrent til PT i forhold til de pågældende tjenester, eftersom Telefónica kunne have valgt at deltage i udbuddene eller at opkøbe en eksisterende operatør.

- 247 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.
- 248 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.
- 249 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.
- 250 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.

– Afsætning i forbindelse med eksisterende aktiviteter

- 251 Sagsøgeren har gjort gældende, at der efter klausulens ordlyd ikke skal tages hensyn til afsætning i forbindelse med eksisterende aktiviteter ved bødens beregning.
- 252 Der skal i første række mindes om, at det fremgår af 482. og 483. betragtning til den anfægtede afgørelse, at værdien af afsætningen af globale teletjenester og internationale engrosbærertjenester, hvor parterne var faktiske konkurrenter på datoen for aftalens indgåelse, ikke blev taget i betragtning ved bødens beregning.
- 253 Sagsøgeren har i anden række anført, at værdien af PT's afsætning af tjenester, som svarede til tjenester leveret af Zon, dvs. fastnettelefoni, bredbåndinternet og betalings-tv, falder uden for klausulens anvendelsesområde, eftersom – da Telefónica var medejer af dette selskab, som var konkurrent til PT, og som var aktiv i sektoren for elektronisk kommunikation (jf. præmis 7 ovenfor) – de tjenester, der er leveret af Zon, henhører under kategorien »investeringer eller aktiviteter, som består dags dato« (jf. præmis 1 ovenfor), og de falder derfor uden for klausulens anvendelsesområde.
- 254 Sagsøgeren har for det første anført, at den anfægtede afgørelse indeholder få eller ingen præciseringer om visse kritikpunkter, som dens adressater har fremsat, og at Kommissionen med hensyn til Telefónicas kapitalbesiddelse i Zon og den heraf følgende indflydelse blot gentog, at denne kapitalandel ikke gav Telefónica nogen kontrolbeføjelse. For så vidt som denne bemærkning kan forstås således, at det hermed gøres gældende, at Kommissionen tilsidesatte sin begrundelsespligt, bør denne påstand forkastes.
- 255 Det må således konstateres, at Kommissionen tog stilling til parternes argument om udelukkelsen af Zons tjenester fra klausulens anvendelsesområde ved at præcisere, at den ikke var enig i, at Zons aktiviteter skulle udelukkes fra klausulens anvendelsesområde, idet parterne, hvis de havde ønsket at godtgøre, at de konkurrerede med hinanden i Portugal på grund af Telefónicas kapitalandel i Zon, således burde have godtgjort, at Telefónica kontrollerede denne operatørs aktiviteter, hvilket de ikke gjorde, hvorved det fremgik af årsregnskabet for 2011, at Telefónica ikke kontrollerede den portugisiske operatør. Kommissionen gjorde det dermed klart, hvorfor den fandt, at Zons aktiviteter ikke skulle

udelukkes fra klausulens anvendelsesområde, og hvorfor den konkluderede, at Telefónica ikke kontrollerede dette selskab, således at Kommissionen ikke kan kritiseres for at have tilsidesat begrundelsespligten.

256 Det bemærkes herved, at Kommissionen i 156.-164. betragtning til den anfægtede afgørelse også 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, idet det således ville være i strid med klausulen, hvis et selskab, som ikke var kontrolleret, men hvori en af parterne besad en minoritetsandel, påbegyndte en aktivitet, der var forbudt. Kommissionen fandt endvidere, at parterne ikke kunne gøre gældende, at de havde påtaget sig nogen som helst forpligtelse for og på vegne af selskaber, som de havde en minoritetsandel i, men ikke kontrollerede, for så vidt som 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.

257 Med hensyn til realiteten har sagsøgeren for det andet hverken anfægtet den ovenfor nævnte argumentation eller Kommissionens konklusion om, at Telefónica i den omhandlede periode kun besad en minoritetsandel i Zon (5,46%) (19. betragtning til den anfægtede afgørelse) og derfor ikke kontrollerede dette selskab, således at tjenester leveret af Zon ikke kunne betragtes som tjenester leveret af Telefónica, dvs. tjenester, som Telefónica og PT konkurrerede om, og som af den grund skulle udelukkes fra klausulens anvendelsesområde. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har godtgjort, hvorfor tjenester leveret af Zon efter sagsøgerens opfattelse skulle betragtes som tjenester leveret af Telefónica og derfor skulle udelukkes fra klausulens anvendelsesområde, selv om Telefónica kun besad en minoritetsandel i dette selskab. Sagsøgerens argumentation må på denne baggrund forkastes.

– Afsætning i forbindelse med aktiviteter uden for Den Iberiske Halvø

258 Sagsøgeren har anfægtet det geografiske anvendelsesområde, som Kommissionen fastlagde for klausulen, og gjort gældende, at da der i aftalen udtrykkeligt henvises til det iberiske marked og ikke til Portugal og Spanien, må det konkluderes, at parterne sigtede til de områder, der udgør Den Iberiske Halvø, og ikke til de områder, der udgør Kongeriget Spanien og Den Portugisiske Republik. Sagsøgeren mener derfor, at områderne i de selvstyrende regioner Azorerne og Madeira, som i 2011 havde en omsætning på henholdsvis 36 992 000 EUR og 23 492 000 EUR, skal udelukkes fra klausulens geografiske anvendelsesområde, og at der derfor skal foretages en regulering af værdien af den afsætning i PT, der tages i betragtning ved bødens beregning, og dermed af bødebeløbet.

259 Denne påstand kan ikke tages til følge. I modsætning til det af sagsøgeren anførte henvises der 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.

260 Det skal herved bemærkes, at sagsøgeren kun har anfægtet Kommissionens fortolkning af klausulens geografiske anvendelsesområde, men ikke har 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 under disse omstændigheder ikke tages til følge.

261 Det følger heraf, at sagsøgerens argumenter om den afsætning, der blev taget i betragtning ved bødens beregning, må tages 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 (jf. præmis 226-250 ovenfor), men i øvrigt forkastes.

c) Overtrædelsens varighed

262 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen fastlagde overtrædelsens varighed forkert, eftersom konkurrenceforbuddet ikke kunne have nogen virkninger, før det var blevet valideret og derfor ikke kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, der nødvendigvis var tiltænkt at finde anvendelse fra det tidspunkt, hvor det trådte i kraft, dvs. fra tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010, og uanset den udtrykkelige betingelse om forudgående validering udløb aftalen om konkurrenceforbuddet under alle omstændigheder den 29. oktober 2010 som følge af de konklusioner, der blev draget under telefonsamtalerne den 26. og 29. oktober 2010.

263 Det bemærkes, at ifølge artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 er overtrædelsens varighed en af de faktorer, der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af den bøde, som skal pålægges virksomheder, der har overtrådt konkurrencereglerne.

264 Som nævnt i præmis 202 ovenfor bestemmer retningslinjernes punkt 24 desuden, at 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, med det antal år, virksomheden har deltaget i overtrædelsen, og at 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.

265 Med hensyn til varigheden af den i det foreliggende tilfælde omhandlede overtrædelse konkluderede Kommissionen i 454.-465. betragtning til den anfægtede afgørelse, som nævnt i præmis 51 ovenfor, at overtrædelsen varede fra tidspunktet for transaktionens endelige gennemførelse, dvs. den 27. september 2010 (jf. præmis 25 ovenfor), til det tidspunkt, hvor klausulen blev ophævet, dvs. den 4. februar 2011 (jf. præmis 29 ovenfor).

266 Med dette klagepunkt har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke er lovlig, for så vidt som det fremgår af artikel 1 i den dispositive del, at overtrædelsen strakte sig over en periode, der gik fra transaktionens endelige gennemførelse den 27. september 2010 til den 4. februar 2011. Det må derfor fastslås, at formålet med sagsøgerens klagepunkt om varigheden ikke kun er at få nedsat bøden, men også at begære den anfægtede afgørelse og navnlig artikel 1 i den dispositive del delvist annulleret, for så vidt som Kommissionen deri fejlagtigt fastslog, at overtrædelsen varede fra den 27. september 2010 til den 4. februar 2011.

267 Det må imidlertid konstateres, at sagsøgeren ikke har fremlagt yderligere oplysninger, der konkret vedrører overtrædelsens varighed, og blot har henvist til de kritikpunkter, som selskabet allerede har fremsat i forbindelse med sit anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og af bestemmelserne om dens gennemførelse, og som allerede er blevet undersøgt og forkastet i denne sammenhæng (jf. præmis 122-161 ovenfor). Da sagsøgeren ikke har godtgjort, at konkurrenceforbuddet var betinget af en forpligtelse til egenvurdering, eller at konferencsamtalerne i oktober 2010 resulterede i, at klausulen blev ophævet, kan begæringen om, at varigheden af den overtrædelse, der blev taget i betragtning ved bødens beregning, nedsættes, ikke tages til følge.

d) Overholdelse af proportionalitetsprincippet

268 Sagsøgeren har anført, at proportionalitetsprincippet blev tilsidesat ved fastsættelsen af størrelsen af den bøde, som selskabet blev pålagt for den omhandlede overtrædelse.

- 269 Kommissionen har fremsat en formalitetsindsigelse, hvor det gøres gældende, at dette angivelige annullationsanbringende må afvises, fordi sagsøgeren i de tre linjer i stævningen, der omhandler det, kun har anført, at selskabet »alt taget i betragtning er overbevist om, at Kommissionen, henset til samtlige omstændighederne i sagen og de kriterier, der skal følges i forbindelse med pålæggelse af bøder, ikke overholdt proportionalitetsprincippet«.
- 270 Som det fremgår af præmis 68 ff. ovenfor, skal det på den ene side bemærkes, at stævninger i henhold til artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet af 2. maj 1991 skal indeholde en angivelse af søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald kan tage stilling til sagen på det således foreliggende grundlag. Af hensyn til retssikkerheden og god retspleje er det desuden en betingelse, at de faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, i det væsentlige fremgår af selve stævningen på en sammenhængende og forståelig måde (jf. kendelse TF1 mod Kommissionen, nævnt i præmis 70 ovenfor, EU:T:2008:155, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 271 Det må fastslås, at fremstillingen af det angivelige anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, som sagsøgeren har fremført i den foreliggende sag, ikke opfylder de anførte krav, således at Kommissionens formalitetsindsigelse er begrundet, og det angivelige anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet må afvises.
- 272 På den anden side skal det herved bemærkes, at legalitetskontrollen i EU's konkurrenceregler komplementeres af den fulde prøvelsesret, der er tillagt Unionens retsinstanser ved artikel 17 i forordning nr. 17, 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 (jf. dom af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, Sml., EU:C:2011:815, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).
- 273 Det skal imidlertid fremhæves, at udøvelsen af den fulde prøvelsesret ikke svarer til en kontrol af egen drift, og bemærkes, at proceduren for Unionens retsinstanser er kontradiktorisk. Med undtagelse af spørgsmål om grundlæggende retsprincipper, som dommeren er forpligtet til at tage under påkendelse af egen drift, såsom en manglende begrundelse af den anfægtede afgørelse, er det op til sagsøgeren at gøre anbringender gældende til prøvelse af afgørelsen og at fremlægge oplysninger til støtte for disse anbringender (dom Chalkor mod Kommissionen, nævnt i præmis 272 ovenfor, EU:C:2011:815, præmis 64).
- 274 Dette proceduremæssige krav er ikke i strid med reglen om, at det i forbindelse med overtrædelser af konkurrencereglerne påhviler Kommissionen at føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelser, faktisk foreligger. Det, der kræves af en sagsøger inden for rammerne af et søgsmål, er at identificere de omtvistede elementer i den anfægtede afgørelse, at formulere klagepunkter i den henseende og at fremlægge bevismateriale, som kan udgøre tungtvejende elementer, til støtte for at bevise, at klagepunkterne er begrundede (dom Chalkor mod Kommissionen, nævnt i præmis 272 ovenfor, EU:C:2011:815, præmis 65).
- 275 Den manglende kontrol af hele den anfægtede afgørelse af egen drift er ikke i strid med princippet om effektiv domstolsprøvelse. Det er ikke nødvendigt for at overholde dette princip, at Retten, der ganske vist er forpligtet til at besvare de påberåbte anbringender og til at udøve en såvel retlig som faktisk kontrol, er forpligtet til af egen drift at foretage en ny og fuldstændig undersøgelse af sagen (dom Chalkor mod Kommissionen, nævnt i præmis 272 ovenfor, EU:C:2011:815, præmis 66).
- 276 Kontrollen i henhold til traktaterne indebærer således, at Unionens retsinstanser udøver en såvel retlig som faktisk kontrol, og at de har beføjelse til at bedømme beviser, annullere den anfægtede afgørelse og ændre bødebeløb. Det fremgår derfor ikke, at legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF,

suppleret med den fulde prøvelsesret i forhold til bødens størrelse i henhold til artikel 31 i forordning nr. 1/2003, er i strid med princippet om effektiv domstolsprøvelse i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (dom Chalkor mod Kommissionen, nævnt i præmis 272 ovenfor, EU:C:2011:815, præmis 67).

- 277 Det følger af denne retspraksis, at når sagsøgeren ikke har fremført argumenter og beviser til støtte for sit angivelige anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, er Retten ikke forpligtet til at undersøge af egen drift, om Kommissionen overholdt dette princip ved fastsættelsen af bødens størrelse, under udøvelse af sin fulde prøvelsesret.

3. Begæringen om vidneafhøring

- 278 Sagsøgeren har anmodet Retten om at føre M.R.S.S.N., der var ansvarlig for PT's konkurrenceafdeling på tidspunktet for aftalens indgåelse og på tidspunktet for aftalen om ophævelse af klausulen, som vidne.
- 279 Kommissionen har gjort gældende, at denne begæring må forkastes, da den er irrelevant og overflødig, eftersom den tro og love-erklæring, som M.R.S.S.N. afgav om de faktiske omstændigheder, hun havde kendskab til, allerede findes i sagsakterne.
- 280 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).
- 281 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, Sml., EU:C:2013:866, præmis 323 og den deri nævnte retspraksis).
- 282 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 281 ovenfor, EU:C:2013:866, præmis 324 og 325 og den deri nævnte retspraksis).
- 283 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).

- 284 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 280 ovenfor, EU:C:2010:338, præmis 141).
- 285 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).
- 286 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).
- 287 Da M.R.S.S.N.s erklæringer om de faktiske omstændigheder, som hun havde kendskab til, allerede findes i sagsakterne, skal sagsøgerens begæring om vidneafhøring i det foreliggende tilfælde ikke tages til følge.
- 288 Det bemærkes, at Retten i denne forbindelse, som nævnt i præmis 283, 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.
- 289 Det skal påpeges, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde som nævnt i præmis 149 og 150 ovenfor oplyste, at den havde taget hensyn til den pågældende erklæring, og at den havde undersøgt den i overensstemmelse med de principper, der gælder for vurdering af beviser. Kommissionen tog således hensyn til, at denne erklæring blev afgivet af en person, som kunne have en direkte interesse i sagen (122. betragtning til den anfægtede afgørelse), og foretog en vægtet vurdering af dette element 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 den person, der stod bag denne erklæring, faktisk havde udtalt sig, som det fremgik af denne erklæring.
- 290 Begæringen om, at der anordnes afhøring ved Retten af den person, der havde afgivet denne erklæring, må på dette grundlag forkastes, da elementerne i sagsakterne er tilstrækkelige til, at Retten kan udtale sig om konferencesamtalerne i oktober 2010 (jf. i denne retning dom ThyssenKrupp Liften Ascenseurs mod Kommissionen, nævnt i præmis 283 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).
- 291 Sagsøgeren bemærkning om, at det ifølge nærheds- eller umiddelbarhedsprincippet unægteligt har en højere værdi, at Retten afhører vidner, end at der tages hensyn til en skriftlig erklæring, ændrer intet ved denne konklusion. Når erklæringens indhold er ubestridt, og den 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 den person, der har afgivet den pågældende erklæring, ved Retten.
- 292 Det følger af det ovenfor anførte, at begæringen om vidneafhøring skal forkastes.

293 Det følger heraf, at sagsøgerens argumenter om den afsætning, der blev taget i betragtning ved bødens beregning, må tages delvist til følge, for så vidt som Kommissionen var forpligtet til at undersøge 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

294 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.

295 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

RET TEN (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 Portugal Telecom SGPS, SA blev pålagt, til 12 290 000 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) **Portugal Telecom SGPS 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 Portugal Telecom SGPS' omkostninger.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

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

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	1
A – Præsentation af PT og Telefónica	2
B – Forhandlingerne og aftalens indgåelse	3
C – Begivenheder efter aftalens indgåelse	5
D – Proceduren ved Kommissionen	6
Den anfægtede afgørelse	6
Retsforhandlingerne og parternes påstande	10
Retlige bemærkninger	10
A – Formaliteten	10
B – Realiteten	12
1. Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning	12
a) Anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter	13
b) Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og af bestemmelserne om dens gennemførelse	13
Indledende bemærkninger	14
Argumenterne om, at klausulen var forbundet med aktiekøbsoptionen eller med kravet om, at de bestyrelsesmedlemmer i PT, som Telefónica havde udpeget, skulle træde tilbage	15
Argumenterne om, at klausulen indebar en forpligtelse til egenvurdering	19
Argumenterne om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF på grund af manglende undersøgelse af de potentielle konkurrencevilkår	26
Argumenterne om manglende virkninger	30
2. Påstandene om bødens størrelse	31
a) Indledende bemærkninger	31
Principperne for beregning af bøder	31
Den anfægtede afgørelse	34
b) Den afsætning, der blev taget i betragtning ved bødens beregning	36
Begrundelsen	36

Realiteten	37
– Afsætning i forbindelse med aktiviteter, der ikke kunne anses for at være underlagt konkurrence	37
– Afsætning i forbindelse med eksisterende aktiviteter	41
– Afsætning i forbindelse med aktiviteter uden for Den Iberiske Halvø	42
c) Overtrædelsens varighed	43
d) Overholdelse af proportionalitetsprincippet	43
3. Begæringen om vidneafhøring	45
Sagens omkostninger	47