



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (andra avdelningen)

den 28 juni 2016*

”Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Den portugisiska och den spanska telekommunikationsmarknaden — Konkurrensklausul avseende den iberiska marknaden i avtalet för Telefónicas förvärv av Portugal Telecoms andel i den brasilianska mobiloperatören Vivo — Förbehållet ’i den mån det är tillåtet enligt lag’ — Motiveringsskyldighet — Överträdelse genom syfte — Accessorisk begränsning — Potentiell konkurrens — Överträdelse genom resultat — Beräkning av bötesbeloppet — Begäran om hörande av vittnen”

I mål T-208/13,

Portugal Telecom SGPS, SA, Lissabon (Portugal), företrätt av advokaterna N. Mimoso Ruiz och R. Bordalo Junqueiro,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företräd av C. Giolito, C. Urraca Caviedes och T. Christoforou, därefter av Giolito, Urraca Caviedes och P. Costa de Oliveira, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av advokaten M. Marques Mendes,

svarande,

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2013) 306 final av den 23 januari 2013 om ett förfarande enligt artikel 101 FEUF (ärende COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom), och, i andra hand, nedsättning av böterna,

meddelar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden M.E. Martins Ribeiro (referent) samt domarna S. Gervasoni och L. Madise,

justitiesekreterare: förste handläggaren J. Palacio González,

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 22 maj 2015,

följande

* Rättegångsspråk: portugisiska.

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Förevarande tvist, som avser kommissionens beslut C(2013) 306 final av den 23 januari 2013 om ett förfarande enligt artikel 101 FEUF (ärende COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (nedan kallat det angripna beslutet), har föranletts av en klausul (nedan kallad klausulen) i artikel 9 i det avtal om aktieköp (nedan kallat avtalet) som undertecknades av Telefónica, SA (nedan kallat Telefónica), och sökanden, Portugal Telecom SGPS, SA (nedan kallat PT), den 28 juli 2010, och genom vilket Telefónica fick ensamkontroll över den brasilianska mobiloperatören Vivo Participações, SA (nedan kallad Vivo). Klausulen har följande lydelse (skäl 1 i det angripna beslutet):

”Nio – Konkurrensklausul

I den mån det är tillåtet enligt lag ska varje part avstå från att delta eller investera, direkt eller indirekt genom något närstående bolag, i alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster, men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden under en period som löper från dagen för Vivo-transaktionens avslutande [den 27 september 2010] till och med den 31 december 2011.”

- 2 Europeiska kommissionen ansåg, i överensstämmelse med sin preliminära slutsats i meddelandet om invändningar av den 21 oktober 2011, att klausulen med beaktande av dess innehåll och omständigheterna (det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ärendet ingick och parternas beteende) utgjorde ett avtal om marknadsuppdelning som syftade till att begränsa konkurrensen på den inre marknaden, vilket strider mot artikel 101 FEUF (skälen 2 och 434 i det angripna beslutet).

A – Presentation av PT och Telefónica

- 3 Koncernen Portugal Telecom bildades 1994 genom en sammanslagning av tre statliga företag och privatiserades i fem etapper mellan 1995 och 2000. Efter den femte och sista etappen av privatiseringen år 2000 innehade den portugisiska staten 500 A-aktier (nedan kallade särskilda aktier), som gav den vissa särskilda rättigheter, bland annat vetorätt vid förändringar i bolagsordningen och vid andra viktiga beslut. Den 12 december 2000 omvandlades Portugal Telecom, SA till ett holdingbolag och bytte namn till PT (skälen 21, 22 och 23 i det angripna beslutet).
- 4 PT är den största teleoperatören i Portugal och har en strategisk närvaro i andra länder, framför allt i Brasilien och Afrika söder om Sahara. I Brasilien utgjordes PT:s huvudsakliga tillgångar av 50 procent av andelarna i det gemensamma företag som kontrollerade Vivo fram till dess att det förvärvades av Telefónica. Sedan PT hade sålt sin andel i Vivo den 28 juli 2010 ingick det ett strategiskt partnerskap med Oi, som är en av de största leverantörerna av elektronisk kommunikation i Brasilien (skälen 24 och 25 i det angripna beslutet).
- 5 PT sålde sin andel om 0,20 procent i Telefónica 2010 och har inte kontroll över något spanskt bolag. PT tillhandahåller telekommunikationstjänster för sina portugisiska multinationella kunder med verksamhet på den spanska marknaden genom att använda andra operatörers nät, särskilt Telefónicas (skälen 27, 28 och 233 i det angripna beslutet).
- 6 Telefónica är den spanska statens tidigare monopolföretag på telekommarknaden, vilket privatiserades helt 1997. Det är den största teleoperatören i Spanien. Telefónica har utvecklat en internationell närvaro i flera länder i Europeiska unionen, Latinamerika och Afrika och är en av de största europeiska telekomkoncernerna (skälen 12 och 16 i det angripna beslutet).

- 7 Vid tidpunkten för antagandet av det beslut som är föremål för förevarande tvist innehade Telefónica 2 procent av kapitalet i PT. Vid tidpunkten för de omständigheter som avses i nämnda beslut innehade Telefónica en minoritetsandel i Zon Multimedia (nedan kallat Zon), en konkurrent till PT med verksamhet i sektorn för elektronisk kommunikation, som bildades genom att PT Multimedia separerades från sitt moderbolag PT i november 2007. Förutom sina andelar i portugisiska bolag hade Telefónica börjat utveckla en direkt närvaro i Portugal genom två av sina dotterbolag och den portugisiska filialen till det ena av dessa (skälen 18–20 och 215 i det angripna beslutet).
- 8 Telefónica utsåg även, beroende på tidpunkt, en eller två styrelseledamöter i PT. När transaktionen avseende förvärvet av Vivo avslutades, det vill säga den 27 september 2010 (se punkt 25 nedan), var två av styrelseledamöterna i PT utsedda av Telefónica (fotnot 67 i det angripna beslutet).

B – Förhandlingarna och undertecknandet av avtalet

- 9 Vivo är en av de största mobiloperatörerna i Brasilien. När avtalet undertecknades den 28 juli 2010 kontrollerades Vivo gemensamt av Telefónica och PT via Brasilcel NV (nedan kallat Brasilcel), ett investeringsbolag registrerat i Nederländerna (skäl 33 i det angripna beslutet).
- 10 Den 6 maj 2010 lade Telefónica ett offentligt fientligt uppköpsbud om 5,7 miljarder euro på den andel om 50 procent som PT innehade i Brasilcel. Uppköpsbudet innehöll bland annat en bestämmelse där det angavs att ”Telefónica inte kommer att ålägga Portugal Telecom någon konkurrensklausul eller värvningsklausul”. Detta första bud förkastades enhälligt av PT:s styrelseledamöter (skälen 35 och 36 i det angripna beslutet).
- 11 Efter ett möte mellan parterna den 31 maj 2010 sände PT, den 1 juni 2010 klockan 02.53, ett e-postmeddelande till Telefónica med ett förslag till ett andra uppköpsbud avseende PT:s andel i Vivo. I detta förslag fanns klausulen med för första gången (skäl 38 i det angripna beslutet).
- 12 Det första förslaget till klausul hade följande lydelse (skäl 39 i det angripna beslutet):

”Konkurrensklausul

Vardera parten ska avstå från att delta eller investera, direkt eller indirekt genom något närstående bolag, i alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden under en period som löper från dagen för antagandet av budet till i) den 31 december 2011 eller ii) dagen för den faktiska överföringen av den sista delen av de alternativa B-aktierna.”

- 13 I ett e-postmeddelande som skickades till PT den 1 juni 2010 klockan 12.21 föreslog Telefónica en ändring av klausulen genom tillägg av satsen ”men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet” i syfte att från klausulens tillämpningsområde undanta vardera partens redan befintliga verksamheter på den andra partens nationella marknad. Denna ändring infogades i det andra budet daterat den 1 juni 2010 (skäl 40 i det angripna beslutet).
- 14 Det andra budet innehöll, utöver det första förslaget till konkurrensklausul, en höjning av priset till 6,5 miljarder euro, en option på återköp till förmån för PT, enligt vilken PT kunde återköpa de aktier som Telefónica innehade i PT, och ett åtagande av Telefónica att köpa de aktier som PT innehade i bolaget Dedic SA, ett brasilianskt callcenterföretag. Det andra budet innehöll fortfarande även Telefónicas åtagande att avstå från att ålägga ”Portugal Telecom någon som helst konkurrensklausul eller värvningsklausul”, vilket hade funnits med redan i det första budet (skälen 41 och 42 i det angripna beslutet).

- 15 På kvällen den 1 juni 2010 meddelade PT:s styrelse att den ansåg att Telefónicas andra bud inte speglade Vivos verkliga värde. Styrelsen beslutade emellertid att lägga fram sitt beslut för PT:s bolagsstyrelse den 30 juni 2010 (skäl 45 i det angripna beslutet).
- 16 Det andra budet offentliggjordes genom att parterna publicerade det på sina respektive webbplatser samt överlämnade det till de spanska och de portugisiska börsmyndigheterna. Innehållet i den klausul som hade infogats i det andra budet offentliggjordes dessutom genom en broschyr som PT:s styrelse delade ut till sina aktieägare den 9 juni 2010 som en förberedelse inför PT:s bolagsstämma den 30 juni 2010 (skälen 128 och 129 i det angripna beslutet).
- 17 Den 29 juni 2010 lade Telefónica fram ett tredje bud om 7,15 miljarder euro, som i övrigt innehöll samma villkor som det andra budet (skäl 46 i det angripna beslutet).
- 18 Den 30 juni 2010 godkände PT:s ordinarie bolagsstämma Telefónicas tredje bud. Den portugisiska regeringen utövade emellertid den rättighet som dess särskilda aktier i PT gav den (se punkt 3 ovan) för att stoppa transaktionen och Telefónica förlängde det tredje budet till den 16 juli 2010 (skälen 47 och 48 i det angripna beslutet).
- 19 I sin dom av den 8 juli 2010, kommissionen/Portugal (C-171/08, REG, EU:C:2010:412), ansåg domstolen att Republiken Portugal hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG genom att behålla de i PT:s bolagsordning föreskrivna särskilda rättigheterna för staten och andra offentliga organ i det bolaget, vilka är knutna till statens särskilda aktier (skäl 50 i det angripna beslutet).
- 20 Den 16 juli 2010 begärde PT att Telefónica skulle förlänga sitt bud till den 28 juli 2010, men Telefónica nekade och budet förföll (skäl 51 i det angripna beslutet).
- 21 Den 27 juli 2010 hölls ett nytt möte mellan PT och Telefónica, där Telefónica föreslog för PT dels att formuleringen ”i den mån det är tillåtet enligt lag” skulle infogas i början av klausulen, dels att det skulle fastställas att klausulen skulle gälla från ”dagen för Vivo-transaktionens avslutande [den 27 september 2010] till och med den 31 december 2011” (skälen 52 och 53 i det angripna beslutet).
- 22 Den 28 juli 2010 ingick Telefónica och PT ett avtal som gav Telefónica exklusiv kontroll över Vivo genom förvärv av 50 procent av kapitalet i Brasilcel till ett pris om 7,5 miljarder euro (skäl 54 i det angripna beslutet).
- 23 Artikel 9 i avtalet innehöll följande klausul (skäl 55 i det angripna beslutet):

”Nio – Konkurrensklausul

I den mån det är tillåtet enligt lag ska varje part avstå från att delta eller investera, direkt eller indirekt genom något närstående bolag, i alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster, men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden under en period som löper från dagen för Vivo-transaktionens avslutande [den 27 september 2010] till och med den 31 december 2011.”

- 24 Till skillnad från det andra budet (punkt 14 ovan) innehöll avtalet inte längre någon option på återköp till förmån för PT, enligt vilken PT kunde ha återköpt de aktier som Telefónica innehade i PT. I avtalet föreskrevs däremot bland annat, för det första, att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avsättas (artikel 3.6 i avtalet), för det andra, att ett industriellt partnerskapsprogram skulle inrättas mellan de båda företagen (artikel 6 i avtalet), förutsatt att de inte konkurrerade med

varandra i Brasilien (artikel 7 i avtalet), och, för det tredje, att Telefónica eventuellt skulle förvärva det brasilianska bolaget Dedic, som var specialiserat på tillhandahållande av callcentertjänster (artikel 10 i avtalet) (skälen 56–61 i det angripna beslutet).

- 25 Transaktionen avslutades den 27 september 2010 genom en av notarius publicus bestyrkt aktieöverlåtelsehandling och en av notarius publicus bestyrkt bekräftande handling (skäl 63 i det angripna beslutet).
- 26 På dagen för undertecknandet av avtalet, den 28 juli 2010, meddelade PT även att företaget samma dag hade ingått ett samförståndsavtal innehållande tillämpliga regler för utvecklingen av ett strategiskt partnerskap med Oi (se punkt 4 ovan), och att det hoppades förvärva 22,38 procent av andelarna i Oikoncernen, vilket skulle ge PT en framträdande roll i koncernens ledning (skäl 62 i det angripna beslutet).
- 27 Den 29 juli och den 18 augusti 2010 anmäldes Vivo-transaktionen till Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, den brasilianska regleringsmyndigheten för telekommarknaden) och Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, den brasilianska konkurrensmyndigheten), och i en tidningsartikel som publicerades den 23 augusti 2010 bekräftade Telefónica att avtalet innehöll en konkurrensklausul (skälen 103, 130 och 491 i det angripna beslutet).

C – Omständigheter som inträffade efter det att avtalet hade ingåtts

- 28 Den 26 och den 29 oktober 2010 ägde två telefonsamtal rum mellan Telefónica och PT (skälen 113 och 124 i det angripna beslutet).
- 29 Till följd av att kommissionens förfarande hade inletts den 19 januari 2011 (se punkt 31 nedan) undertecknade Telefónica och PT den 4 februari 2011 ett avtal i syfte att stryka klausulen (skäl 125 i det angripna beslutet), vilket hade följande lydelse:

”Ingress:

Med beaktande av att [PT] och Telefónica den 28 juni 2010 ingick ett avtal (nedan kallat avtalet) om [PT:s] försäljning till Telefónica av 50 % (femtio procent) av kapitalet i det nederländska bolaget [Brasilcel] (nedan kallat Brasilcel eller bolaget),

med beaktande av att artikel nio i avtalet innehåller en konkurrensklausul, enligt vilken vardera parten har åtagit sig att i den mån det är tillåtet enligt lag avstå från att konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden från och med den dag då transaktionen avslutades (såsom den anges i avtalet) till och med den 31 december 2011,

med beaktande av att artikel nio i avtalet tidigare hade diskuterats av parterna inom ramen för en eventuell option på återköp till förmån för PT av de aktier som Telefónica då innehade i PT, och att denna artikel behölls i det slutliga avtalet, med förbehåll för att den är förenlig med lagen, trots att nämnda option sist och slutligen utelämnades i avtalet,

med beaktande av att parterna skriftligen vill bekräfta den omständigheten att ovannämnda artikel nio inte är tillämplig, att den aldrig har genomförts och att den följaktligen inte har haft någon inverkan på deras respektive affärsbeslut, och

med beaktande av att Telefónica och PT den 24 januari respektive den 21 januari 2011 informerades om att Europeiska kommissionen hade inlett ett formellt förfarande mot dem avseende ovannämnda artikel nio,

har parterna enats om följande:

Artikel 1. Ändring av avtalet och återkallande av rättigheter

Avtalet ska ändras så att artikel nio utgår i sin helhet. Den artikeln ska anses aldrig ha varit i kraft.

Parterna bekräftar oåterkalleligen och definitivt att artikel nio inte kan medföra några som helst rättigheter eller skyldigheter vare sig för avtalsparterna eller för tredje part.

Artikel 2. Tillämplig lagstiftning

Förevarande avtal och eventuella tvister rörande dess genomförande liksom samtliga konsekvenser av en eventuell överträdelse av dess bestämmelser ska regleras och tolkas enligt portugisisk rätt.”

D – Förfarandet vid kommissionen

- 30 I september 2010 upptäcktes klausulen av den spanska konkurrensmyndigheten, som underrätta den portugisiska konkurrensmyndigheten och kommissionen om den, och det beslutades att utredningen skulle överlätas på kommissionen (skäl 3 i det angripna beslutet).
- 31 Den 19 januari 2011 inledde kommissionen ett förfarande mot Telefónica och PT i enlighet med bestämmelserna i artikel 11.6 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1) och artikel 2.1 i kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EUT L 123, s. 18) (skäl 5 i det angripna beslutet).
- 32 Inom ramen för utredningen sände kommissionen i enlighet med artikel 18.2 i förordning nr 1/2003 framställningar om upplysningar till parterna den 5 januari, den 1 april, den 25 maj, den 10 och 24 juni 2011 och den 5 september 2012 samt till vissa av deras multinationella kunder den 20 april 2011. Möten genomfördes med PT den 17 mars och den 8 september 2011 samt den 27 september 2012 och med Telefónica den 21 mars och den 7 september 2011 samt den 27 september 2012 (skäl 6 i det angripna beslutet).
- 33 Den 21 oktober 2011 antog kommissionen ett meddelande om invändningar, den 4 november 2011 fick parterna tillgång till ärendeakten och den 7 november 2011 mottog de motsvarande handlingar. Den 13 januari 2012 svarade Telefónica och PT på meddelandet om invändningar, men begärde inte att få yttra sig (skälen 7, 8 och 9 i det angripna beslutet).
- 34 Den 23 januari 2013 antog kommissionen det angripna beslutet.

Det angripna beslutet

- 35 Kommissionen har angett att det ärende som låg till grund för det angripna beslutet avsåg konkurrensklausulen i avtalet (punkterna 1, 22 och 23 ovan) (skäl 1 i det angripna beslutet).
- 36 Kommissionen har förklarat att den i meddelandet om invändningar bedömde att klausulen, med beaktande av dess innehåll och omständigheterna (det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ärendet ingick och parternas beteende), utgjorde ett avtal om marknadsuppdelning som syftade till att begränsa konkurrensen på den inre marknaden, vilket strider mot artikel 101 FEUF, och att denna slutsats bekräftades i det angripna beslutet (skäl 2 i det angripna beslutet).

- 37 I det angripna beslutet analyserade kommissionen inledningsvis bakgrunden till de förhandlingar mellan parterna som ledde fram till att klausulen infogades i den slutliga versionen av avtalet, de faktiska omständigheterna efter det att avtalet hade undertecknats (se punkterna 10–29 ovan) och de argument som parterna hade anfört avseende bakgrunden och de faktiska omständigheterna (skälen 29–130 i det angripna beslutet).
- 38 Kommissionen konstaterade därefter, med avseende på klausulens tillämpningsområde och de relevanta marknaderna, att klausulen med beaktande av dess ordalydelse (punkterna 1 och 23 ovan) omfattade alla projekt rörande elektroniska kommunikationstjänster, med förbehåll för att någon av parterna tillhandahöll eller kunde tillhandahålla en sådan tjänst. Såsom det framgår av klausulens ordalydelse omfattade den följaktligen fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster samt radiotjänster, vilka betraktas som kommunikationstjänster även om de inte nämndes i klausulen. Kommissionen konstaterade att enligt klausulens ordalydelse föll däremot all verksamhet och alla investeringar som bedrivits eller innehafts före avtalets undertecknande den 28 juli 2010 utanför klausulens tillämpningsområde (skälen 132–136 och 185 i det angripna beslutet).
- 39 Vad gäller det sistnämnda påpekade kommissionen att globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet föll utanför klausulens tillämpningsområde, eftersom båda parterna var närvarande på marknaderna för nämnda tjänster på den iberiska halvön den dag då avtalet undertecknades (skälen 173, 174, 184 och 185 i det angripna beslutet).
- 40 Vad gäller klausulens geografiska räckvidd tolkade kommissionen uttrycket ”den iberiska marknaden” så, att det avsåg den spanska och den portugisiska marknaden. Med beaktande av respektive parts affärsverksamhet, som innebar att de var närvarande på de flesta marknaderna för elektronisk kommunikation i sitt ursprungsland, men i väldigt liten utsträckning eller inte alls var närvarande i den andra partens ursprungsland (punkterna 3–7 ovan), ansåg kommissionen att klausulens geografiska räckvidd utgjordes av Portugal för Telefónica och av Spanien för PT (skälen 137–140 i det angripna beslutet).
- 41 Kommissionen drog följaktligen slutsatsen att klausulen var tillämplig på alla marknader för elektroniska telekommunikationstjänster och televisionstjänster i Spanien och Portugal, med undantag för marknaderna för tillhandahållande av globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet (skäl 185 i det angripna beslutet).
- 42 Avslutningsvis förelåg det enligt kommissionen ingen tvekan om att klausulen utgjorde ett avtal i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, eftersom det rörde sig om ett skriftligt avtal som ingåtts och undertecknats av parterna och vars existens inte kunde förnekas och eftersom klausulen dessutom var föremål för en av notarius publicus bestyrkt handling, i vars inledning det angavs att en kopia av avtalet var bifogad (skäl 237 i det angripna beslutet).
- 43 Kommissionen ansåg, för det första, med beaktande av rättspraxisen om konkurrensbegränsning genom syfte och efter att ha analyserat parternas argument att klausulen utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte, med beaktande av avtalets innehåll, de mål som eftersträvades med klausulen, det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket klausulen ingick, parternas agerande och faktiska beteende och slutligen deras avsikt (skälen 238–242 och 243–356 i det angripna beslutet).
- 44 Vad gäller klausulens syfte drog kommissionen med beaktande av dess tillämpningsområde slutsatsen att den förbjöd att PT tog sig in på någon av de spanska telekommarknaderna och att Telefónica utvidgade sin begränsade närvaro på de portugisiska telekommarknaderna, och detta under hela den tid som klausulen var tillämplig, vilket innebar att Telefónica och PT i stället för att konkurrera med varandra och bete sig som rivaler, vilket är vad som normalt förväntas på en öppen och

konkurrensutsatt marknad, avsiktligt hade kommit överens om att undanröja och begränsa all konkurrens på sina respektive marknader, och att klausulen således utgjorde ett avtal om marknadsuppdelning (skäl 353 i det angripna beslutet).

- 45 Vad gäller det sistnämnda angav kommissionen att klausulen dessutom kunde fördröja marknadsintegreringen i sektorn för elektronisk kommunikation, eftersom processen för integrering på nämnda marknad allvarligt skadas om traditionella operatörer som Telefónica och PT kan stärka sin redan mycket starka ställning på marknaden genom att delta i samverkan som syftar till att skydda deras ursprungsmarknader och förhindra att andra operatörer tar sig in på dessa marknader (skälen 354 och 355 i det angripna beslutet).
- 46 Kommissionen konstaterade, för det andra, som svar på parternas argument och efter att ha erinrat om att enligt rättspraxis behöver de faktiska verkningarna av ett avtal inte beaktas om det har bevisats att avtalet utgör en konkurrensbegränsning genom syfte, vilket enligt kommissionen var fallet i förevarande fall, att klausulen emellertid hade antagits av två konkurrenter och således var ägnad att ha konkurrensbegränsande verkningar. Kommissionen konstaterade vidare att även om det skulle anses att klausulen inte var ägnad att ha några verkningar, hindrar detta inte att den kan anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, eftersom det, om ett avtal syftar till att begränsa konkurrensen, föreligger en överträdelse oavsett huruvida det ligger i avtalsparternas ekonomiska intresse att ingå ett avtal, och att det därför helt saknar betydelse huruvida klausulen – vilken syftade till att begränsa konkurrensen – skulle visa sig inte vara ägnad att ha verkningar som låg i Telefónicas eller PT:s ekonomiska intresse. Slutligen konstaterade kommissionen att parterna inte alls hade bevisat att de hade inlett ny verksamhet i Spanien eller Portugal som kunde vederlägga att klausulen tillämpats, vilket inte i sig visade att klausulen hade tillämpats, men var ett tecken på att så kan ha varit fallet (skälen 240 och 357–365 i det angripna beslutet).
- 47 Kommissionen ansåg att det i förevarande fall inte var nödvändigt att bevisa att konkurrensen hade påverkats negativt, eftersom det hade fastställts att klausulen hade ett konkurrensbegränsande syfte och det således inte fanns anledning att närmare utvärdera de enskilda telekommarknaderna och klausulens verkningar på dessa marknader (skäl 366 i det angripna beslutet).
- 48 Kommissionen konstaterade, för det tredje, att klausulen inte kunde betraktas som en accessorisk begränsning till Vivo-transaktionen, eftersom klausulen avsåg den iberiska marknaden, medan Vivo-transaktionen rörde en operatör vars verksamhet var begränsad till Brasilien och klausulen inte kunde anses vara nödvändig för transaktionens genomförande (skälen 367–433 i det angripna beslutet).
- 49 Med beaktande av avtalets innehåll (framför allt klausulens ordalydelse, som lämnar litet, om ens något, utrymme för tvivel om dess natur), det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingick (till exempel marknaderna för elektronisk kommunikation, som var avreglerade) samt parternas agerande och faktiska beteende (särskilt att de upphävde klausulen först den 4 februari 2011, till följd av att kommissionen hade inlett sitt förfarande den 19 januari 2011 och inte till följd av telefonsamtalen i oktober 2010, såsom parterna hade hävdade) drog kommissionen slutsatsen att klausulen ålade parterna ett konkurrensförbud och utgjorde ett avtal om marknadsuppdelning som syftade till att begränsa konkurrensen på den inre marknaden och därför innebar en överträdelse av artikel 101 FEUF (skäl 434 i det angripna beslutet).
- 50 Kommissionen konstaterade, för det fjärde, att klausulen inte uppfyllde villkoren i artikel 101.3 FEUF (skälen 436–446 i det angripna beslutet) och att den kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna (skälen 447–453 i det angripna beslutet).

- 51 När det, för det femte, gäller överträdelsens varaktighet drog kommissionen slutsatsen att överträdelsen pågick från den dag då transaktionen avslutades, det vill säga den 27 september 2010 (se punkt 25 ovan), till den dag då klausulen upphävdes, det vill säga den 4 februari 2011 (se punkt 29 ovan) (skälen 454–465 i det angripna beslutet).
- 52 När det, för det sjätte, gäller beräkningen av böterna tillämpade kommissionen i det angripna beslutet bestämmelserna i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade riktlinjerna).
- 53 För att bestämma grundbeloppet för de böter som skulle åläggas beaktade kommissionen försäljningsvärdet av de tjänster som omfattades av klausulen, vilka anges i avsnitt 5 i det angripna beslutet (se punkterna 38–40 ovan), och för vardera parten beaktades endast värdet av partens egen försäljning i ursprungslandet (skälen 478–483 i det angripna beslutet).
- 54 Kommissionen erinrade även om att den i allmänhet beaktar företagets försäljning under det sista kompletta år som de deltagit i en överträdelse, men att överträdelsen i förevarande fall hade pågått mindre än ett år och ägde rum mellan år 2010 och 2011. Kommissionen använde sig därför av företagets försäljning 2011, som var mindre än deras försäljning 2010 (skäl 484 i det angripna beslutet).
- 55 Vad gäller överträdelsens allvar, som avgör den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas vid fastställandet av böternas grundbelopp, erinrade kommissionen om att överträdelsen utgjordes av ett avtal om att inte konkurrera och om att dela upp den spanska och den portugisiska marknaden för elektronisk kommunikation och television samt att Telefónica och PT var de traditionella operatörerna i respektive land. Kommissionen påpekade dessutom att den beaktat den omständigheten att parterna inte hade hemlighållit klausulen (se punkterna 16 och 27 ovan). Mot denna bakgrund ansåg kommissionen att den andel av försäljningsvärdet som skulle beaktas borde vara 2 procent för båda de berörda företagen (skälen 489–491 och 493 i det angripna beslutet).
- 56 Vad gäller överträdelsens varaktighet beaktade kommissionen den omständigheten att överträdelsen pågick från och med den 27 september 2010 (dagen för överlåtelsehandlingen och således den dag då transaktionen avslutades) till och med den 4 februari 2011 (den dag då parterna upphävde klausulen) (skäl 492 i det angripna beslutet).
- 57 Kommissionen konstaterade inte några försvårande omständigheter och ansåg att datumet då klausulen upphävdes, den 4 februari 2011, utgjorde en förmildrande omständighet med beaktande av att det skedde endast 16 dagar efter det att förfarandet hade inletts och 30 dagar efter det att den första begäran om upplysningar hade skickats till parterna. Eftersom klausulen dessutom inte hade hemlighållits ansåg kommissionen att grundbeloppet för de böter som skulle åläggas parterna skulle sättas ned med 20 procent (skälen 496, 500 och 501 i det angripna beslutet).
- 58 Det slutliga bötesbeloppet uppgick till 66 894 000 euro för Telefónica och 12 290 000 euro för PT (skäl 512 i det angripna beslutet). Kommissionen angav att beloppen inte översteg 10 procent av respektive företags totala omsättning (skälen 510 och 511 i det angripna beslutet).
- 59 Det angripna beslutets artikeldel har följande lydelse:

”Artikel 1

[Telefónica] och [PT] har överträtt artikel 101 [FEUF] genom att delta i ett konkurrensavtal som utgörs av artikel nio i det avtal som dessa bolag ingick den 28 juli 2010.

Överträdelsen pågick från den 27 september 2010 till och med den 4 februari 2011.

Artikel 2

För den överträdelse som avses i artikel 1 åläggs följande böter:

a) [Telefónica]: 66 894 000 euro

b) [PT]: 12 290 000 euro

...”

Förfarandet och parternas yrkanden

60 Sökanden har väckt talan i förevarande mål genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 9 april 2013.

61 På förslag av referenten beslutade tribunalen (andra avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och som en åtgärd för processledning i enlighet med artikel 64 i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991 anmodade den parterna att inkomma med handlingar. Parterna efterkom denna anmodan inom utsatt tid.

62 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 22 maj 2015.

63 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

- slå fast att förevarande talan om ogiltigförklaring har ingetts i vederbörlig ordning och kan tas upp till prövning i enlighet med artikel 263 FEUF och artikel 264 FEUF,
- ogiltigförklara det angripna beslutet,
- i andra hand sätta ned de böter som sökanden har ålagts enligt artikel 2 i det angripna beslutet,
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna och de kostnader som uppkommit för sökanden.

64 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

- avvisa talan,
- i andra hand, konstatera att talan helt saknar rättslig grund samt fastställa beslutet i dess nuvarande lydelse och fastställa böterna till samma belopp som i beslutet,
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A – Upptagande till prövning

65 Sökanden har formellt åberopat två grunder till stöd för sin talan om ogiltigförklaring, varav den första avser åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, det vill säga att motivering saknas och att bevisningen är bristfällig. Genom den andra grunden har det gjorts gällande att fördraget och rättsreglerna om dess tillämpning har åsidosatts, i den del beslutet innehåller en uppenbart felaktig

bedömning av omständigheterna, bevisningen och bevisvärdet, en felaktig tolkning av artikel 101 FEUF och därigenom ett åsidosättande av den, ett åsidosättande av utrednings- och prövningskyldigheten, ett åsidosättande av principen *in dubio pro reo*, ett åsidosättande av principer som kommissionen åtagit sig att följa vid åläggandet av böter och ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

- 66 Före framställningen av grunderna i egentlig mening innehåller talan tre inledande delar med rubrikerna "De faktiska omständigheterna", "Föremålet för talan" och "Det väsentliga innehållet och de huvudsakliga felen i beslutet".
- 67 Kommissionen har hävdats att talan ska avvisas enligt artikel 44 i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991 på grund av att den brister i klarhet och begriplighet samt på grund av presentationen av de åberopade grunderna. Kommissionen har gjort gällande att det är mycket svårt att identifiera vad sökanden vill åberopa som grunder för ogiltigförklaringen, eftersom den egentliga framställningen av grunderna inte inleds förrän i punkt 276 i ansökan och föregås av mer än 250 punkter med ett resonemang där sökanden inte exakt anger vad den eller de grunder som åberopas till stöd för en ogiltigförklaring av det angripna beslutet konkret utgörs av. I framställningen av grunderna för ogiltigförklaring har sökanden dessutom inte angett på vilket sätt nämnda resonemang är relevant för att konkretisera de åberopade grunderna.
- 68 Tribunalen erinrar om att enligt artikel 21 i stadgan för Europeiska unionens domstol och artikel 44.1 c i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991 ska en ansökan innehålla uppgifter om saken i målet samt en kortfattad framställning av de grunder som åberopas. Dessa uppgifter ska vara så klara och precisa att svaranden kan förbereda sitt försvar och att tribunalen kan pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter (dom av den 30 januari 2007, France Télécom/kommissionen, T-340/03, REG, EU:T:2007:22, punkt 166). Unionsdomstolen har vidare slagit fast att angivandet av grunderna för talan inte nödvändigtvis behöver överensstämma med den terminologi och uppräknings som anges i rättegångsreglerna. En redogörelse för grundernas innehåll snarare än deras rättsliga kvalifikation kan räcka, förutsatt att dessa grunder tillräckligt klart framgår av ansökan (se beslut av den 21 maj 1999, Asia Motor France m.fl./kommissionen, T-154/98, REG, EU:T:1999:109, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 69 Om så inte är fallet, och framför allt om det i ansökan inte har framställts några precisa invändningar mot det angripna beslutet, ska talan däremot avvisas (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 20 januari 2012, Groupe Partouche/kommissionen, T-315/10, EU:T:2012:21, punkt 22 och följande punkter).
- 70 Det är således inte godtagbart att såväl svarandeinstitutionen som tribunalen tvingas göra antaganden om de resonemang och de precisa såväl juridiska som faktiska överväganden som skulle kunna underbygga sökandens ifrågasättanden. Syftet med artikel 44.1 i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991 är just att förhindra en sådan situation, vilken ger upphov till ett oklart rättsläge och är oförenlig med en god rättskipning (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 19 maj 2008, TF1/kommissionen, T-144/04, REG, EU:T:2008:155, punkt 57).
- 71 Det ska slutligen påpekas att uppgifter som anges i en ansökan genom vilken talan om ogiltigförklaring väcks, under rubriken "De faktiska omständigheterna", "Föremålet för talan" eller "Det väsentliga innehållet och de huvudsakliga felen i beslutet", vid första anblicken inte är avsedda att utgöra självständiga grunder som kan leda till en ogiltigförklaring av det angripna beslutet, utan snarare att beskriva de faktiska omständigheterna och den aktuella rättsakten. Det är emellertid inte möjligt att på förhand utesluta möjligheten att denna del av ansökan kan innehålla en redogörelse för en eller flera grunder för ogiltigförklaring. Endast om det klart och entydigt framgår av ett avsnitt under dessa rubriker att avsnittet inte endast utgör en beskrivning, utan även ett ifrågasättande av giltigheten av konstateranden som gjorts i det angripna beslutet, kan det i förekommande fall anses utgöra en grund, trots ansökans struktur och avsnittets placering i ansökans allmänna systematik (se, för ett

liknande resonemang, dom av den 14 december 2005, Honeywell/kommissionen, T-209/01, REG, EU:T:2005:455, punkt 106, och dom av den 1 juli 2008, kommissionen/D, T-262/06 P, REGP, EU:T:2008:239, punkt 52).

- 72 Det ska i förevarande fall konstateras att ansökan brister i klarhet framför allt på grund av att sökanden i mer än 200 punkter redogör för "[d]et väsentliga innehållet och de huvudsakliga felen i beslutet" innan den kommer fram till "grunderna" i egentlig mening. Eftersom redogörelsen för "grunderna" är mycket kortfattad, måste de invändningar och argument som har anförts till stöd för de åberopade grunderna identifieras i dessa omkring 200 punkter.
- 73 Detta var för övrigt avsikten, såsom sökanden har förklarat i punkt 69 i repliken och bekräftat vid förhandlingen. Tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande är det möjligt att i delen om "[d]et väsentliga innehållet och de huvudsakliga felen i beslutet" identifiera de invändningar som sökanden har framställt mot det angripna beslutet och de bestämmelser som sökanden anser har åsidosatts. Kommissionen kan således inte hävda att "det tydligt framgår att ansökan inte innehåller några som helst rättsliga slutsatser som kan ifrågasätta det [angripna] beslutets lagenlighet". Det ska för övrigt påpekas att kommissionen har kunnat formulera ett svar på de invändningar som sökanden har framställt.
- 74 Av detta följer att kommissionens invändning om rättegångshinder ska lämnas utan avseende och att ansökan kan tas upp till prövning.
- 75 Det ska emellertid påpekas att även om det är möjligt att i de omkring 200 punkter som föregår framställningen av de egentliga grunderna i ansökan identifiera de invändningar som sökanden har framställt mot det angripna beslutet och de bestämmelser som sökanden anser har åsidosatts, kännetecknas sökandens skriftliga inlagor av en avsaknad av överensstämmelse mellan dessa invändningar och de åberopade grunderna samt en viss brist på koncishet. Under dessa omständigheter ska det erinras om att tribunalens skyldighet att motivera sina beslut inte kan tolkas så att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som framförs av en part, särskilt inte om argumentet inte är tillräckligt klart och precist och inte stöds av tillräcklig bevisning (dom av den 11 september 2003, Belgien/kommissionen, C-197/99 P, REG, EU:C:2003:444, punkt 81, och dom av den 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/kommissionen, C-404/04 P, EU:C:2007:6, punkt 90). Av fast rättspraxis följer dessutom att motiveringsskyldigheten inte innebär att tribunalen är skyldig att utforma domskälen så, att samtliga resonemang som parterna i målet fört bemöts vart och ett för sig och på ett uttömmande sätt. Motiveringen kan således vara underförstådd, förutsatt att de berörda får kännedom om skälen till att tribunalen inte ansåg att det fanns fog för deras argument, och att domstolen får ett tillräckligt underlag för att kunna utföra sin prövning (se dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, REG, EU:C:2009:459, punkt 135 och där angiven rättspraxis).

B – *Prövning i sak*

1. *Yrkandena om ogiltigförklaring av det angripna beslutet*

- 76 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet har sökanden åberopat en grund som avser åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och en grund som avser åsidosättande av artikel 101 FEUF och av de regler som ska iakttas vid dess tillämpning.

a) Grunden avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter

- 77 Sökanden har inom ramen för grunden avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter gjort gällande att det angripna beslutet saknar motivering och vilar på bristfällig bevisning. Sistnämnda invändning ska emellertid, såsom sökanden bekräftade vid förhandlingen, behandlas i samband med prövningen av den andra grunden för ogiltigförklaring, genom vilken det har gjorts gällande att artikel 101 FEUF har åsidosatts.
- 78 När det gäller den påstådda avsaknaden av motivering ska det erinras om att den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 296 FEUF utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (dom av den 2 april 1998, kommissionen/Sytraval och Brink's France, C-367/95 P, REG, EU:C:1998:154, punkt 67, dom av den 22 mars 2001, Frankrike/kommissionen, C-17/99, REG, EU:C:2001:178, punkt 35, och dom av den 29 september 2011, Elf Aquitaine/kommissionen, C-521/09 P, REU, EU:C:2011:620, punkt 146).
- 79 Tribunalen konstaterar att sökanden har tagit upp avsaknaden av motivering av det angripna beslutet under rubriken "Avsaknad av motivering" i den del av ansökan som har rubriken "Grunder för ogiltigförklaring". De invändningar som framställts under denna rubrik behandlas nedan. Vidare konstaterar tribunalen att sökanden i hela sin ansökan har framställt invändningar som kan se ut som invändningar avseende motiveringen, men som, med förbehåll för de invändningar som prövas i punkterna 165–168, 220–224 och 254–256 nedan, egentligen rör huruvida det angripna beslutet är välgrundat och som således ska prövas i samband med bedömningen av de sakfrågor som de hänför sig till.
- 80 Inom ramen för de invändningar som formellt hänför sig till grunden avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten har sökanden, efter att ha erinrat om att nämnda skyldighet föreskrivs i artikel 296 FEUF, enbart gjort gällande att "motiveringen av det angripna beslutet innehåller luckor, vagheter och felaktigheter rörande väsentliga frågor, vilket ohjälpligt påverkar slutsatserna i beslutet" och har "som exempel" hänvisat till kommissionens slutsatser i skäl 264 och följande skäl samt till skäl 353 och följande skäl i det angripna beslutet. Av sökandens utsagor framgår emellertid att sökanden inte egentligen invänt mot motiveringen, utan mot huruvida övervägandena i nämnda skäl är välgrundade, såsom sökanden för övrigt bekräftade vid förhandlingen, vilket fördes till förhandlingsprotokollet.
- 81 Av detta följer att med förbehåll för vad som anges i punkterna 165–168, 220–224 och 254–256 nedan ska grunden avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter underkännas såvitt det genom denna grund egentligen har bestritts att det angripna beslutet är välgrundat, utan att det är nödvändigt att pröva de av sökandens argument som formellt hänför sig till grunden avseende motiveringsskyldigheten.

b) Grunden avseende åsidosättande av artikel 101 FEUF och av rättsreglerna om dess tillämpning

- 82 Enligt sökanden ska, med beaktande av klausulens art, omständigheterna och det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket klausulen ingick, varken klausulen eller förbudet för parterna att konkurrera med varandra på den iberiska marknaden betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte.
- 83 Sökanden har kritiserat kommissionen för att ha åsidosatt artikel 101 FEUF genom att beteckna klausulen som en konkurrensbegränsning genom syfte. Sökanden har i detta sammanhang gjort gällande att kommissionen inte lade fram bevisning för överträdelsen och att den gjorde sig skyldig till

en uppenbart felaktig bedömning av omständigheterna, bevisningen och bevisvärdet, en felaktig tillämpning av artikel 101 FEUF och ett åsidosättande av fördraget, ett åsidosättande av utrednings- och prövningsskyldigheten och slutligen ett åsidosättande av principen *in dubio pro reo*.

- 84 Såsom sökanden bekräftade vid förhandlingen är de rättsliga och faktiska argument som har anförts till stöd för denna grund i huvudsak följande: Klausulen hade inget samband med Vivo-transaktionen, utan var kopplad till optionen på återköp till förmån för PT av de andelar som Telefónica innehade i PT (nedan kallad köpoptionen), vilken fanns med i det andra och det tredje budet men inte längre fanns med i den slutliga versionen av avtalet, eller till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå, vilket föreskrevs i avtalet. Klausulen innehöll två separata skyldigheter, en huvudsaklig skyldighet till självutvärdering och en sekundär skyldighet i form av ett konkurrensförbud, varvid den sistnämnda blev bindande endast om den konstaterades vara lagenlig vid utövandet av den förstnämnda. Klausulen kunde inte utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, eftersom kommissionen inte bevisade att Telefónica och PT var potentiella konkurrenter och att klausulen således kunde begränsa konkurrensen. Slutligen borde kommissionen ha undersökt klausulens verkningar, eftersom den inte utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte.

Inledande synpunkter

- 85 Det ska erinras om att ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande måste ha "till syfte eller resultat" att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden för att omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF.
- 86 Det framgår härvid av domstolens praxis att vissa typer av samordning mellan företag är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av deras verkningar inte behöver göras (se dom av den 11 september 2014, CB/kommissionen, C-67/13 P, REU, EU:C:2014:2204, punkt 49 och där angiven rättspraxis).
- 87 Denna praxis grundas på att vissa former av samordning mellan företag redan till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen (se dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 50 och där angiven rättspraxis).
- 88 Det står således klart att vissa samordnade beteenden, såsom horisontell prissättning genom karteller, kan anses vara förenade med så pass stora risker för en negativ inverkan på, i synnerhet, varors och tjänsters pris, kvantitet eller kvalitet att det inte anses nödvändigt att vad gäller tillämpningen av artikel 101.1 FEUF visa att de har konkreta verkningar på marknaden. Erfarenheten visar nämligen att sådana beteenden minskar produktionen och höjer priserna, vilket leder till en felaktig fördelning av resurserna, vilket särskilt drabbar konsumenterna (dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 51).
- 89 Om en analys av en typ av samordnat förfarande mellan företag leder till slutsatsen att det inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska däremot det samordnade förfarandets verkningar prövas. För att det samordnade förfarandet ska kunna omfattas av förbudet krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits (se dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 52 och där angiven rättspraxis).
- 90 Enligt domstolens praxis ska frågan huruvida ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagssammanslutning är så pass skadligt för konkurrensen att det kan anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, prövas i förhållande till innehållet i avtalets eller beslutets bestämmelser, de mål som eftersträvas med detsamma samt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår. Vid bedömningen av

detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (se dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

- 91 Även om parternas uppsåt inte är avgörande för bedömningen av huruvida ett avtal mellan företag är konkurrensbegränsande finns det inget som hindrar konkurrensmyndigheter, nationella domstolar eller unionsdomstolen från att beakta detta (se dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 54 och där angiven rättspraxis).
- 92 Det är mot bakgrund av dessa principer som tribunalen ska pröva sökandens argument.

Argumentationen avseende att klausulen var kopplad till köptionen eller till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica

- 93 Sökanden har gjort gällande att klausulen inte hade något samband med Vivo-transaktionen, utan var kopplad till köptionen, vilken fanns med i det andra och det tredje budet – varav sistnämnda bud endast bestod av en prishöjning, utan någon ny version av avtalsvillkoren – men inte längre fanns med i den slutliga versionen av avtalet, samt till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå, vilket föreskrevs i avtalet.
- 94 Sökanden har betonat att köptionen och klausulen infogades samtidigt i det andra budet och har gjort gällande att ett konkurrensförbud är typiskt vid förvärv av sådana tillgångar som en köption, som innebär en risk för att det överlåtande företaget kan exploatera den överlåtna sektorn, som det har god kännedom om.
- 95 Eftersom Telefónica hade minskat sitt innehav i PT till omkring 2 procent, vilket meddelades den 23 juni 2010, innehöll det fjärde anbudet inte längre någon köption, men en skyldighet för Telefónica att vidta åtgärder för att dess båda företrädare i PT:s styrelse skulle avgå från denna funktion. På grund av svårigheterna under förhandlingsprocessen omförhandlades inte vissa av bestämmelserna i de tidigare buden, och klausulen behölls därför med tillägget ”i den mån det är tillåtet enligt lag”.
- 96 Vid förhandlingen framkom, som svar på en fråga från tribunalen, att sökanden inte gör gällande att klausulen borde ha betecknats som en accessorisk begränsning till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå. Sökanden påstår sig emellertid ha kopplat åtagandet att inte konkurrera dels till köptionen på de aktier som Telefónica innehade i PT, dels till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå. Enligt sökanden infogades dessutom tillägget ”i den mån det är tillåtet enligt lag” när köptionen ströks ur avtalsförslaget i samband med det fjärde budet, varigenom konkurrensklausulen omvandlades till en klausul om självutvärdering. Under dessa omständigheter, och såvitt sökanden genom denna argumentation vill göra gällande att klausulen föll utanför tillämpningsområdet för artikel 101 FEUF, ska nedanstående beaktas.
- 97 Det framgår av domstolens praxis att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsmässiga oberoendet för en eller flera av deltagarna i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till transaktionens eller verksamhetens syfte (se dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, REU, EU:C:2014:2201, punkt 89 och där angiven rättspraxis).

- 98 När det inte är möjligt att skilja en sådan begränsning från huvudtransaktionen eller huvudverksamheten utan att äventyra transaktionens eller verksamhetens existens eller syften ska bedömningen av huruvida begränsningen är förenlig med artikel 101 FEUF nämligen ske tillsammans med bedömningen av huruvida den huvudtransaktion eller den huvudverksamhet som begränsningen hör samman med, är förenlig med artikel 101 FEUF, detta även om det vid första påseende kan förefalla som om en sådan begränsning, betraktad för sig, omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF (dom MasterCard m.fl./kommissionen, punkt 97 ovan, EU:C:2014:2201, punkt 90).
- 99 Begreppet accessorisk begränsning omfattar följaktligen alla begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en huvudtransaktion (dom av den 18 september 2001, M6 m.fl./kommissionen, T-112/99, REG, EU:T:2001:215, punkt 104, och dom av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, T-360/09, REU, EU:T:2012:332, punkt 62).
- 100 Med en begränsning som har direkt samband med genomförandet av en huvudtransaktion avses alla begränsningar som har en underordnad betydelse jämfört med denna transaktion och som har ett uppenbart samband med denna (dom M6 m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2001:215, punkt 105, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 63).
- 101 Vad avser villkoret att en begränsning ska vara nödvändig måste två prövningar göras. För det första ska det prövas om begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen. För det andra ska det prövas om begränsningen står i proportion till denna transaktion (dom M6 m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2001:215, punkt 106, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 64).
- 102 Vad gäller villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig, framhåller tribunalen att eftersom det inte finns en skälighetsregel i unionens konkurrensrätt, vore det följaktligen felaktigt att, i samband med bedömningen av om en klausul utgör en accessorisk begränsning, tolka villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig som att det ska göras en avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser (dom M6 m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2001:215, punkt 107, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 65).
- 103 Denna ståndpunkt motiveras inte bara av intresset av att slå vakt om den ändamålsenliga verkan av artikel 101.3 FEUF, utan även av intresset av enhetlighet. Eftersom artikel 101.1 FEUF inte förutsätter att en bedömning görs av den huvudsakliga begränsningens positiva och negativa konsekvenser för konkurrensen, gäller samma sak för de begränsningar som har samband med denna (dom M6 m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2001:215, punkt 108, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 66).
- 104 Prövningen av huruvida begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen kan följaktligen enbart bli relativt teoretisk. Det är inte fråga om att bedöma om begränsningen, mot bakgrund av konkurrensläget på den berörda marknaden, är nödvändig för att huvudtransaktionen ska bli kommersiellt framgångsrik. Det är snarare fråga om att, med hänsyn till de särskilda omständigheter som gäller för huvudtransaktionen, avgöra om begränsningen är nödvändig för att genomföra denna. Om det visar sig svårt eller rentav omöjligt att genomföra huvudtransaktionen utan begränsningen, ska denna anses objektivt nödvändig för huvudtransaktionens genomförande (dom M6 m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2001:215, punkt 109, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 67).
- 105 Även om en begränsning är objektivt nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, måste man kontrollera att dess giltighetstid samt materiella och geografiska tillämpningsområde inte överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra den nämnda transaktionen. Om begränsningens giltighetstid

eller tillämpningsområde överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra transaktionen, ska begränsningen bli föremål för en särskild bedömning enligt artikel 101.3 FEUF (dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 68).

- 106 Tribunalen påpekar att eftersom bedömningen av om ett åtagande är accessoriskt till en huvudtransaktion förutsätter att svaranden gör komplicerade ekonomiska bedömningar, ska domstolsprövningen endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att det inte gjorts någon uppenbart oriktig bedömning och att det inte förekommit maktmissbruk (dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 69).
- 107 Om det har fastställts att en begränsning har direkt samband med och är nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, ska bedömningen av om denna begränsning är förenlig med konkurrensreglerna göras i samband med att huvudtransaktionen bedöms. Om huvudtransaktionen i sig inte omfattas av det förbud som föreskrivs i artikel 101.1 FEUF, gäller detsamma för de begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för denna transaktion. Om huvudtransaktionen däremot utgör en begränsning enligt denna bestämmelse, men omfattas av ett undantag enligt artikel 101.3 FEUF, omfattar detta undantag även de nämnda accessoriska begränsningarna (dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 70).
- 108 Det ska dessutom påpekas att domstolen i dom av den 11 juli 1985, Remia m.fl./kommissionen (42/84, REG, EU:C:1985:327, punkterna 17–20), prövade en konkurrensklausul som infogats i ett avtal om företagsöverlåtelse. Efter att ha konstaterat att enbart den omständigheten att konkurrensklausuler ingår i ett avtal om företagsöverlåtelse inte i sig medför att sådana klausuler faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF, angav domstolen att för att bedöma huruvida sådana klausuler omfattas av förbudet i den artikeln, måste det undersökas hurdana konkurrensförhållandena skulle vara i avsaknad av dessa. Domstolen preciserade att i ett sådant fall kan avtalet om företagsöverlåtelsen inte genomföras om säljaren och köparen skulle fortsätta att konkurrera med varandra efter överlåtelsen, eftersom säljaren, med sin särskilt ingående kännedom om det överlåtna företaget, skulle bibehålla möjligheten att på nytt dra till sig sin gamla kundkrets. I en sådan situation har konkurrensklausuler i princip den fördelen att de garanterar att överlåtelsen blir möjlig och effektiv. Det ska preciseras att det emellertid krävs att de är nödvändiga för överlåtelsen av det berörda företaget och att deras giltighetstid och tillämpningsområde är strängt begränsade till detta mål.
- 109 Vad gäller köptionen och att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå ska det påpekas att sökanden i punkterna 20 och 76 i ansökan har förklarat att i förhållande till dessa båda faktorer hade klausulen ett syfte som var jämförbart med syftet för konkurrensklausuler som infogas i avtal om företagsöverlåtelse, det vill säga den hindrade att Telefónica utnyttjade information som hade erhållits genom dess närvaro i PT:s styrelse i syfte att konkurrera med PT.
- 110 Beträffande köptionen ska det påpekas att den inte längre fanns med i den slutliga versionen av avtalet och således inte kan motivera klausulen, vilket för övrigt är skälet till att kommissionen inte granskade huruvida klausulen kunde betecknas som en accessorisk begränsning till köptionen (se skäl 390 i det angripna beslutet). Det måste för övrigt konstateras att sökanden har begränsat sig till att, för det första, hävda att ”konkurrensförbudet låg i PT:s intresse och var typiskt för ett sådant förvärv av tillgångar som följer av utövandet av en köption, särskilt ett förvärv som innebär ökad kontroll och en stor investering samt en risk för att det överlåtna företaget kan exploatera den överlåtna sektorn, som det har god kännedom om”, för det andra, betona den betydande andel som var föremål för köptionen (10 procent) och, för det tredje, göra gällande att ”PT var vant vid att ha med denna typ av klausul i avtal om aktieköp eller aktieförsäljning, eftersom de är begränsade i tiden och inte skadar redan befintlig verksamhet” och att ”PT hade intresse av att skydda sig på kort sikt efter utövandet av köptionen”.

- 111 Sökanden har emellertid inte förklarat varför och hur Telefónicas försäljning av de aktier som detta företag innehade i PT rent konkret kunde ha inneburit en risk för att överlåtaren skulle fortsätta att exploatera den berörda sektorn, som denna hade god kännedom om, och inte heller vad PT rent konkret behövde skydda sig mot till följd av utövandet av köptionen.
- 112 Även om sökanden har insisterat på den omständigheten att köptionen och konkurrensklausulen infogades samtidigt i det andra budet, vilket tyder på att det fanns ett samband dem emellan, har sökanden emellertid inte bevisat att det fanns ett samband med att de båda infogades samtidigt. Sökanden har endast hävdats att det av skriftväxlingen mellan Telefónica och PT den 1 juni 2010 mellan klockan 2.53 och klockan 17.00, som resulterade i en prishöjning i det andra budet, framgår att klausulen hade ett samband med köptionen. Nämda skriftväxling, som har ingetts av kommissionen som svar på en fråga från tribunalen, utgörs av e-postmeddelanden mellan Telefónica och PT innehållande successiva revisioner av avtalstexten med tydliga ändringar. Även om köptionen och konkurrensklausulen förvisso finns med i dessa versioner av avtalet, är det emellertid inte möjligt att på grundval av dem sluta sig till att det förelåg ett beroendeförhållande mellan konkurrensklausulen och köptionen.
- 113 Tribunalen konstaterar att det under dessa omständigheter inte kan hävdas att klausulen kunde ha betecknats som en accessorisk begränsning till köptionen.
- 114 Beträffande att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå har sökanden insisterat på den omständigheten att dessa kan ha haft tillgång till känsliga uppgifter, men har emellertid inte bevisat att det fanns en verklig risk för att Telefónica sedan styrelseledamöterna hade avgått skulle använda sig av de uppgifter som hade erhållits genom dem på ett sätt som var till nackdel för PT.
- 115 Det måste även konstateras att sökanden inte har anfört några omständigheter som kan vederlägga kommissionens slutsatser i skälen 391–401 i det angripna beslutet, enligt vilka klausulen inte kan motiveras som en accessorisk begränsning till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgick.
- 116 Kommissionen konstaterade bland annat att portugisisk bolagsrätt, särskilt artiklarna 64, 254 och 398 i den portugisiska handelslagen, ålägger styrelseledamöter en skyldighet att inte utnyttja uppgifter som de har haft tillgång till i styrelsen för andra syften än vad som är nödvändigt för bolagets funktion (skäl 395 i det angripna beslutet). Sökanden har emellertid inte förklarat varför klausulen, trots denna i lag fastställda skyldighet, var nödvändig för att efter det att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgått skydda de uppgifter som dessa hade haft tillgång till.
- 117 Vad gäller det påstådda behovet av att skydda de konfidentiella uppgifter som de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica hade haft tillgång till påpekade kommissionen även att styrelseledamöterna i fråga hade tillgång till nämnda uppgifter före Vivo-transaktionen, att ett åtagande att inte konkurrera inte ansågs nödvändigt vid den tidpunkten och att parterna inte hade visat varför den omständigheten att Telefónica drog sig ur PT:s styrelse skulle ha nödvändiggjort ett åtagande att inte konkurrera (skälen 393 och 394 i det angripna beslutet).
- 118 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har bevisat att klausulen utgjorde en accessorisk begränsning till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgick.
- 119 Det ska för övrigt påpekas att sökanden inte heller har invänt mot kommissionens konstateranden i skälen 402–404 i det angripna beslutet, där det anges att även genom att anta att ett åtagande att inte konkurrera var nödvändigt för att genomföra att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgick, i syfte att säkerställa skyddet för de konfidentiella uppgifter som styrelsen hade haft

tillgång till, borde ett sådant åtagande ha begränsats till det som var strikt nödvändigt, vilket inte är fallet med klausulen, som är bilateral och således inte endast förbjuder att Telefónica konkurrerar med PT, utan även att PT konkurrerar med Telefónica.

- 120 Det ska slutligen påpekas att som kommissionen med rätta betonade i skälen 386 och 387 i det angripna beslutet ska frågan huruvida en konkurrensbegränsning kan betecknas som accessorisk i vart fall bedömas i förhållande till huvudtransaktionen. I förevarande fall är den huvudtransaktion i förhållande till vilken konkurrensklausulen ska bedömas emellertid varken köptionen eller att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgick, utan Vivo-transaktionen. Sökanden har emellertid inte anfört några omständigheter för att bevisa att klausulen var nödvändig för att möjliggöra genomförandet av Vivo-transaktionen.
- 121 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har bevisat att klausulen borde ha betecknats som en accessorisk begränsning till köptionen medan denna fanns med i avtalet, vilket borde ha beaktats vid bedömningen av omständigheterna kring avtalet. Sökanden har inte heller bevisat att klausulen utgjorde en accessorisk begränsning till att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica avgick, vilket föreskrivs i den slutliga versionen av avtalet, och därför inte borde ha omfattats av förbudet i artikel 101 FEUF.

Argumentationen avseende att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering

- 122 Sökanden har gjort gällande att konkurrensförbudet i klausulen inte var oförenligt med artikel 101 FEUF: Som villkor för konkurrensförbudet i klausulen gällde att det skulle utvärderas och bekräftas av de båda parterna, och såvitt denna självutvärdering, när den genomfördes, skulle visa att konkurrensförbudet inte var tillåtligt, skulle det annulleras utan att ha haft några verkningar. Denna läsning av bestämmelsen i fråga är i alla avseenden den mest plausibla.
- 123 Enligt sökanden innehöll klausulen, på grund av tillägget ”i den mån det är tillåtet enligt lag”, de facto två skyldigheter, det vill säga en sekundär skyldighet i form av ett konkurrensförbud och en huvudsaklig skyldighet till självutvärdering, vilken innebar att parterna måste utvärdera konkurrensförbudets lagenlighet, och att om den i klausulen föreskrivna självutvärderingen fick till resultat att konkurrensförbudet inte var lagenligt, blev det automatiskt ogiltigt.
- 124 Vid telefonkonferenserna den 26 och den 29 oktober 2010 genomförde parterna den självutvärdering som föreskrevs i klausulen och kom fram till att konkurrensbegränsningen inte var tillåtlig. De övervägde då huruvida klausulen skulle upphävas, men ansåg att en sådan lösning knappast var förenlig med att det hade infogats en skyldighet till självutvärdering i klausulen. PT medgav således att den skyldighet som ålades i klausulen hade uppfyllts i och med genomförandet av självutvärderingen och att de behöriga myndigheterna måste informeras om resultatet av utvärderingen. Det är mot denna bakgrund som man ska förstå det avtal som ingicks mellan parterna den 4 februari 2011, genom vilket klausulen ströks och i vilket det bekräftades att parterna aldrig hade ålagts ett konkurrensförbud genom klausulen.
- 125 Konkurrensförbudet kunde, slutligen, inte ha några verkningar innan det hade bekräftats och kunde följaktligen inte betecknas som en begränsning genom syfte. Även om så hade varit fallet blev det i vart fall ogiltigt den 29 oktober 2010, då det stod klart för båda parterna att de inte kunde återropa avtalet för att avstå från att konkurrera med varandra.
- 126 Sökanden har inom ramen sin talan invänt mot vissa av kommissionens slutsatser i det angripna beslutet, utan att emellertid inkomma med konkreta uppgifter eller åtminstone relevanta argument som kan ifrågasätta dem. Genom sin argumentation har sökanden i huvudsak anfört följande: För det första är slutsatsen i skäl 255 i det angripna beslutet, att det av klausulens ordalydelse tydligt framgår att den var av konkurrensbegränsande karaktär, felaktig. För det andra hade parterna fog för att tvivla

på huruvida klausulen eventuellt var lagenlig i egenskap av en accessorisk begränsning till köptionen eller till avsättandet av de styrelseledamöter som hade utsetts av Telefónica. För det tredje motiverade omständigheterna kring förhandlingarna om avtalet att granskningen av lagenligheten sköts upp till senare. För det fjärde bevisar telefonkonferenserna i oktober 2010 att den självvärdering som föreskrevs i klausulen ägde rum. För det femte bekräftas i avtalet om upphävande av klausulen, vilket ingicks den 4 februari 2011, att självvärderingen hade ägt rum och att klausulen aldrig hade haft några verkningar. För det sjätte tolkade kommissionen PT:s svar på begäran om upplysningar av den 5 januari 2011 felaktigt. För det sjunde, slutligen, hade parterna i vart fall tillräckliga skäl för att inte tillämpa klausulen.

- 127 Vad gäller sökandens påstående att slutsatsen i skäl 255 i det angripna beslutet är felaktig grundar sig detta på argumentationen att sökanden, till skillnad från vad kommissionen gjorde gällande, inte bedömer klausulen som enbart en skyldighet till självvärdering, utan anser att den innehöll två skyldigheter, en föregående och en efterföljande: den föregående skyldigheten till självvärdering innebar en kontroll av att konkurrensförbudet var genomförbart, medan konkurrensförbudet kunde genomföras endast om parterna först hade kontrollerat att detta var möjligt. Tillägget av formuleringen ”i den mån det är tillåtet enligt lag” innebar att ingendera parten hade rätt att kräva att den andra parten skulle avstå från att konkurrera utan att först ha bekräftat att beteendet var lagenligt, eftersom åtagandet att inte konkurrera med varandra var beroende av att skyldigheten att utvärdera konkurrensbegränsningens lagenlighet hade uppfyllts.
- 128 Konkurrensförbudet ska således inte förväxlas med skyldigheten till självvärdering, och den självvärdering som genomfördes vid telefonkonferenserna i oktober 2010 visade att konkurrensförbudet inte var lagenligt. Avtalet om upphävande syftade till att stryka klausulen, i syfte att undanröja tvivlen och slutgiltigt tillbakavisa påståendet att det fanns någon form av konkurrensavtal mellan parterna, och inte till att upphäva skyldigheten till självvärdering.
- 129 Tribunalen påpekar, i likhet med kommissionen, att den skillnad som sökanden påstår föreligger mellan konstaterandet i skäl 76 i det angripna beslutet, där det anges att ”parterna har ... hävdats att klausulen i stället för att ålägga dem ett konkurrensförbud endast innehåller en skyldighet till självvärdering av lagenligheten och räckvidden av åtagandet att inte konkurrera”, och konstaterandet att ”klausulen innehöll ett konkurrensförbud vars lagenlighet var beroende av en bekräftelse från parterna” saknar betydelse. Båda förklaringarna innebär i huvudsak ett påstående om att det i klausulen föreskrivna konkurrensförbudet, tack vare formuleringen ”i den mån det är tillåtet enligt lag”, inte kunde träda i kraft innan dess lagenlighet hade bedömts av parterna. Till skillnad från vad sökanden tycks anse kan det påstådda förtydligandet att klausulen inte innehöll en skyldighet till självvärdering, utan en föregående skyldighet till självvärdering och ett efterföljande konkurrensförbud, dessutom inte kan vederlägga kommissionens argument i det angripna beslutet.
- 130 Vad således gäller kommissionens slutsats i skäl 255 i det angripna beslutet ändrar sökandens påstådda förtydligande, att klausulen inte enbart innehöll en skyldighet till självvärdering utan även en – sekundär – skyldighet i form av ett konkurrensförbud, således inte det förhållandet att det tydligt framgår att klausulen inte innehöll någon hänvisning till en självvärdering, och det kan således inte styrka parternas argumentation att klausulen innehöll en skyldighet att genomföra en självvärdering.
- 131 Vad gäller sökandens övriga argument kan inte heller dessa godtas. Av en prövning av de omständigheter som sökanden har anfört inom ramen för sin talan framgår att sökanden inte har lyckats vederlägga kommissionens bedömning att det inte går att godta påståendet att klausulen innehöll en skyldighet till självvärdering, att denna självvärdering ägde rum och att konkurrensförbudet aldrig trädde i kraft, vilket innebär att det inte kan ha skett en överträdelse av artikel 101 FEUF. Sökanden har begränsat sig till att hävda att konkurrensförbudet förutsatte att det hade kontrollerats att det var genomförbart, men har inte anfört några omständigheter som kan

ifrågasätta de omständigheter som kommissionen anfört för att bevisa att det inte finns något som tyder på att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering som konkurrensförbudets ikraftträdande var beroende av.

- 132 Sökanden har, för det första, anfört omständigheter som är avsedda att visa att tolkningen att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering av konkurrensförbudets lagenlighet stöds av den omständigheten att det förelåg skäliga tvivel avseende huruvida konkurrensförbudet kunde betecknas som en accessorisk begränsning till köptionen eller till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica. Sökanden har således hävdad att det med beaktande av sammanhanget kring förhandlingarna och trycket i samband med dem föreföll rimligt att sätta konkurrensförbudet åt sidan fram till dess att det stod klart vilka följderna skulle bli av att köptionen hade strukits och att skyldigheten att avsätta de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica hade bibehållits.
- 133 Denna argumentation måste underkännas.
- 134 När det gäller köptionen ska det erinras om att den fanns med i det andra och det tredje budet (skälen 41 och 46 i det angripna beslutet) men inte längre fanns med i det fjärde budet, eftersom Telefónica under mellantiden hade sålt huvuddelen av sin andel i PT, vilken ursprungligen hade uppgått till omkring 10 procent (skäl 18 i det angripna beslutet).
- 135 Sökanden har hävdad att parterna på grund av den korta tid som förflöt mellan mottagandet av det fjärde budet och undertecknandet av avtalet, det vill säga 24 timmar, inte hade tid att verifiera huruvida klausulen fortfarande eventuellt var lagenlig utan köptionen, och att de därför omvandlade klausulen till en klausul om självutvärdering i syfte att skjuta upp granskningen av dess lagenlighet till senare.
- 136 Av konstaterandena i punkterna 110–113 ovan framgår emellertid att sökanden inte har lyckats bevisa att klausulen kunde ha betecknats som en accessorisk begränsning till köptionen när denna fanns med i avtalet eller att skäliga tvivel kunde föreligga i detta hänseende, och sökanden kan därför inte vinna framgång med en argumentation som grundar sig på detta påstående.
- 137 När det gäller att de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica skulle avgå, vilket föreskrevs i avtalet, har det i punkterna 114–118 ovan konstaterats att det inte har fastställts att klausulen utgjorde en accessorisk begränsning till avsättandet av styrelseledamöterna. De påstådda tvivlen i detta avseende stöder därför inte påståendet att det genom klausulen egentligen inrättades en skyldighet till självutvärdering av huruvida en sådan begränsning var lagenlig.
- 138 Det ska i detta sammanhang även påpekas att såsom kommissionen angav i skäl 376 b i det angripna beslutet är sökandens argumentation motsägelsefull, eftersom påståendet att klausulen kunde betraktas som en accessorisk begränsning när styrelseledamöterna i PT som hade utsetts av Telefónica avgick, å ena sidan, och påståendet att självutvärderingen visade att klausulen inte var förenlig med konkurrenslagstiftningen, å andra sidan, är oförenliga med varandra. Om klausulen hade varit lagenlig i egenskap av en accessorisk begränsning till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica, kunde den påstådda självutvärderingen nämligen inte ha lett till slutsatsen att klausulen var rättsstridig.
- 139 Det ska dessutom påpekas att samtidigt som sökanden har insisterat på att det var en svår juridisk fråga huruvida klausulen kunde betecknas som en accessorisk begränsning till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica, har sökanden aldrig, såsom kommissionen med rätta har påpekat, hävdad att den påstådda utvärderingen av klausulens lagenlighet vid telefonkonferenserna i oktober 2010 var lång eller besvärlig, utan har tvärtom gjort gällande att det var tillräckligt med två telefonsamtal för att parterna skulle kunna enas i frågan.

- 140 Av det ovan anförda följer att de påstått komplexa juridiska frågeställningarna kring huruvida klausulen kunde betecknas som en accessorisk begränsning till köptionen eller till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica inte kan fastställas som en omständighet som stöder argumentationen att genom tillägget ”i den mån det är tillåtet enligt lag” infördes en skyldighet till självutvärdering av konkurrensförbudets lagenlighet.
- 141 Sökanden har, för det andra, hävdade att omständigheterna kring avtalsförhandlingarna motiverade att det infogades en föregående skyldighet till självutvärdering av konkurrensförbudet. Vid genomgången av det fjärde budet lät parterna bli att se över de klausuler som fanns med från tidigare bud och ändrade dem endast om detta var absolut nödvändigt för att anpassa förslaget till transaktionens väsentliga särdrag. Tillägget av formuleringen ”i den mån det är tillåtet enligt lag” berodde således på att omständigheterna hade förändrats i och med att köptionen utelämnats, men att det med hänsyn till de många förhandlingskraven inte var möjligt att i förväg bekräfta att det var lagenligt att bibehålla konkurrensavtalet i dess ursprungliga lydelse.
- 142 Sökanden har dessutom gjort gällande att avtalet undertecknades mindre än 24 timmar efter det att det fjärde budet hade mottagits. Eftersom det rörde sig om att slutföra förvärvet avseende Vivo och Oi, var klausulen det sista som PT tänkte på under denna tidsrymd, och det finns inget som bevisar att parterna diskuterade klausulens slutliga utformning, utan allt visar att de inte gjorde något åt den.
- 143 Inte heller denna argumentation är övertygande.
- 144 När det för det första gäller att köptionen hade utelämnats erinrar tribunalen om att Telefónica redan den 23 juni 2010 meddelade att det hade minskat sin andel i PT till närmare 2 procent, vilket, såsom kommissionen med rätta har betonat, innebär att parterna från och med det datumet, det vill säga mer än en månad före avsändandet av det fjärde budet den 27 juli och undertecknandet av avtalet den 28 juli 2010, kände till att varje påstådd koppling mellan köptionen och klausulen hade försvunnit. Av detta följer att sökanden inte kan hävda att parterna endast hade 24 timmar på sig för att utvärdera följderna av att köptionen utelämnats.
- 145 Det ska vidare påpekas att sökanden inte har vederlagt de omständigheter som kommissionen anfört i syfte att bevisa att parterna ändrade avtalsvillkoren ända fram till dess att förhandlingarna avslutades, det vill säga att klausulerna 6 och 7 i avtalet ändrades mellan det att det fjärde budet hade lagts fram och det att avtalet undertecknades samt att själva klausulen var föremål för diskussioner och ändringar avseende dess varaktighet fram till strax före det att avtalet undertecknades. Sökanden har endast förklarat att ”det finns inget som bevisar att parterna diskuterade [klausulens] slutliga utformning, utan allt visar att de inte gjorde något åt den”. Sökandens påstående i punkt 34 i repliken, att den ändring av klausulen som bestod i att datumet för ikraftträdandet ändrades från ”dagen för undertecknandet av detta avtal” till ”dagen för Vivo-transaktionens avslutande” helt enkelt var en logisk ändring eller till och med en automatisk rättelse, kan inte heller godtas. Formuleringen ”dagen för undertecknandet av detta avtal” skulle ha inneburit att klausulen trädde i kraft på dagen för undertecknandet av avtalet, det vill säga den 28 juli 2010, medan formuleringen ”dagen för Vivo-transaktionens avslutande” innebar att klausulen trädde i kraft vid tidpunkten för transaktionens avslutande den 27 september 2010 (se ovan punkterna 22 och 25).
- 146 Det ska slutligen mer allmänt påpekas att den argumentation som sökanden grundat på de påstått svåra omständigheterna kring förhandlingarna måste underkännas. Det var således med rätta som kommissionen i skäl 249 i det angripna beslutet och i punkt 49 i svarsskrivelsen konstaterade att det helt enkelt inte är troligt att företag som Telefónica och PT, som har tillgång till avancerad juridisk rådgivning, ”hafsade ifrån sig” diskussionen om avtalets och särskilt klausulens ordalydelse och ändringen av den. Sökanden har för övrigt inte vederlagt detta konstaterande, utan har endast ännu en gång förklarat att ”sannolikheten för att parterna, i detta första skede, hade tillgång till och använde sig av avancerad juridisk rådgivning är minst sagt osäker och objektivt sett liten”.

- 147 Sökanden har, för det tredje, gjort gällande att den självutvärdering som föreskrevs i klausulen genomfördes vid de telefonsamtal som ägde rum den 26 och 29 oktober 2010. Eftersom sökanden inte på nytt har invänt mot kommissionens bedömning i bland annat skälen 102–124 i det angripna beslutet, där det anges att det på grundval av de omständigheter som anförts av parterna inte är möjligt att dra slutsatsen att det har bevisats att klausulen blev ogiltig den 29 oktober 2010, att det föreskrevs en självutvärdering i klausulen eller att den påstådda självutvärderingen gav något resultat (skäl 124 i det angripna beslutet), måste emellertid sökandens påståenden ännu en gång underkännas. Sökanden har nämligen endast förklarat att ”bevisen för kontakterna och bevisen för deras innehåll är desamma och är samstämmiga”, att ”det är inte rimligt att tro att [telefonkonferenserna] hade ett annat syfte än att diskutera [klausulen] och att de bekräftade att konkurrensförbudet var lagenligt”, att ”det finns ingen bevisning som talar för ett så absurt påstående” och att ”allt visar tvärtom att den gemensamma diskussionen endast kunde leda fram till en slutsats[, det vill säga] att konkurrensförbudet stred mot lagen och var utan verkan”.
- 148 Sökanden har inte heller vederlagt kommissionens argumentation att om en skyldighet till självutvärdering verkligen föreskrevs i klausulen, hade det varit logiskt att nämna den i klausulen och även ange ett datum för när den skulle genomföras, i stället för ett datum för ikraftträdande, eller också att vidta utvärderingen så snabbt som möjligt efter undertecknandet av avtalet eller i vart fall innan klausulen trädde i kraft i samband med att transaktionen avslutades den 27 september 2010 (skälen 250–255 samt 309 och följande skäl i det angripna beslutet). Eftersom sökanden har begränsat sig till att ange att ”parterna kan bedöma det vara nödvändigt att bestämma ett datum, liksom de kan välja att inte fastställa ett”, att PT inte bedömde det som brådskande att klarlägga denna fråga, eftersom konkurrensförbudet i klausulen inte var bindande så länge dess lagenlighet inte hade bekräftats, och att frågan därför ”glömdes bort”, och att det under omständigheterna i förevarande fall ”är förståeligt att parterna inte fäste överdriven vikt vid att klarlägga frågan”, måste det konstateras att sökanden inte har förklarat vare sig varför ett datum inte fastställdes för genomförandet av självutvärderingen eller varför det påstådda genomförandet av den dröjde så länge.
- 149 Den förklaring under ed som avgetts av M. R. S. S. N., ansvarig för PT:s konkurrensavdelning vid tidpunkten för ingåendet av såväl konkurrensavtalet som avtalet om upphävande av klausulen, och vilken kommissionen har ingett som bilaga B.1 till sitt svaromål ändrar inte detta konstaterande. I denna förklaring angav M. R. S. S. N. visserligen att det vid telefonkonferenserna mellan Telefónica och PT i oktober 2010 utvärderades huruvida klausulen kunde godtas enligt konkurrensrätten, att parterna drog slutsatsen att de inte kunde förbinda sig på det sätt som ursprungligen avsetts och att det av telefonkonferenserna även följde att den skyldighet som föreskrevs i klausulen kunde anses ha uppfyllts, eftersom parterna hade granskat klausulens lagenlighet och dragit slutsatsen att den var omöjlig att genomföra (se även skäl 117 i det angripna beslutet). Som kommissionen betonade (skälen 120 och 122 i det angripna beslutet) utgör denna förklaring emellertid inte samtida bevisning för innehållet i de samtal som fördes i oktober 2010, vilket skulle ge den ett högre bevisvärde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 mars 1999, Ensidesa/kommissionen, T-157/94, REG, EU:T:1999:54, punkt 312, och dom av den 16 december 2003, Nederländse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie/kommissionen, T-5/00 och T-6/00, REG, EU:T:2003:342, punkt 181). Även om ett vittnesmål som har avgetts av någon som direkt har bevittnat de omständigheter han uttalat sig om i princip ska anses ha ett högt bevisvärde (dom av den 3 mars 2011, Siemens/kommissionen, T-110/07, REU, EU:T:2011:68, punkt 75), måste dessutom den omständigheten beaktas att den förklaring som avses i förevarande fall har avgetts av en person som kan ha ett direkt intresse i målet och inte kan betraktas som oberoende av sökanden (se, för ett liknande resonemang, dom Siemens/kommissionen, se ovan, EU:T:2011:68, punkterna 69 och 70).
- 150 Av det ovan anförda följer att förklaringen i fråga, som enda bevisning, inte räcker för att bevisa att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering, varvid det ska erinras om att när det gäller det bevisvärde som ska tillskrivas bevisningens olika beståndsdelar utgörs det enda relevanta kriteriet för att värdera den förebringade bevisningen av dess trovärdighet (se domar av den 8 juli 2004,

Mannesmannröhren-Werke/kommissionen, T-44/00, REG, EU:T:2004:218, punkt 84 och där angiven rättspraxis, Dalmine/kommissionen, T-50/00, REG, EU:T:2004:220, punkt 72, och JFE Engineering m.fl./kommissionen, T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, REG, EU:T:2004:221, punkt 273) och att enligt de allmänna reglerna för bevisning beror en handlings trovärdighet – och därmed dess bevisvärde – på dess ursprung, omständigheterna vid dess upprättande, dess avsedda mottagare och huruvida dess innehåll är förnuftigt och trovärdigt (dom av den 15 mars 2000, Cimenteries CBR m.fl./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 och T-104/95, REG, EU:T:2000:77, punkt 1053).

- 151 Sökanden har, för det fjärde, invänt mot kommissionens bedömning (skälen 313–323 i det angripna beslutet) vad gäller avtalet om upphävande av klausulen (se punkt 29 ovan). Enligt kommissionen är det inte möjligt att på grundval av avtalet om upphävande fastställa att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering som uppfylldes vid telefonsamtalen i oktober 2010, bland annat därför att avtalet om upphävande inte innehåller någon formulering som gör det möjligt att koppla beslutet om upphävande av klausulen till en skyldighet till självutvärdering (skäl 315 i det angripna beslutet). I skälen i avtalet om upphävande förklaras under vilka omständigheter parterna kom fram till beslutet att "stryka" klausulen, utan att det emellertid hänvisas till telefonsamtalen i oktober (skäl 316 i det angripna beslutet), och av ordalydelsen i avtalet om upphävande framgår också att klausulen innehöll just ett konkurrensförbud och inte en skyldighet till självutvärdering (skälen 317–322 i det angripna beslutet).
- 152 Sökanden har gjort gällande att kommissionens tolkning utgår från den felaktiga premissen att parterna hade hävdade att klausulen enbart innehöll en skyldighet till självutvärdering, trots att PT hela tiden hade hävdade att den innehöll två skyldigheter: en föregående skyldighet till självutvärdering och en sekundär skyldighet i form av ett konkurrensförbud. Om sakerna ses på detta sätt motsäger avtalet om upphävande inte alls påståendet att det i klausulen fastställdes en skyldighet till självutvärdering.
- 153 Denna argumentation måste underkännas. Även om tribunalen skulle godta tolkningen att klausulen innehöll både en skyldighet till självutvärdering och en skyldighet i form av ett konkurrensförbud, måste det konstateras att kommissionens argumentation som sammanfattats i punkt 151 ovan ändå är giltig. Sökanden har för övrigt begränsat sig till att hävda att avtalet om upphävande "bekräftar" parternas tolkning vid telefonkonferenserna i oktober 2010 och att förklaringen i nämnda avtal, att klausulen "inte kan genomföras och aldrig har genomförts", är inkonsekvent endast om man begränsar klausulen till en skyldighet till självutvärdering, eftersom det vore inkonsekvent att förklara att skyldigheten inte kan genomföras och aldrig har genomförts när parterna hävdar just att den skyldigheten inte kan genomföras och aldrig har genomförts när parterna hävdar just att den skyldigheten till utvärdering som föreskrivs i klausulen har genomförts, men inte om man medger att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering och ett konkurrensförbud, eftersom det i det fallet inte är inkonsekvent att förklara att den skyldighet som föreskrivs i klausulen aldrig kan genomföras och aldrig har genomförts.
- 154 Denna argumentation förändrar emellertid inte den omständigheten att det i avtalet inte nämns något om telefonkonferenserna i oktober 2010, den tolkning av klausulen som påstås ha fastställts under dessa telefonkonferenser, den omständigheten att avtalet bekräftar det påstådda resultatet från nämnda samtal eller mer allmänt den omständigheten att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering. Även om det skulle medges att det, såsom PT har påstått, finns en skillnad mellan att hävda att klausulen enbart innehöll en skyldighet till självutvärdering och att hävda att den innehöll både en skyldighet till självutvärdering och ett konkurrensförbud, är ordalydelsen i avtalet om upphävande och framför allt förklaringen att klausulen inte kan genomföras och aldrig har genomförts ändå inkonsekventa i fall av en sådan tolkning.
- 155 Sökanden har, för det femte, gjort gällande att kommissionen misstog sig när den i skäl 115 i det angripna beslutet konstaterade att PT i sitt svar på begäran om upplysningar av den 5 januari 2011 inte hade angett att klausulen skulle tolkas så, att den var förenad med en skyldighet till

självutvärdering, och i skäl 303 i det angripna beslutet konstaterade att parterna innan de svarade på meddelandet om invändningar inte hade åberopat att det i klausulen föreskrevs en skyldighet att genomföra en självutvärdering.

- 156 Tribunalen konstaterar att PT i punkterna 30, 31 och 32 i sitt svar på begäran om upplysningar förklarade att "faktum är att även om [PT] offentliggjorde bestämmelsen den 9 juni 2010 (se bilaga 10) glömdes den bort, eftersom företaget inte kände sig bundet av den och inte förväntade sig att kunna ställa några som helst krav på Telefónicas beteende i enlighet med bestämmelserna i klausulen, åtminstone inte innan en självutvärdering av dess lagenlighet hade utförts". PT tillade att "denna fråga uppmärksammades åter av PT först i och med tidningsartiklarna av den 23 och 24 augusti samt den 19 [oktober] 2010", att "PT till följd av tidningsartiklarna instruerade sina advokater att kontakta Telefónica för att klarlägga frågan" och att "två telefonsamtal ägde rum den 26 och 29 oktober 2010, vilka resulterade i slutsatsen att det inte längre fanns något som tillräckligt motiverade konkurrensklausulen och att den inte tjänade något ändamål, varför det vore bäst att upphäva den".
- 157 Även om PT således inte uttryckligen angav att den huvudsakliga skyldighet som fastställdes i klausulen var en skyldighet till självutvärdering, bekräftade företaget dock att det "inte kände sig bundet av [klausulen] och inte förväntade sig att kunna ställa några som helst krav på Telefónicas beteende i enlighet med bestämmelserna i [den], åtminstone inte innan en självutvärdering av dess lagenlighet hade utförts", vilket innebär att PT angav att en utvärdering av klausulens lagenlighet skulle genomföras innan den trädde i kraft.
- 158 Även om kommissionens konstaterande, att parterna innan de svarade på meddelandet om invändningar inte hade åberopat att klausulen innehöll en skyldighet att genomföra en självutvärdering, skulle nyanseras, bekräftar förklaringarna i fråga emellertid inte att klausulen blev ogiltig till följd av den påstådda utvärderingen. Det förhållandet att PT redan i sitt svar på begäran om upplysningar av den 5 januari 2011 hade låtit förstå att klausulens lagenlighet måste bekräftas innan den trädde i kraft förändrar inte heller den omständigheten att sökanden inom ramen för sin talan vid tribunalen inte har bevisat vare sig att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering eller att den blev ogiltig till följd av den påstådda självutvärderingen i oktober 2010.
- 159 Sökanden har, för det sjätte, hävdade att kommissionen i vart fall borde ha ansett att klausulen var utan verkan, eftersom parterna hade tillräckliga skäl för att inte genomföra konkurrensförbudet. Enligt sökanden framgår det tydligt av en läsning av de klagoranden som Telefónica och PT tillhandahöll att parterna inte hade samma intressen av klausulen, eftersom Telefónica hävdade att det hade godtagit klausulen för att möjliggöra Vivo-transaktionen, medan PT:s intresse låg i att skydda sig med anledning av köpoptionen. De båda parternas åsikter om vad som var tillåtet enligt lag skiljde sig följaktligen från varandra och de hade således tillräckliga skäl gentemot varandra för att inte genomföra konkurrensförbudet.
- 160 Denna argumentation ska underkännas, utan att det finns anledning att pröva de argument som har anförts till stöd för att parterna hade tillräckliga skäl för att inte genomföra konkurrensförbudet. Det räcker härvid att erinra om att enligt artikel 101.2 FEUF är avtal som är förbjudna enligt denna artikel ogiltiga, vilket innebär att inget företag har skyldighet att uppfylla ett sådant avtal. Eftersom den ogiltighet som avses i artikel 101.2 FEUF är av tvingande karaktär, har ett avtal som är ogiltigt enligt denna bestämmelse ingen verkan mellan avtalsparterna och kan inte göras gällande gentemot tredje man (se, analogt, dom av den 25 november 1971, Béguelin Import, 22/71, REG, EU:C:1971:113, punkt 29). Den omständigheten att man påstår sig ha "skäl för att inte genomföra konkurrensförbudet" innebär således inte att ett avtal faller utanför tillämpningsområdet för förbudet i artikel 101 FEUF.
- 161 Av vad som anförts ovan följer att argumentet att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering ska underkännas.

Argumentationen avseende åsidosättande av artikel 101 FEUF på grund av att förutsättningarna för en potentiell konkurrens inte undersöktes

- 162 Sökanden har hävdade att kommissionen gjorde sig skyldig till ett fel genom att inte undersöka förutsättningarna för en potentiell konkurrens, i syfte att kontrollera huruvida det med beaktande av de relevanta marknadernas struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhanget fanns verkliga och konkreta möjligheter för Telefónica och PT att konkurrera med varandra på de relevanta marknader som den påstod omfattades av klausulen. Huruvida en konkurrensbegränsning kan betecknas som en "begränsning genom syfte" beror ju också på huruvida den kan ha konkurrensbegränsande verkningar.
- 163 Sökanden har härvid gjort gällande att parterna inte kunde betraktas som potentiella konkurrenter, eftersom inträde och expansion på den portugisiska marknaden för elektronisk kommunikation förhindrades genom lagar och föreskrifter samt av själva marknadernas struktur, särdrag och egenskaper.
- 164 Sökanden har även kritiserat kommissionen för att i det angripna beslutet ha bortsett från den uttömmande analys av marknaderna för elektronisk kommunikation i Portugal och de hinder som omöjliggjorde konkurrens på dessa marknader som sökanden lämnade i sitt svar på meddelandet om invändningar, samt för att ha nöjt sig med en allmän argumentation, som inte uppfyllde de skyldigheter som följer av rättspraxis, och för att ha underlåtit att vederlägga en stor del av de argument som sökanden hade anfört.
- 165 Av sökandens argumentation framgår att sökanden inte egentligen ifrågasätter den formella motiveringen av det angripna beslutet, utan den omständigheten att kommissionen – enligt sökanden felaktigt – underlät att undersöka strukturen på de marknader som påverkades och parternas faktiska möjligheter att konkurrerar på dessa marknader.
- 166 Av skälen 265–278 i det angripna beslutet framgår i vart fall att kommissionen förklarade orsakerna till att den inte ansåg det vara nödvändigt att göra en närmare analys av de påverkade marknadernas struktur och att den svarade på de argument som parterna hade anfört i sina svar på meddelandet om invändningar beträffande förekomsten av en potentiell konkurrens mellan dem, vilka sammanfattas i skälen 268–270 i det angripna beslutet. I den mån sökandens argumentation kan förstås så att sökanden allmänt invänder mot en påstådd avsaknad av motivering av det angripna beslutet på denna punkt kan den således inte godtas.
- 167 Sökanden har närmare bestämt, i punkterna 136 och 318 i ansökan, gjort gällande att kommissionen underlät att i det angripna beslutet vederlägga det argument som återges i skäl 169 däri, nämligen att om vissa detaljhandelsmarknader föll utanför klausulens tillämpningsområde, borde även vissa grossistmarknader göra det, eftersom en aktuell eller potentiell konkurrens på detaljhandelsmarknaderna är en förutsättning för konkurrens på grossistmarknaderna, och att om de förstnämnda inte omfattades av konkurrensförbudet gjorde inte heller de sistnämnda det. Av en läsning av skälen 153, 154 och 169 i det angripna beslutet framgår emellertid att kommissionen ansåg att parterna borde betraktas som potentiella konkurrenter på samtliga marknader för elektroniska kommunikationstjänster och televisionstjänster och att den följaktligen, eftersom den inte hade godtagit premissen att vissa detaljhandelsmarknader föll utanför klausulens tillämpningsområde, inte måste vederlägga argumentet att de grossistmarknader som motsvarade dessa detaljhandelsmarknader och som var kompletterande i förhållande till dem föll utanför klausulens tillämpningsområde.
- 168 Sökanden har vidare invänt mot den omständigheten att det angripna beslutet innehåller väldigt litet, eller inget alls, om vilka marknader som faktiskt kunde vara föremål för avtalet i fråga. Såvitt denna invändning även riktar sig mot huruvida kommissionen uppfyllde sin motiveringsskyldighet ska den underkännas, eftersom kommissionen i avsnitt 5.3 i det angripna beslutet (skälen 186–197) redogjorde för de "relevanta produktmarknaderna" genom att, till skillnad från vad sökanden har hävdade, hänvisa

inte endast till riktlinjerna i rekommendationen av den 17 december 2007 om relevanta produkt- och tjänstemarknader inom området elektronisk kommunikation vilka kan komma i fråga för förhandsreglering enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 344, s. 65), utan också till sina tidigare beslut och rättspraxis (skäl 186 i det angripna beslutet). I avsnitt 5.5 i det angripna beslutet (skälen 200–233) analyserade kommissionen dessutom ”parternas närvaro på de relevanta marknaderna”. Den konstaterade slutligen att den exakta avgränsningen av var och en av de relevanta marknaderna kunde lämnas öppen, med beaktande av klausulens omfattande tillämpningsområde.

- 169 När det gäller invändningen att kommissionen gjorde en felaktig bedömning av huruvida klausulen var ägnad att begränsa konkurrensen mellan PT och Telefónica som berodde på att den ansåg att den i förevarande fall inte behövde göra en närmare analys av de berörda marknadernas struktur, ska tre omständigheter som framgår av det angripna beslutet påpekas, vilka kommissionen grundade sig på för att dra slutsatsen att en närmare analys av den potentiella konkurrensen mellan parterna på varje enskild marknad inte var nödvändig för att bedöma om avtalet utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte (skäl 278 i det angripna beslutet).
- 170 Kommissionen ansåg, för det första, att den omständigheten att parterna ingick ett konkurrensavtal eller övervägde behovet av att vidta en självutvärdering av lagenligheten av och tillämpningsområdet för ett accessoriskt åtagande att inte konkurrera – om man håller sig till den tolkning av klausulen som parterna föreslagit – utgör ett erkännande från parternas sida av att de åtminstone var potentiella konkurrenter med avseende på vissa tjänster. Om det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan dem, fanns det nämligen ingen anledning att ingå ett konkurrensavtal eller överväga en självutvärdering av ett åtagande att inte konkurrera (skäl 271 i det angripna beslutet).
- 171 Kommissionen konstaterade vidare att klausulen hade ett brett tillämpningsområde, eftersom den var tillämplig på samtliga elektroniska kommunikationstjänster och på televisionstjänster (skälen 141, 265 och 278 i det angripna beslutet).
- 172 Kommissionen angav slutligen att nämnda tjänster har avreglerats i enlighet med unionens regelverk, som möjliggör och främjar konkurrens mellan operatörerna (skäl 265 i det angripna beslutet), och att detta avreglerade sammanhang, där konkurrens är möjlig och främjas, bör utgöra utgångspunkten för utvärderingen av klausulen (skäl 267 i det angripna beslutet).
- 173 Det ska för övrigt erinras om att för att ett avtal ska kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte måste det kunna inverka negativt på konkurrensen, det vill säga konkret vara ägnat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den inre marknaden (dom av den 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, REU, EU:C:2013:160, punkt 38).
- 174 Det ska även på nytt erinras om (se punkt 90 ovan) att frågan huruvida ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagsammanslutning är så pass skadligt för konkurrensen att det kan anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, ska prövas i förhållande till innehållet i avtalets eller beslutets bestämmelser, de mål som eftersträvas med detsamma samt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (se dom CB/kommissionen, punkt 86 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 53 och där angiven rättspraxis).
- 175 Även om det vid tolkningen av sammanhanget kring ett avtal ska tas hänsyn till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna, måste kommissionen emellertid inte alltid exakt definiera dessa marknader. Definitionen av den relevanta marknaden har olika funktioner beroende på om artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF ska tillämpas. Vid tillämpningen av artikel 102 FEUF är en riktig definition av den relevanta marknaden en nödvändig förutsättning för

bedömningen av ett påstått konkurrensbegränsande beteende (dom av den 10 mars 1992, SIV m.fl./kommissionen, T-68/89, T-77/89 och T-78/89, REG, EU:T:1992:38, punkt 159, och dom av den 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/kommissionen, T-61/99, REG, EU:T:2003:335, punkt 27), eftersom det innan det går att fastställa förekomsten av missbruk av dominerande ställning är nödvändigt att fastställa förekomsten av en dominerande ställning på en given marknad, vilket förutsätter att marknaden först måste ha avgränsats. Av fast rättspraxis framgår att vid tillämpningen av artikel 101 FEUF är det däremot för att avgöra om ett avtal är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna och har som syfte eller resultat att förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den inre marknaden som den relevanta marknaden ska definieras (dom av den 21 februari 1995, SPO m.fl./kommissionen, T-29/92, REG, EU:T:1995:34, punkt 74, och dom *Adriatica di Navigazione*/kommissionen, se ovan, EU:T:2003:335, punkt 27; se även dom av den 12 september 2007, *Prym och Prym Consumer*/kommissionen, T-30/05, EU:T:2007:267, punkt 86 och där angiven rättspraxis).

- 176 Vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF är det således inte nödvändigt att i förväg definiera den relevanta marknaden när det omtvistade avtalet i sig har ett konkurrensbegränsande syfte, det vill säga när kommissionen utan att avgränsa marknaden, på ett riktigt sätt har kunnat fastställa att det ifrågasvarande avtalet snedvridit konkurrensen och kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt. Detta gäller framför allt de mest allvarliga begränsningarna, vilka är uttryckligen förbjudna enligt artikel 101.1 a–e FEUF (generaladvokaten Bots förslag till avgörande i de förenade målen *Erste Group Bank m.fl./kommissionen*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, REG, EU:C:2009:192, punkterna 168–175). Om avtalets syfte som sådant är att begränsa konkurrensen genom en ”uppdelning av marknader”, är det således inte nödvändigt att exakt definiera de relevanta marknaderna, eftersom den befintliga eller potentiella konkurrensen med nödvändighet har begränsats (dom *Mannesmannröhren-Werke/kommissionen*, punkt 150 ovan, EU:T:2004:218, punkt 132).
- 177 Eftersom kommissionen i förevarande fall konstaterade att den klausul som avsågs i det angripna beslutet syftade till en uppdelning av marknader, kan sökanden följaktligen inte hävda att en närmare analys av de berörda marknaderna var nödvändig för att avgöra huruvida klausulen utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte.
- 178 Företag som ingår ett avtal i syfte att begränsa konkurrensen kan i princip inte undgå tillämpningen av artikel 101.1 FEUF genom att göra gällande att deras avtal inte har haft en märkbar inverkan på konkurrensen (dom *Mannesmannröhren-Werke/kommissionen*, punkt 150 ovan, EU:T:2004:218, punkt 130). Eftersom det avtal avseende vilket böter ålagts i förevarande fall utgjordes av en konkurrensklausul, som av parterna har angetts vara tillämplig på ”alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internetillgång och televisionstjänster, men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden”, hade avtalet någon mening endast om det fanns en konkurrens att begränsa (dom *Mannesmannröhren-Werke/kommissionen*, punkt 150 ovan, EU:T:2004:218, punkt 131, och dom av den 21 maj 2014, *Toshiba/kommissionen*, T-519/09, EU:T:2014:263, punkt 231).
- 179 Sökandens argumentation att förekomsten av ett påstått konkurrensavtal inte kan utgöra bevis för att det förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna saknar således relevans.
- 180 Av rättspraxis framgår nämligen att ingåendet av ett sådant avtal utgör åtminstone ett starkt indicium på att det föreligger ett potentiellt konkurrensförhållande (se, för ett liknande resonemang, dom *Toshiba/kommissionen*, punkt 178 ovan, EU:T:2014:263, punkt 231). Såsom kommissionen med rätta betonade i skäl 271 i det angripna beslutet utgör den omständigheten att ett konkurrensavtal ingås ett erkännande från parternas sida av den omständigheten att de åtminstone är potentiella konkurrenter med avseende på vissa tjänster. Förekomsten av ett konkurrensavtal är dessutom för övrigt endast en av de omständigheter som kommissionen stödde sig på för att dra slutsatsen att det förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna (se punkterna 169–172 ovan och punkt 182 nedan).

- 181 Av rättspraxis framgår bland annat att när det gäller en avreglerad marknad såsom den som avses i förevarande fall måste kommissionen inte göra en analys av den berörda marknadens struktur och av huruvida ett inträde på denna marknad skulle utgöra en hållbar ekonomisk strategi för var och en av parterna (se, för ett liknande resonemang, dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkterna 89–93), men den måste granska om det finns oöverstigliga hinder för marknadsinträde som utesluter all potentiell konkurrens (se, för ett liknande resonemang, dom Toshiba/kommissionen, punkt 178 ovan, EU:T:2014:263, punkt 230).
- 182 I förevarande fall konstaterade kommissionen inte endast att marknaden för telekomtjänster och televisionstjänster i Spanien och Portugal var fullständigt avreglerad (se punkt 172 ovan), utan påpekade även att parterna själva hade medgett att de var närvarande på marknaderna för tillhandahållande av globala telekomtjänster och marknaderna för internationella nätoperatörstjänster i grossistledet på hela den iberiska marknaden (skälen 173, 174 och 272 i det angripna beslutet), att de inte hade bevisat att den tillämpningsperiod som föreskrevs i klausulen var otillräcklig för att förvärva en befintlig telekomoperatör som ett sätt att bli ägare av vissa nätverk utan att behöva installera dem (skäl 273 i det angripna beslutet), att den aktuella situationen på den spanska och den portugisiska marknaden inte kunde åberopas för att utesluta möjligheten att investera i sektorn, eftersom investeringarna i sektorn hade ökat trots krisen eller åtminstone låg på en oförändrad nivå (skäl 274 i det angripna beslutet) och slutligen att Telefónica självt hade medgett att det var tänkbart att lägga ett offentligt uppköpsbud på ett bolag som PT vid tidpunkten för förhandlingarna om Vivo-transaktionen, vilket innebär att det också kunde ha varit möjligt att förvärva någon av PT:s konkurrenter (skälen 37 och 275–277 i det angripna beslutet).
- 183 Sökanden har i sin ansökan inte inkommit med några uppgifter som kan visa att det trots dessa omständigheter krävdes en närmare analys av de relevanta marknaderna för att avgöra huruvida klausulen utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte eller för att fastställa att det inte förelåg några oöverstigliga hinder som hindrade parterna från att ta sig in på sina respektive angränsande marknader.
- 184 Det ska påpekas att utöver den argumentation av sökanden som redan har behandlats i punkterna 162–181 ovan har sökanden i sina skriftliga inlagor endast invänt mot den argumentation av kommissionen som sammanfattas i punkt 182 ovan, men att denna invändning inte kan ifrågasätta kommissionens bedömning att den i förevarande fall inte var tvungen att genomföra en närmare analys av den potentiella konkurrensen mellan parterna på de marknader som berördes av klausulen.
- 185 Tribunalen kan inte heller godta sökandens kompletterande argumentation, som består i omständigheter som sökanden har anfört i syfte att bevisa att ett inträde på de berörda marknaderna inte skulle ha motsvarat parternas strategiska prioriteringar eller varit ekonomiskt lönsamt eller lockande.
- 186 Utan att det är nödvändigt att pröva denna argumentation närmare, räcker det att påpeka att även om ett företags avsikt att inträda på en marknad eventuellt är av betydelse för prövningen av huruvida företaget kan betraktas som en potentiell konkurrent på denna marknad, är den grundläggande omständighet som en sådan kvalificering ska grundas på likväl dess förmåga att inträda på denna marknad (se dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2012:332, punkt 87 och där angiven rättspraxis).
- 187 Vad slutligen gäller de argument som sökanden har anfört i syfte att göra gällande att det är uppenbart att konkurrensavtalet inte hindrade Telefónica från att förstärka sitt ägande i Zon och att det således var mycket osannolikt att Telefónica skulle utveckla ännu en infrastruktur på den portugisiska marknaden, eftersom detta skulle ha skadat Zons verksamhet, ska det påpekas att såsom kommissionen konstaterade i skäl 164 i det angripna beslutet kan argumentet att klausulen inte hindrade Telefónica från att förstärka sitt ägande i Zon inte godtas, eftersom klausulen innehåller ett bokstavligt förbud mot att ”delta eller investera, direkt eller indirekt genom något närstående bolag, i

alla projekt inom telekomindustrin”, vilket även inkluderar att Telefónica skulle ha ökat sin andel i Zon. Det ska vidare påpekas att den omständigheten att Telefónica redan innehade en minoritetsandel i Zon, som enligt klausulen inte fick ökas, inte kan bevisa att Telefónica inte var en potentiell konkurrent på den portugisiska marknaden, utan visar att Telefónica i avsaknad av klausulen kunde ha ökat sin andel i Zon eller förvärvat andelar i andra operatörer.

188 Av det ovan anförda följer att det inte kan anses att kommissionen, trots att klausulens själva existens är ett starkt indicium på att det förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna, att dess syfte var att dela upp marknaderna, att den hade ett brett tillämpningsområde och att den ingick i ett avreglerat ekonomiskt sammanhang, borde ha gjort en närmare analys av de berörda marknadernas struktur och den potentiella konkurrensen mellan parterna på dessa marknader för att dra slutsatsen att klausulen utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte. Sökandens argumentation avseende att artikel 101 FEUF har åsidosatts på grund av att förutsättningarna för en potentiell konkurrens inte undersöktes ska således underkännas.

Argumentationen avseende avsaknaden av verkningar

189 Sökanden har hävdats att eftersom klausulen inte innehöll en konkurrensbegränsning genom syfte, har kommissionen inte heller bevisat vare sig att klausulen hade konkurrensbegränsande verkningar eller att den kunde ha sådana verkningar.

190 Eftersom det av prövningen av sökandens argument i punkterna 93–188 ovan följer att sökanden inte har lyckats bevisa att kommissionens slutsats att klausulen utgör en konkurrensbegränsning genom syfte är felaktig, grundar sig sökandens argumentation, vilken sammanfattas i punkt 189 ovan, på den felaktiga premissen att beteendet i fråga inte kunde betecknas som konkurrensbegränsande genom sitt syfte, och den kan således inte annat än underkännas. Av själva lydelsen i artikel 101.1 FEUF följer att avtal mellan företag är förbjudna oberoende av deras inverkan om de har ett konkurrensbegränsande syfte. Det krävs följaktligen inte att de faktiska konkurrensbegränsande verkningarna visas när det konkurrensbegränsande syftet med det påtalade beteendet har styrkts (se dom av den 3 mars 2011, Siemens och VA Tech Transmission & Distribution/kommissionen, T-122/07–T-124/07, REU, EU:T:2011:70, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

191 De faktiska verkningarna av ett avtal behöver nämligen inte beaktas vid bedömningen av om artikel 101.1 FEUF är tillämplig, om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen. Detta gäller bland annat avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar, som till exempel fastställande av priser och uppdelning av marknader (dom av den 8 december 2011, KME Germany m.fl./kommissionen, C-389/10 P, REU, EU:C:2011:816, punkt 75).

192 Tribunalen kan för övrigt inte godta sökandens argument att kommissionen genom sitt konstaterande, att den omständigheten att parterna inte utvecklade ny verksamhet i Spanien eller Portugal var ett icke avgörande tecken på att klausulen hade tillämpats (skäl 365 i det angripna beslutet), har krävt att parterna ska bevisa att avsaknaden av ny verksamhet inte berodde på klausulen, vilket dock inte kan bevisas (*probatio diabolica*). Eftersom kommissionen inte har stött sig på denna omständighet för att bevisa att klausulen utgjorde en överträdelse av artikel 101 FEUF, utan på den omständigheten att klausulen hade karaktären av en överträdelse genom syfte, och framför allt eftersom kommissionen har angett att den omständigheten att parterna inte utvecklade ny verksamhet på de relevanta marknaderna är ett ”icke avgörande indicium” på att klausulen kan ha genomförts, kan sökanden inte göra gällande att kommissionen har krävt att parterna ska bevisa något som inte kan bevisas (*probatio diabolica*).

193 Argumentationen avseende att kommissionen inte undersökte klausulens verkningar ska följaktligen underkännas.

2. Yrkandena avseende bötesbeloppet

194 Sökanden har subsidiärt invänt mot det bötesbelopp som företaget har ålagt och har hävdad att det ska sättas ned, eftersom även om det skulle medges att klausulen kunde ha haft konkurrensbegränsande verkningar underlät kommissionen att vederbörligen beakta dessa verkningars omfattning och varaktighet när den fastställde bötesbeloppet, varigenom den åsidosatte principerna avseende beräkningen av böter och proportionalitetsprincipen.

a) Inledande synpunkter

Principer avseende beräkningen av böter

195 Det ska erinras om att kommissionen enligt fast rättspraxis har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller metoden för beräkning av böter. Denna metod, som beskrivs i riktlinjerna, präglas i flera avseenden av flexibilitet, vilket gör det möjligt för kommissionen att använda sitt utrymme för skönsmässig bedömning i enlighet med artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler m.fl./kommissionen, C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P, REG, EU:C:2009:500, punkt 112 och där angiven rättspraxis).

196 Bedömningen av hur allvarliga överträdelserna av unionens konkurrensrätt är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan. Det har inte fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (dom av den 19 mars 2009, Archer Daniels Midland/kommissionen, C-510/06 P, REG, EU:C:2009:166, punkt 72, och dom av den 3 september 2009, Prym och Prym Consumer/kommissionen, C-534/07 P, REG, EU:C:2009:505, punkt 54).

197 Såsom angetts i punkt 52 ovan fastställde kommissionen i förevarande fall bötesbeloppet enligt den metod som föreskrivs i riktlinjerna.

198 Även om riktlinjerna inte kan betraktas som rättsregler, som administrationen under alla omständigheter är skyldig att iaktta, utgör de likväl vägledande förhållningsregler om den praxis som ska följas och från vilka administrationen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen (se, analogt, dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, REG, EU:C:2005:408, punkt 209 och där angiven rättspraxis, och dom av den 8 oktober 2008, Carbone-Lorraine/kommissionen, T-73/04, REG, EU:T:2008:416, punkt 70).

199 Genom att anta sådana förhållningsregler och offentliggöra dessa, och genom att tillkännage att den fortsättningsvis kommer att tillämpa dem på de fall som omfattas av dem, har kommissionen själv begränsat utrymmet för sin skönsmässiga bedömning och riskerar, om den frångår dessa regler, att dömas för att ha åsidosatt allmänna rättsprinciper såsom likabehandlingsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar (se, analogt, dom Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, punkt 198 ovan, EU:C:2005:408, punkt 211 och där angiven rättspraxis, och dom Carbone-Lorraine/kommissionen, punkt 198 ovan, EU:T:2008:416, punkt 71).

200 I riktlinjerna föreskrivs dessutom på ett allmänt och abstrakt sätt vilken beräkningsmetod som kommissionen ska tillämpa då den fastställer bötesbeloppet. Riktlinjerna säkerställer följaktligen rättssäkerheten för företagen (se, analogt, dom Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, punkt 198 ovan, EU:C:2005:408, punkterna 211 och 213).

201 Punkterna 4 och 5 i riktlinjerna har följande lydelse:

- ”4. Kommissionen har fått behörighet att ålägga företag och företagssammanslutningar böter om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder bestämmelserna i artikel [101 FEUF] eller [102 FEUF] för att den skall kunna utföra det övervakningsuppdrag som den anförtros i fördraget. Övervakningsuppdraget innebär inte enbart att kommissionen skall undersöka och bestraffa individuella överträdelse, utan också att dess politik rent allmänt skall vara att i konkurrensfrågor tillämpa de principer som fastställs i fördraget och på så sätt styra företagens beteende. I samband med detta måste kommissionen se till att dess åtgärder har tillräckligt avskräckande verkan. När kommissionen finner att bestämmelserna i artikel [101 FEUF] eller [102 FEUF] har överträtts, kan det därför bli nödvändigt att ålägga företag som har överträtt bestämmelserna böter. Böterna skall vara så stora att de är tillräckligt avskräckande, inte bara för att bestraffa de berörda företagen (specifik avskräckande verkan), utan också för att avskräcka andra företag från att agera på ett sätt som strider mot artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (allmän avskräckande verkan).
5. För att nå dessa mål bör kommissionen fastställa böterna på grundval av försäljningsvärdet av de varor eller tjänster som överträdelsen avser. Överträdelsens varaktighet bör också spela en viktig roll vid fastställandet av bötesbeloppet. Varaktigheten har naturligtvis stor betydelse för i vilken utsträckning överträdelsen påverkar marknaden. Det är därför viktigt att böterna återspeglar hur många år företaget har deltagit i överträdelsen.”

202 I riktlinjerna fastställs en metod i två steg för beräkningen av böter (punkt 9 i riktlinjerna). Kommissionen ska i ett första beräkningssteg fastställa ett grundbelopp för varje berört företag eller berörd företagssammanslutning. I riktlinjerna föreskrivs härvid följande:

- ”12. Grundbeloppet fastställs på grundval av försäljningsvärdet med hjälp av den metod som beskrivs nedan.
- ...
13. Kommissionen fastställer grundbeloppet genom att utgå från försäljningsvärdet [av] de varor eller tjänster som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och som företaget sålt i det berörda geografiska området inom EES. Kommissionen utgår i regel ifrån företagets försäljning under det sista kompletta räkenskapsåret då det deltar i överträdelsen.
- ...
19. Grundbeloppet för böterna kommer att vara knutet till en andel av försäljningsvärdet och grundas på överträdelsens allvar multiplicerat med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen.
20. Överträdelsens allvar fastställs från fall till fall för varje typ av överträdelse med beaktande av alla relevanta omständigheter i ärendet.
21. Regelmässigt uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 %.
22. När kommissionen fastställer om den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas i ett visst fall skall ligga i nedre eller övre delen av denna skala, tar den hänsyn till en rad faktorer, bland annat överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej.

23. Horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar, som i allmänhet är hemliga, hör till mest allvarliga konkurrensbegränsningarna. EU:s konkurrenspolitik innebär att sådana överträdelser bestraffas hårt. I regel kommer därför den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas vid sådana överträdelser att bestämmas i den övre delen av skalan.
24. För att överträdelsens varaktighet skall beaktas fullt ut för varje enskilt företag multipliceras det belopp som fastställs på grundval av försäljningsvärdet (se punkterna 20–23 ovan) med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen. Perioder under sex månader räknas som ett halvår, medan perioder över sex månader, men kortare än ett år, räknas som ett helt år.
25. Dessutom skall kommissionen, oavsett varaktigheten av företagets överträdelse, höja grundbeloppet med ett belopp på mellan 15 och 25 % av försäljningsvärdet (se definitionen i avsnitt A ovan) för att avskräcka företagen från att över huvud taget delta i horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar. Kommissionen kan lägga till ett sådant belopp även vid andra typer av överträdelser. När kommissionen fastställer hur stor andel av försäljningsvärdet som skall beaktas i ett enskilt ärende tar den hänsyn till en rad faktorer, särskilt de som anges i punkt 22 ovan.

...”

203 Enligt riktlinjerna kan kommissionen i ett andra beräkningssteg justera grundbeloppet uppåt eller nedåt, på grundval av en helhetsbedömning där den tar hänsyn till alla relevanta omständigheter (punkterna 11 och 27 i riktlinjerna).

204 Beträffande dessa omständigheter föreskrivs följande i punkt 29 i riktlinjerna:

”Grundbeloppet kan sänkas om kommissionen konstaterar att det finns förmildrande omständigheter, till exempel följande:

- Det berörda företaget kan visa att det upphörde med överträdelsen omedelbart efter kommissionens första åtgärder. Detta gäller dock inte hemliga avtal eller åtgärder (särskilt karteller).
- Det berörda företaget kan visa att överträdelsen har begåtts av oaktsamhet.
- Det berörda företaget kan visa att dess deltagande i överträdelsen har varit mycket begränsat, eftersom företaget under den tid då det var bundet av de otillåtna avtalen i realiteten undvek att tillämpa dem genom att bete sig på ett konkurrensinriktat sätt på marknaden. Att ett företag har deltagit i en överträdelse under en kortare period än de andra företagen betraktas inte som någon förmildrande omständighet, eftersom kommissionen redan tagit hänsyn till detta när den fastställt grundbeloppet.
- Företaget samarbetar med kommissionen i en omfattning som går utöver tillämpningsområdet för tillkännagivandet om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden, samt företagets lagstadgade skyldighet att samarbeta.
- Företagets konkurrensbegränsande beteende har godkänts eller uppmuntrats av de offentliga myndigheterna eller lagstiftningen.”

205 Såsom domstolen erinrade om i domen KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 191 ovan (EU:C:2011:816, punkt 129), och i dom av den 8 december 2011, KME Germany m.fl./kommissionen (C-272/09 P, REU, EU:C:2011:810, punkt 102), ankommer det på unionsdomstolarna att, på grundval av de omständigheter som sökanden har anfört till stöd för sina grunder, utföra den prövning av

lagenligheten som åligger dem. Unionsdomstolarna får inte i samband med denna prövning hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, vare sig när det gäller valet av omständigheter som har beaktats vid tillämpningen av de kriterier som omnämns i riktlinjerna eller med avseende på bedömningen av dessa omständigheter, och på så sätt avstå från att göra en fördjupad prövning av såväl rättsliga som faktiska omständigheter.

- 206 Lagenlighetsprövningen kompletteras med den obegränsade behörighet som unionsdomstolarna har tillerkänts genom artikel 17 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av [artiklarna 81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), och som de numera tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, enligt vad som anges i artikel 261 FEUF. Förutom att pröva påföljdens lagenlighet är unionsdomstolarna således behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Följaktligen kan unionsdomstolarna undanröja, sätta ned eller höja de böter som ålagts (dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 205 ovan, EU:C:2011:810, punkt 103).

Det angripna beslutet

- 207 Kommissionen ansåg att överträdelsen, med beaktande av de omständigheter som beskrivs i det angripna beslutet, var avsiktlig och utgjordes av ett uppenbart olagligt avtal om att inte konkurrera och om att dela upp den spanska och den portugisiska marknaden för elektronisk kommunikation mellan parterna. Enligt kommissionen kan parterna när det gäller denna typ av uppenbara överträdelser inte åberopa att deras agerande var oavsiktligt (skäl 477 i det angripna beslutet).
- 208 Vad gäller det försäljningsvärde som användes som referens för att fastställa grundbeloppet ansåg kommissionen att konkurrensklausulen var tillämplig på alla elektroniska kommunikationstjänster och televisionstjänster som tillhandahölls i Spanien eller Portugal, med undantag för globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, vilka var föremål för konkurrens mellan parterna på den iberiska halvön vid tidpunkten för undertecknandet av avtalet och av denna anledning föll utanför klausulens tillämpningsområde. Med beaktande av den omständigheten att alla investeringar och all verksamhet som redan pågick när avtalet undertecknades och som kunde anses konkurrera med den andra partens verksamhet och investeringar på den iberiska marknaden föll utanför klausulens tillämpningsområde, beaktade kommissionen dessutom för vardera parten endast värdet av partens egen försäljning i ursprungslandet. Kommissionen beaktade således inte respektive parts försäljningsvärde i den andra partens ursprungsland, eftersom dessa belopp i princip motsvarade redan befintlig verksamhet, som inte omfattades av klausulen. Detta innebär att försäljningsvärdet för Telefónica fastställdes med beaktande av detta bolags försäljningsvärde i Spanien, och att försäljningsvärdet för PT fastställdes med beaktande av PT:s försäljningsvärde i Portugal (skälen 482 och 483 i det angripna beslutet).
- 209 Kommissionen angav vidare att den i allmänhet beaktar företagets försäljning under det sista kompletta år som de deltagit i överträdelsen. Eftersom kommissionen visste att överträdelsens varaktighet i förevarande fall var mindre än ett år och att den hade pågått mellan 2010 och 2011, utgick den från företagets försäljning för 2011, vilken var mindre än den försäljning som parterna hade haft 2010 (skäl 484 i det angripna beslutet).
- 210 Vad gäller överträdelsens allvar, som avgör den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas vid fastställandet av böternas grundbelopp, gjorde kommissionen gällande att överträdelsen i förevarande fall utgjordes av ett avtal om att inte konkurrera och om att dela upp den spanska och den portugisiska marknaden för elektronisk kommunikation och television mellan parterna samt att Telefónica och PT var de traditionella operatörerna i sina respektive länder (skäl 489 i det angripna beslutet).

- 211 Kommissionen angav att den hade beaktat den omständigheten att klausulen inte hemlighölls av parterna, utan offentliggjordes redan när den för första gången infogades i budet av den 1 juni 2010. Som det anges i skälen 128–130 i det angripna beslutet offentliggjorde parterna det andra budet, vilket innehöll det första klausulförslaget, på sina respektive webbplatser och sände det till de spanska och de portugisiska börsmyndigheterna, vilka i sin tur offentliggjorde det på sina webbplatser. Den 9 juni 2010 delade PT dessutom ut en förklarande broschyr till sina aktieägare om transaktionen och klausulen. Dessutom fanns avtalet, innehållande den slutliga versionen av klausulen, med bland de handlingar som Telefónica och PT ingav till Anatel och CADE. Slutligen bekräftade Telefónica i en artikel som publicerades av *Jornal de Negócios* den 23 augusti 2010 att avtalet innehöll en konkurrensklausul (skäl 491 i det angripna beslutet).
- 212 Vad gäller överträdelsens varaktighet beaktade kommissionen den omständigheten att överträdelsen pågick från den 27 september 2010, som var dagen för överlåtelsehandlingen och således för transaktionens avslutande, till den 4 februari 2011, som var dagen för parternas avtal om att stryka klausulen (skäl 492 i det angripna beslutet).
- 213 Mot bakgrund av dessa omständigheter, företagets storlek och det konkurrensbegränsande avtalets korta varaktighet bedömde kommissionen att det under de särskilda omständigheterna i förevarande fall var proportionerligt och tillräckligt avskräckande att beakta en låg andel av försäljningsvärdet vid beräkningen av böternas grundbelopp. Kommissionen ansåg således att den andel av försäljningsvärdet som skulle beaktas borde vara 2 procent för båda de berörda företagen (skäl 493 i det angripna beslutet). Den andel av försäljningsvärdet som fastställts för respektive företag multiplicerades med den koefficient som fastställts för varaktigheten, det vill säga 0,33, vilket motsvarade fyra månader av ett komplett år.
- 214 Kommissionen fastställde de således beräknade beloppen som slutliga grundbelopp, vilket betyder att kommissionen i förevarande fall inte adderade något fast belopp i avskräckande syfte (inträdesavgift) i enlighet med punkt 25 i riktlinjerna (se punkt 202 ovan), vilket även bekräftades vid förhandlingen.
- 215 Vad gäller justering av grundbeloppet ansåg kommissionen att det inte förelåg några försvårande omständigheter som skulle beaktas i förevarande fall (skäl 496 i det angripna beslutet).
- 216 Kommissionen erinrade vidare om att parterna den 4 februari 2011 hade beslutat att stryka klausulen och därigenom hade satt stopp för den konkurrensbegränsande samverkan. Med beaktande av att klausulen ströks endast 16 dagar efter det att kommissionen hade inlett förfarandet och 30 dagar efter det att kommissionen hade skickat den första begäran om upplysningar till parterna samt att den inte hemlighölls måste det enligt kommissionen anses att den omständigheten att klausulen ströks utgjorde en förmildrande omständighet som ska beaktas med avseende på båda parterna (skäl 500 i det angripna beslutet).
- 217 Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg kommissionen att grundbeloppet för de böter som skulle åläggas parterna skulle sättas ned med 20 procent (skäl 501 i det angripna beslutet) och underkände alla de argument som parterna anfört i syfte att åberopa andra förmildrande omständigheter (skälen 502–507 i det angripna beslutet).
- 218 Det slutliga bötesbeloppet uppgick följaktligen till 66 894 400 euro för Telefónica och 12 290 400 euro för PT.

b) Den försäljning som beaktades vid beräkningen av böterna

- 219 Sökanden har invänt mot kommissionens slutsatser om klausulens tillämpningsområde och gjort gällande att eftersom vissa verksamheter föll utanför klausulens tillämpningsområde och den omsättning som beaktades vid beräkningen av böterna därför ska minskas, bör det bötesbelopp som

ålagts PT sättas ned. Kommissionen bortsåg från den uttömmande analys av marknaderna för elektronisk kommunikation som sökanden hade lämnat i sitt svar på meddelandet om invändningar och underlät dessutom att behandla och vederlägga en stor del av sökandens argument.

Motiveringen

- 220 I den del sökandens argumentation ska förstås så att sökanden anser att kommissionen åsidosatte sin motiveringsskyldighet, ska det erinras om att motiveringen ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning (se dom Elf Aquitaine/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2011:620, punkt 147 och där angiven rättspraxis). Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 296 FEUF inte ska ske endast utifrån motiveringens lydelse, utan även utifrån det sammanhang i vilket den ingår och samtliga rättsregler på det aktuella området (se dom kommissionen/Sytraval och Brink's France, punkt 78 ovan, EU:C:1998:154, punkt 63 och där angiven rättspraxis).
- 221 Vad gäller motiveringsskyldighetens omfattning i fråga om beräkningen av böter för överträdelse av unionens konkurrensregler, föreskrivs det i artikel 23.3 i förordning nr 1/2003 att "[n]är bötesbeloppet fastställs, skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått". I riktlinjerna och i tillkännagivandet om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, 2006, s. 17) ges vägledning om vilka faktorer kommissionen beaktar vid bedömningen av överträdelsens allvar och varaktighet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juli 2003, Cheil Jedang/kommissionen, T-220/00, REG, EU:T:2003:193, punkt 217 och där angiven rättspraxis).
- 222 Det väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör är under dessa omständigheter uppfyllt om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som vid beräkningen av bötesbeloppet i enlighet med riktlinjerna och, i förekommande fall tillkännagivandet om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, legat till grund för dess bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet (se, för ett liknande resonemang, dom Cheil Jedang/kommissionen, punkt 221 ovan, EU:T:2003:193, punkt 218).
- 223 Vad gäller förevarande fall angav kommissionen i avsnitten 5 och 6.3.3.2 i det angripna beslutet, framför allt i skälen 153, 184, 185 och 278, att parterna åtminstone måste betraktas som potentiella konkurrenter på samtliga marknader för elektroniska kommunikationstjänster och televisionstjänster i Spanien och Portugal, att de argument som de hade anfört för att visa att vissa verksamheter föll utanför klausulens tillämpningsområde inte kunde godtas och att det – med beaktande av att parternas argument avseende en potentiell konkurrens mellan dem hade underkänts och med beaktande av klausulens breda tillämpningsområde – inte var nödvändigt att med avseende på varje specifik marknad göra en närmare analys av huruvida parterna var potentiella konkurrenter för att bedöma om avtalet kunde anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte. I skäl 482 i det angripna beslutet, under rubriken "Försäljningsvärdet" angav kommissionen vidare att den ansåg att konkurrensklausulen var tillämplig på alla typer av elektroniska kommunikationstjänster och televisionstjänster, med undantag för globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, och att alla tjänster som tillhandahölls i Spanien eller Portugal på de marknader som förtecknades i avsnitt 5.3, utom marknaderna för globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, således direkt eller indirekt berördes av överträdelsen.
- 224 Av detta följer att kommissionen tillhandahöll tillräckliga förklaringar om hur den hade fastställt det försäljningsvärde som skulle beaktas vid beräkningen av böterna och om skälen till att den ansåg att det inte var nödvändigt att granska var och en av de tjänster som sökanden i sitt svar på meddelandet

om invändningar hade begärt skulle utelämnas vid beräkningen av böterna. Såvitt sökandens argumentation ska förstås så, att den avser ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten, ska den således underkännas.

Frågan i sak

225 Sökanden har gjort gällande att värdet av viss försäljning ska utelämnas vid beräkningen av böterna, nämligen försäljningen på de marknader där parterna inte var potentiella konkurrenter, försäljningen inom redan befintliga verksamheter och försäljningen utanför den iberiska halvön.

– Försäljningen inom verksamheter som inte kunde utsättas för konkurrens

226 När det gäller försäljningen på marknader eller av tjänster som enligt sökanden inte var föremål för en potentiell konkurrens ska det påpekas att kommissionen i skäl 478 i det angripna beslutet hänvisade till punkt 12 i riktlinjerna, där det anges att böternas grundbelopp ska fastställas på grundval av försäljningsvärdet med hjälp av den metod som beskrivs i de följande punkterna. I samma skäl förklarade kommissionen dessutom att grundbeloppet för de böter som företagen skulle åläggas skulle fastställas genom att utgå från försäljningsvärdet av de varor eller tjänster som hade ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och som företagen sålt i det berörda geografiska området inom Europeiska unionen. I skäl 482 i det angripna beslutet (se punkt 208 ovan) angav kommissionen vidare att den ansåg att konkurrensklausulen var tillämplig på alla typer av elektroniska kommunikationstjänster och televisionstjänster, med undantag för globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, och att alla tjänster som tillhandahölls i Spanien eller Portugal på de marknader som förtecknades i avsnitt 5.3, utom marknaderna för globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, således direkt eller indirekt berördes av överträdelsen.

227 Vid förhandlingen förklarade kommissionen, som svar på frågor från tribunalen, att den med beaktande av klausulens mycket breda tillämpningsområde inte måste analysera den potentiella konkurrensen mellan parterna med avseende på var och en av de tjänster som sökanden åberopat, i syfte att fastställa det försäljningsvärde som skulle beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet. När det såsom i förevarande fall rör sig om en överträdelse genom syfte, där en sådan analys inte krävs för att fastställa överträdelsen, kan en sådan analys inte heller krävas för att fastställa bötesbeloppet.

228 Denna argumentation kan inte godtas.

229 Enligt klausulens ordalydelse tillämpades den på ”alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster, men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden”. För att beräkna böterna använde kommissionen försäljningsvärdet för verksamhet som enligt kommissionen omfattades av klausulens tillämpningsområde och utelämnade försäljningen inom redan befintlig verksamhet, vilken enligt klausulens ordalydelse föll utanför tillämpningsområdet. Följaktligen borde försäljningen inom verksamhet som inte kunde utsättas för konkurrens från den andra parten under den tid som klausulen tillämpades, vilken enligt klausulens ordalydelse också föll utanför dess tillämpningsområde, också ha utelämnats vid beräkningen av böterna.

230 Av detta följer att även om kommissionen, i syfte att fastställa överträdelsen, inte behövde utvärdera huruvida det förelåg en potentiell konkurrens med avseende på var och en av de tjänster som sökanden hade åberopat (se punkterna 169–188 ovan), borde den dock ha granskat huruvida sökanden hade fog för att hävda att försäljningsvärdet av tjänsterna i fråga skulle utelämnas vid beräkningen av böterna på grund av att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna med avseende på dessa tjänster.

- 231 Det ska härvid erinras om att domstolen tidigare har slagit fast att kommissionen i varje enskilt fall och med beaktande av sammanhanget och de mål som eftersträvas med det påföljdssystem som föreskrivs i förordning nr 1/2003 ska bedöma den inverkan som eftersträvas på det berörda företaget, bland annat genom att beakta en omsättning som återspeglar företagets faktiska ekonomiska situation under den tidsperiod då överträdelsen ägde rum (dom av den 7 juni 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/kommissionen*, C-76/06 P, REG, EU:C:2007:326, punkt 25, dom av den 12 november 2014, *Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen*, C-580/12 P, REU, EU:C:2014:2363, punkt 53, och dom av den 23 april 2015, *LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen*, C-227/14 P, REU, EU:C:2015:258, punkt 49).
- 232 Det är vid fastställandet av böter möjligt att ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning, vilken ger en antydning om, visserligen ungefärlig och ofullständig, företagets storlek och ekonomiska styrka, som den del av denna omsättning som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen, och som således kan ge en antydning om denna överträdelsens omfattning (dom av den 7 juni 1983, *Musique Diffusion française m.fl./kommissionen*, 100/80–103/80, REG, EU:C:1983:158, punkt 121, dom *Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2014:2363, punkt 54, och dom *LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2015:258, punkt 50).
- 233 Även om kommissionen enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, begränsas utövandet av denna befogenhet av att det i bestämmelsen uppställts objektiva kriterier som kommissionen måste följa. Således sätts en absolut beräkningsbar övre gräns för det bötesbelopp som kan åläggas. Därmed är det högsta tillåtna bötesbelopp som kan åläggas ett givet företag möjligt att fastställa i förväg. Utövandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning begränsas vidare av de förhållningsregler som kommissionen har åtagit sig att följa, bland annat genom riktlinjerna för beräkning av böter (dom *Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2014:2363, punkt 55, och dom *LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2015:258, punkt 51).
- 234 Om kommissionen, såsom i förevarande fall, fastställer böternas grundbelopp enligt den metod som anges i riktlinjerna, ska den således också följa den metoden.
- 235 Det ska erinras om att det i punkt 13 i riktlinjerna föreskrivs att "[k]ommissionen fastställer grundbeloppet genom att utgå från försäljningsvärdet [av] de varor eller tjänster som har ett direkt eller indirekt ... samband med överträdelsen och som företaget sålt i det berörda geografiska området inom EES". I punkt 6 i riktlinjerna anges att "[k]ombinationen av försäljningsvärdet och varaktigheten är ett lämpligt beräkningstal för att värdera överträdelsens ekonomiska betydelse och omfattningen av varje företags delaktighet i överträdelsen".
- 236 Av rättspraxis framgår dessutom att den del av omsättningen som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen ger en god anvisning om en överträdelsens omfattning på den relevanta marknaden, eftersom omsättningen av de produkter som omfattas av ett konkurrensbegränsande förfarande utgör ett objektiva kriterium som gör det möjligt att uppskatta hur skadligt detta förfarande är för den normala konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, dom *Musique Diffusion française m.fl./kommissionen*, punkt 232 ovan, EU:C:1983:158, punkt 121, dom av den 11 mars 1999, *British Steel/kommissionen*, T-151/94, REG, EU:T:1999:52, punkt 643, och dom av den 8 juli 2008, *Saint-Gobain Gyproc Belgium/kommissionen*, T-50/03, EU:T:2008:252, punkt 84).
- 237 Punkt 13 i riktlinjerna syftar således till att utgångspunkten för beräkningen av de böter som ska åläggas ett företag ska vara ett belopp som återspeglar överträdelsens ekonomiska betydelse och företagets relativa tyngd i överträdelsen (dom av den 11 juli 2013, *Team Relocations m.fl./kommissionen*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, punkt 76, dom *Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2014:2363, punkt 57, och dom *LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen*, punkt 231 ovan, EU:C:2015:258, punkt 53).

- 238 Begreppet försäljningsvärde i punkt 13 omfattar således försäljningen på den marknad i EES som berörs av överträdelsen, utan att det behöver avgöras huruvida denna försäljning faktiskt har påverkats av överträdelsen, eftersom den del av omsättningen som härrör från försäljning av produkter som omfattas av överträdelsen utgör den uppgift som bäst återspeglar den ekonomiska betydelsen av denna överträdelse (se, för ett liknande resonemang, dom Team Relocations m.fl./kommissionen, punkt 237 ovan, EU:C:2013:464, punkterna 75–78, dom Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen, punkt 231 ovan, EU:C:2014:2363, punkterna 57–59, dom av den 19 mars 2015, dom Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen, C-286/13 P, REU, EU:C:2015:184, punkterna 148 och 149, och dom LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen, punkt 231 ovan, EU:C:2015:258, punkterna 53–58 och 64).
- 239 Även om det förvisso skulle strida mot det syfte som eftersträvas med denna bestämmelse att tolka begreppet försäljningsvärde så, att det enbart avser omsättning som hänför sig till sådan försäljning för vilken det är fastställt att den verkligen påverkades av den påstådda kartellen, kan detta begrepp emellertid inte utsträckas till att inbegripa sådan försäljning i det aktuella företaget som inte direkt eller indirekt omfattas av kartellens tillämpningsområde (se, för ett liknande resonemang, dom Team Relocations m.fl./kommissionen, punkt 237 ovan, EU:C:2013:464, punkt 76, och dom Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen, punkt 238 ovan, EU:C:2015:184, punkt 148).
- 240 Det ska i detta sammanhang påpekas att när det såsom i förevarande fall föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, kan det inte krävas att kommissionen på eget initiativ ska granska huruvida en potentiell konkurrens föreligger avseende alla de marknader och tjänster som berörs av överträdelsens tillämpningsområde, eftersom man därigenom skulle frångå de principer som fastställts i den rättspraxis som anges i punkterna 175, 176 och 178 ovan och genom fastställandet av det försäljningsvärde som ska beaktas vid beräkningen av böterna införa en skyldighet att granska den potentiella konkurrensen, trots att en sådan granskning inte krävs i fall av en konkurrensbegränsning genom syfte (se punkt 177 ovan). Domstolen har i detta hänseende, i ett enskilt fall som reglerades av riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3), slagit fast att när det gäller en överträdelse som består i en uppdelning av marknader kan en tolkning, som skulle få till följd att kommissionen ålades en skyldighet vid beräkningen av böterna som den enligt fast rättspraxis inte har vid tillämpningen av artikel 101 FEUF när den aktuella överträdelsen har ett konkurrensbegränsande syfte, inte godtas (dom Prym och Prym Consumer/kommissionen, punkt 196 ovan, EU:C:2009:505, punkt 64).
- 241 Lösningen i förevarande fall består inte i att ålägga kommissionen en skyldighet vid fastställandet av bötesbeloppet som den inte har enligt artikel 101 FEUF när det rör sig om en överträdelse som har ett konkurrensbegränsande syfte, utan att dra konsekvenserna av den omständigheten att försäljningsvärdet ska ha ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen i den mening som avses i punkt 13 i riktlinjerna och inte kan inbegripa försäljning som inte direkt eller indirekt omfattas av överträdelsens tillämpningsområde (se den rättspraxis som anges i punkt 239 ovan). Av detta följer att från den stund då kommissionen väljer att vid fastställandet av bötesbeloppet utgå från det försäljningsvärde som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen, ska detta värde fastställas på ett precist sätt.
- 242 Det ska härvid påpekas att med beaktande av ordalydelsen i klausulen, där det uttryckligen hänvisas till ”alla projekt inom telekomindustrin (inklusive fasta och mobila telefonitjänster, internettillgång och televisionstjänster, men exklusive alla eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet) som kan anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden”, och den omständigheten att sökanden i sitt svar på meddelandet om invändningar anförde faktiska omständigheter i syfte att bevisa att försäljningsvärdet av vissa av de angivna tjänsterna skulle utelämnas vid beräkningen av böterna på grund av att det inte förelåg någon konkurrens mellan parterna, borde kommissionen i förevarande fall ha granskat dessa omständigheter när den bestämde försäljningsvärdet av de varor och tjänster som företaget hade sålt och som hade ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen.

- 243 Eftersom den försäljning som hade ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen i förevarande fall utgjordes av försäljning av de tjänster som omfattades av klausulens tillämpningsområde, det vill säga all försäljning i telekomsektorn, med undantag för redan befintlig verksamhet, som kunde anses konkurrera med den andra parten på den iberiska marknaden, borde kommissionen, för att bestämma värdet av denna försäljning, ha fastställt avseende vilka tjänster det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna på den iberiska marknaden, genom att granska de omständigheter som parterna hade anfört i sina svar på meddelandet om invändningar i syfte att bevisa att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan dem med avseende på vissa tjänster under den tid som klausulen tillämpades. Endast på grundval av en sådan bedömning av de faktiska och rättsliga omständigheterna var det möjligt att fastställa den försäljning som hade ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och vars värde borde ha använts som utgångsbelopp vid beräkningen av böternas grundbelopp.
- 244 Av detta följer att den argumentation som sökanden har anfört till stöd för att kommissionen vid fastställandet av det försäljningsvärde som hade ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen borde ha grundat sig på de omständigheter som sökanden hade åberopat, avseende att det beträffande vissa tjänster inte förelåg en potentiell konkurrens mellan Telefónica och PT, ska godtas, och att artikel 2 i det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, endast i den del bötesbeloppet där har bestämts på grundval av det försäljningsvärde som kommissionen fastställde.
- 245 Tribunalen erinrar vidare om att systemet för domstolsprövning av kommissionsbeslut i förfaranden enligt artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF består i en sådan prövning av lagenligheten av institutionernas rättsakter som föreskrivs i artikel 263 FEUF. Denna prövning kan, i enlighet med artikel 261 FEUF och på begäran av sökandena, kompletteras med att tribunalen utövar sin obegränsade behörighet i fråga om de påföljder som kommissionen beslutat om på detta område (dom av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, C-295/12 P, REU, EU:C:2014:2062, punkt 42). Det ska härvid påpekas att den konstaterade rättsstridigheten i förevarande fall avser det försäljningsvärde som beaktades vid fastställandet av det bötesbelopp som ålagts sökanden och således själva beräkningsgrunden för böterna.
- 246 Det är i detta sammanhang lämpligt att på nytt erinra om att kommissionen i skäl 482 i det angripna beslutet inte vidtog någon bedömning av huruvida det förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna med avseende på de tjänster som sökanden hade åberopat. Som svar på frågor som tribunalen ställde under förhandlingen i syfte att erhålla svar från kommissionen på de argument som sökanden hade anfört till stöd för påståendet att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan Telefónica och PT med avseende på vissa tjänster i Portugal, upprepade kommissionen endast sin ståndpunkt att den inte måste bedöma den potentiella konkurrensen mellan parterna i syfte att fastställa bötesbeloppet och har i övrigt, som svar på sökandens samtliga argument, endast förklarat att Telefónica var en potentiell konkurrent till PT med avseende på tjänsterna i fråga, eftersom Telefónica kunde ha deltagit i anbudsinfordringar eller köpt upp en befintlig operatör.
- 247 Av det ovan anförda följer att tribunalen i förevarande fall inte har tillräckliga uppgifter för att fastställa det slutliga bötesbelopp som ska åläggas sökanden.
- 248 Det är riktigt att tribunalen, med stöd av den obegränsade behörighet som den har enligt artikel 31 i förordning nr 1/2003, förutom att endast pröva sanktionens lagenlighet kan ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. I förevarande fall vidtog kommissionen, i syfte att fastställa det försäljningsvärde som skulle beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet, emellertid inte någon bedömning av de omständigheter som sökanden hade anfört för att bevisa att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna med avseende på vissa tjänster. För att fastställa försäljningsvärdet skulle tribunalen således behöva fylla en lucka i utredningen av ärendet.

249 Tribunalens obegränsade behörighet sträcker sig emellertid inte så långt att den kan vidta en sådan utredning, som skulle gå utöver att den ersätter kommissionens bedömning med sin egen bedömning, eftersom tribunalens bedömning då skulle vara den första och enda bedömningen av omständigheter som kommissionen borde ha beaktat i syfte att fastställa det försäljningsvärde som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen i den mening som avses i punkt 13 i riktlinjerna och som det ankommer på kommissionen att bedöma.

250 Av detta följer att tribunalen i förevarande fall inte ska utöva sin obegränsade behörighet och att det således ankommer på kommissionen att ta samtliga konsekvenser av den rättsstridighet som har konstaterats i förevarande mål och på nytt uttala sig om fastställandet av bötesbeloppet. I övrigt anser tribunalen att även de övriga grunderna avseende bötesbeloppet ska prövas.

– Försäljningen inom redan befintliga verksamheter

251 Sökanden har gjort gällande att enligt ordalydelsen i klausulen ska försäljningen inom redan befintliga verksamheter utelämnas vid beräkningen av böterna.

252 Tribunalen erinrar om att det av skälen 482 och 483 i det angripna beslutet framgår att försäljningsvärdet av globala telekommunikationstjänster och internationella nätoperatörstjänster i grossistledet, med avseende på vilka parterna verkligen konkurrerade med varandra vid tidpunkten för avtalets undertecknande, inte beaktades vid beräkningen av böterna.

253 Sökanden har vidare hävdade att PT:s försäljning av tjänster som motsvarade tjänster som tillhandahölls av Zon, det vill säga fast telefoni, bredbandsinternet och betal-tv, föll utanför klausulens tillämpningsområde, eftersom Telefónica innehade andelar i detta bolag, vilket var en konkurrent till PT inom sektorn för elektronisk kommunikation (se punkt 7 ovan), och de tjänster som Zon tillhandahöll ingick i kategorin "eventuella investeringar eller verksamheter som innehas eller bedrivs på dagen för undertecknandet av avtalet" (se punkt 1 ovan), vilken föll utanför klausulens tillämpningsområde.

254 Sökanden har påpekat att en del av invändningarna från dem som beslutet riktats till knappast eller inte alls har bemötts i det angripna beslutet och att kommissionen, när det gäller Telefónicas ägande i Zon och det inflytande som detta gav Telefónica, endast har upprepat påståendet att denna andel inte gav Telefónica någon kontroll över Zon. Såvitt detta påpekande kan förstås så att sökanden har gjort gällande att kommissionen åsidosatte sin motiveringsskyldighet måste det underkännas.

255 Det framgår nämligen att kommissionen svarade på parternas argument avseende att de tjänster som tillhandahölls av Zon föll utanför klausulens tillämpningsområde och angav att den inte kunde godta påståendet att Zons verksamhet föll utanför klausulens tillämpningsområde, eftersom parterna, om de hade velat visa att de konkurrerade med varandra i Portugal på grund av Telefónicas andel i Zon, borde ha bevisat att Telefónica kontrollerade denna operatörs verksamhet, vilket de inte gjorde. Av årsredovisningen för 2011 framgår tvärtom att Telefónica inte kontrollerade den portugisiska operatören. Kommissionen angav således tydligt skälet till att den ansåg att Zons verksamhet inte föll utanför klausulens tillämpningsområde och till att den drog slutsatsen att Telefónica inte kontrollerade detta bolag och kan därför inte anklagas för att ha åsidosatt motiveringsskyldigheten.

256 Kommissionen förklarade även, i skälen 156–164 i det angripna beslutet, att om verksamhet som utövades av ett bolag i vilket endera parten innehade aktier men som det inte kontrollerade vore relevant för fastställandet av klausulens tillämpningsområde, borde det i klausulen ha angetts att den var avsedd att tillämpas på verksamhet i bolag som inte kontrollerades av parterna. Om sådan verksamhet vore relevant för fastställandet av klausulens tillämpningsområde, borde den dessutom vara relevant även för iakttagandet av bestämmelserna i klausulen, vilket innebär att det skulle ha utgjort en överträdelse av klausulen om ett icke-kontrollerat bolag i vilket endera parten ägde en minoritetsandel hade startat verksamhet som var förbjuden enligt klausulen. Kommissionen tillade att

parterna inte kan påstå att de gick med på en sådan skyldighet för de bolags räkning i vilka de ägde en minoritetsandel men som de inte kontrollerade, eftersom de inte skulle ha kunnat garantera att en sådan skyldighet uppfylldes. För att en verksamhet skulle kunna undantas från klausulens tillämpningsområde, måste den följaktligen genomföras direkt av någon av parterna eller indirekt av något av de bolag som dessa kontrollerade.

257 Vad gäller frågan i sak har sökanden inte invänt vare sig mot ovanstående argumentation eller mot kommissionens konstaterande att Telefónica under perioden i fråga endast innehade en minoritetsandel i Zon (5,46 procent) (skäl 19 i det angripna beslutet) och således inte kontrollerade detta bolag, vilket innebär att de tjänster som tillhandahölls av Zon inte kan betraktas som tjänster som tillhandahölls av Telefónica och följaktligen som tjänster avseende vilka Telefónica och PT konkurrerade med varandra och som av denna anledning föll utanför klausulens tillämpningsområde. Av detta följer att sökanden inte har bevisat varför de tjänster som tillhandahölls av Zon ska betraktas som tjänster som tillhandahölls av Telefónica och följaktligen föll utanför klausulens tillämpningsområde, trots den omständigheten att Telefónica endast innehade en minoritetsandel i Zon. Under dessa omständigheter ska sökandens argumentation underkännas.

– Försäljningen inom verksamheter utanför den iberiska halvön

258 Sökanden har invänt mot det geografiska tillämpningsområde för klausulen som kommissionen fastställde och har gjort gällande att eftersom det i avtalet uttryckligen hänvisas till den iberiska marknaden och inte till Portugal och Spanien, måste slutsatsen dras att parternas avsikt var att avtalet skulle omfatta de territorier som utgör den iberiska halvön och inte de territorier som utgör Konungariket Spanien och Republiken Portugal. De territorier som motsvarar de autonoma regionerna Azorerna och Madeira, där omsättningen 2011 uppgick till 36 992 000 euro respektive 23 492 000 euro, faller således utanför klausulens geografiska tillämpningsområde, vilket innebär att det försäljningsvärde för PT som ska beaktas vid beräkningen av böterna, och följaktligen själva bötesbeloppet, bör justeras.

259 Detta påstående kan inte godtas. Tvärtemot vad sökanden har hävdats hänvisas i klausulen inte ordagrant till ”den iberiska halvön”, utan till ”den iberiska marknaden”. Hänvisningen till ”den iberiska marknaden” ska emellertid inte förstås i strikt geografisk mening som en hänvisning endast till den iberiska halvön, utan som en hänvisning till marknaderna i Spanien och Portugal, vilka inbegriper marknaderna på deras territorier utanför den iberiska halvön. Det finns inget som tyder på att dessa staters territorier utanför den iberiska halvön föll utanför klausulens tillämpningsområde, och sökanden har inte heller anfört några argument för att bevisa detta.

260 Det ska härvid påpekas att sökanden endast har invänt mot kommissionens tolkning av klausulens geografiska tillämpningsområde, men inte anfört några argument som syftar till att ifrågasätta kommissionens slutsatser beträffande klausulens geografiska tillämpningsområde, vilka återfinns i skälen 175–182 i det angripna beslutet. Sökanden kan under dessa omständigheter inte vinna framgång med sina påståenden.

261 Av det ovan anförda följer att talan ska bifallas såvitt avser sökandens argumentation avseende den försäljning som beaktades vid beräkningen av böterna, eftersom kommissionen, i syfte att fastställa det försäljningsvärde för sökanden som skulle beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet, borde ha granskat de argument som sökanden hade anfört i syfte att bevisa att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan Telefónica och PT med avseende på vissa tjänster (se punkterna 226–250 ovan). Talan ska ogillas i övrigt.

c) Överträdelsens varaktighet

- 262 Sökanden har gjort gällande att kommissionen fastställde överträdelsens varaktighet felaktigt, eftersom konkurrensförbudet inte kunde ha några verkningar innan det hade bekräftats och således inte kan betecknas som en konkurrensbegränsning genom syfte som ovillkorligen var avsedd att tillämpas från och med den dag den trädde i kraft, det vill säga dagen för avslutandet av transaktionen den 27 september 2010, och att konkurrensavtalet, även om man bortser från det uttryckliga villkoret att konkurrensförbudet skulle bekräftas, i vart fall upphörde att gälla den 29 oktober 2010 till följd av det man kommit fram till vid telefonkonferenserna den 26 och 29 oktober 2010.
- 263 Tribunalen erinrar om att enligt artikel 23.3 i förordning nr 1/2003 är överträdelsens varaktighet en av de faktorer som ska beaktas vid fastställandet av böter som ska åläggas företag som har brutit mot konkurrensreglerna.
- 264 Såsom har angetts i punkt 202 ovan föreskrivs dessutom i punkt 24 i riktlinjerna att för att överträdelsens varaktighet ska beaktas fullt ut för varje enskilt företag multipliceras det belopp som fastställs på grundval av försäljningsvärdet med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen. Perioder under sex månader räknas som ett halvår, medan perioder över sex månader, men kortare än ett år, räknas som ett helt år.
- 265 Vad gäller överträdelsens varaktighet i förevarande fall drog kommissionen, såsom angetts i punkt 51 ovan, i skälen 454–465 i det angripna beslutet slutsatsen att överträdelsen pågick från den dag då transaktionen avslutades, det vill säga den 27 september 2010 (se punkt 25 ovan), till den dag då klausulen upphävdes, det vill säga den 4 februari 2011 (se punkt 29 ovan).
- 266 Genom förevarande invändning har sökanden i huvudsak bestritt det angripna beslutets lagenlighet, i den del det i artikel 1 i beslutets artikeldel slås fast att överträdelsen pågick under perioden från transaktionens avslutande den 27 september 2010 till den 4 februari 2011. Det måste således anses att sökanden genom denna invändning avseende överträdelsens varaktighet inte endast anser att böterna ska sättas ned utan även att det angripna beslutet delvis ska ogiltigförklaras, särskilt artikel 1 i artikeldelen, i den del kommissionen i denna artikel med orätt har slagit fast att överträdelsen pågick från och med den 27 september 2010 till och med den 4 februari 2011.
- 267 Det måste emellertid konstateras att sökanden inte har anfört några ytterligare omständigheter som specifikt avser överträdelsens varaktighet, utan endast hänvisat till de invändningar som redan anförts inom ramen för grunden avseende åsidosättande av artikel 101 FEUF och av rättsregler om dess tillämpning, vilka redan har prövats ovan och därvid har underkänts (se punkterna 122–161 ovan). Eftersom sökanden inte har lyckats bevisa vare sig att konkurrensförbudet omfattades av en skyldighet till självutvärdering eller att telefonkonferenserna i oktober 2010 resulterade i att klausulen upphävdes, ska sökandens begäran om att en kortare varaktighet för överträdelsen ska beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet avslås.

d) Iakttagandet av proportionalitetsprincipen

- 268 Sökanden har hävdats att proportionalitetsprincipen åsidosattes när det bötesbelopp som PT ålagts för överträdelsen i fråga fastställdes.
- 269 Kommissionen har framställt en invändning om rättegångshinder och har gjort gällande att talan ska avvisas såvitt avser denna påstådda grund för ogiltigförklaring, eftersom det i de tre rader i sökandens ansökan där denna grund avhandlas endast anges att "[PT] efter noga övervägande och med beaktande av samtliga omständigheter i ärendet och de kriterier som ska följas vid åläggandet av böter är övertygat om att kommissionen inte iakttog proportionalitetsprincipen".

- 270 Tribunalen erinrar om att, såsom dredan påpekats i punkt 68 och följande punkter ovan, ska enligt artikel 44.1 c i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991 en ansökan innehålla uppgifter om saken i målet samt en kortfattad framställning av de grunder som åberopats. Dessa uppgifter ska vara så klara och precisa att svaranden kan förbereda sitt försvar och tribunalen kan pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter. I syfte att säkerställa rättssäkerheten och en god rättskipning är det dessutom nödvändigt att de väsentliga, faktiska och rättsliga, omständigheter som talan grundas på framgår på ett konsekvent och begripligt sätt av innehållet i själva ansökan (se beslut TF1/kommissionen, punkt 70 ovan, EU:T:2008:155, punkt 29 och där angiven rättspraxis).
- 271 Det måste konstateras att sökandens framställning av den påstådda grunden avseende åsidosättande av proportionalitetsprincipen inom ramen för talan i förevarande mål inte uppfyller de ovan angivna kraven, vilket innebär att det finns fog för kommissionens invändning om rättegångshinder och att den påstådda grunden avseende åsidosättande av proportionalitetsprincipen inte kan tas upp till prövning.
- 272 Tribunalen påpekar vidare att i unionens konkurrensrätt kompletteras lagenlighetsprövningen med den obegränsade behörighet som unionsdomstolarna har tillerkänts genom artikel 17 i förordning nr 17 och som de numera tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, enligt vad som anges i artikel 261 FEUF. Förutom att pröva påföljdens lagenlighet är unionsdomstolarna således behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Följaktligen kan unionsdomstolarna undanröja, sätta ned eller höja de böter som ålagts (se dom av den 8 december 2011, Chalkor/kommissionen, C-386/10 P, REU, EU:C:2011:815, punkt 63 och där angiven rättspraxis).
- 273 Tribunalen understryker emellertid att utövandet av den obegränsade behörigheten inte är detsamma som en prövning ex officio och påpekar att förfarandet vid unionsdomstolarna är kontradiktoriskt. Förutom omständigheter som omfattas av tvingande rätt vilka rätten är skyldig att behandla ex officio, såsom det angripna beslutets bristande motivering, ankommer det på sökanden att åberopa grunder och bevisning till stöd för sin talan mot nämnda beslut (dom Chalkor/kommissionen, punkt 272 ovan, EU:C:2011:815, punkt 64).
- 274 Detta processuella krav strider inte mot regeln att det, vid överträdelse av konkurrensreglerna, ankommer på kommissionen att bevisa den överträdelse som den har konstaterat och förete den bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt styrka förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. Det som nämligen krävs av klaganden i en talan vid domstol är att identifiera de ifrågasatta omständigheterna i det angripna beslutet, framställa grunder härför och förete bevisning, som kan bestå i starka indicier på att det finns fog för anmärkningarna (dom Chalkor/kommissionen, punkt 272 ovan, EU:C:2011:815, punkt 65).
- 275 Avsaknaden av en prövning ex officio innebär inte ett åsidosättande av principen om ett effektivt domstolsskydd. Tribunalen är visserligen skyldig att bemöta de grunder som har åberopats och pröva såväl faktiska som rättsliga omständigheter, men behöver inte, för att iaktta denna princip, ex officio företa en ny och uttömmande granskning av handlingarna i målet (dom Chalkor/kommissionen, punkt 272 ovan, EU:C:2011:815, punkt 66).
- 276 Den granskning som föreskrivs i fördragen innebär således att unionsdomstolarna kontrollerar såväl rättsliga som faktiska omständigheter och att de har behörighet att pröva bevisningen, ogiltigförklara det angripna beslutet och ändra bötesbeloppet. Lagenlighetsgranskningen i artikel 263 FEUF, kompletterad med den obegränsade behörigheten med avseende på bötesbeloppet i artikel 31 i förordning nr 1/2003, förefaller således inte strida mot principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (dom Chalkor/kommissionen, punkt 272 ovan, EU:C:2011:815, punkt 67).

277 Av denna rättspraxis följer att eftersom sökanden inte har åberopat några argument eller någon bevisning till stöd för den påstådda grunden avseende åsidosättande av proportionalitetsprincipen, är tribunalen inte skyldig att ex officio, inom ramen för sin obegränsade behörighet, granska huruvida kommissionen iakttog nämnda princip när den fastställde bötesbeloppet.

3. *Begäran om hörande av vittnen*

278 Sökanden har begärt att tribunalen som vittne ska höra M. R. S. S. N., som var ansvarig för PT:s konkurrensavdelning när såväl konkurrensavtalet som avtalet om upphävande av klausulen ingicks.

279 Kommissionen har gjort gällande att begäran ska avslås av det skälet att den är meningslös och onödig, eftersom den förklaring som M. R. S. S. N. avlade under ed avseende de omständigheter som hon hade kännedom om redan finns med i handlingarna i målet.

280 Det ska erinras om att tribunalen är ensam behörig att avgöra huruvida det föreligger ett eventuellt behov av att komplettera den information som den har tillgång till i anhängiggjorda mål (se beslut av den 10 juni 2010, Thomson Sales Europe/kommissionen, C-498/09 P, EU:C:2010:338, punkt 138 och där angiven rättspraxis).

281 Domstolen har inom ramen för ett konkurrensmål slagit fast att även om det i en begäran om hörande av vittnen, vilken framställts i ansökan, exakt anges beträffande vilka faktiska omständigheter vittnet eller vittnena ska höras och de skäl som kan motivera att de hörs, ankommer det på tribunalen att bedöma relevansen av en sådan begäran i förhållande till tvistens föremål och behovet av att höra nämnda vittnen (se dom av den 19 december 2013, Siemens/kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P och C-498/11 P, EU:C:2013:866, punkt 323 och där angiven rättspraxis).

282 Domstolen har även angett att detta utrymme för skönsmässig bedömning som tribunalen har är förenligt med den grundläggande rätten till en rättvis rättegång och särskilt artikel 6.3 d i konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (Europakonventionen). Av domstolens praxis framgår att den tilltalade genom sistnämnda bestämmelse inte ges en absolut rätt att kräva att vittnen ska inställa sig vid en domstol och att det i princip ankommer på den domstolen att avgöra huruvida det är nödvändigt eller lämpligt att kalla ett vittne. Artikel 6.3 i Europakonventionen innebär inte att samtliga vittnen ska kallas. Syftet är i stället att uppnå full likställdhet i processen så att den tilltalade i det omtvistade förfarandet som helhet betraktat ges möjlighet att i lämplig och tillräcklig utsträckning förneka de misstankar som riktats mot honom (se dom Siemens/kommissionen, punkt 281 ovan, EU:C:2013:866, punkterna 324 och 325 och där angiven rättspraxis).

283 Tribunal har tidigare slagit fast att en begäran om att vittnen ska höras inte kan bifallas när de förklaringar som sökandebolaget vill erhålla genom ett sådant vittnesmål vid tribunalen redan har avgetts vid kommissionen och denna ansåg att förklaringarna inte stöddes av något skriftligt bevismaterial och till och med motsades av vissa uppgifter i handlingarna i ärendet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/kommissionen, T-144/07, T-147/07–T-150/07 och T-154/07, REU, EU:T:2011:364, punkterna 152 och 154).

284 Det ska dessutom påpekas att en begäran om att tribunalen ska komplettera de uppgifter som den innehar är utan verkan, när innehållet i domen inte skulle ändras även om tribunalen skulle efterkomma begäran (se, för ett liknande resonemang, beslut Thomson Sales Europe/kommissionen, punkt 280 ovan, EU:C:2010:338, punkt 141).

285 Om tribunalen kan avgöra saken på grundval av de yrkanden, grunder och argument som anförts under det skriftliga och muntliga förfarandet samt med beaktande av de handlingar som ingetts, ska sökandens begäran om hörande av vittne avslås, utan att tribunalen särskilt behöver motivera sin

bedömning att det är onödigt att försöka få fram ytterligare bevisning (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 15 september 2005, *Marlines/kommissionen*, C-112/04 P, EU:C:2005:554, punkt 39, och dom av den 9 september 2009, *Clearstream/kommissionen*, T-301/04, REG, EU:T:2009:317, punkt 218).

- 286 Även om det är riktigt att parterna inte har rätt att kräva att unionsdomstolen vidtar åtgärder för processledning eller bevisupptagning, är det ändå så att domstolen inte kan bedöma följderna av att vissa uppgifter saknas i akten såvida den inte har uttömt de möjligheter som föreskrivs i rättegångsreglerna för att förmå den ifrågavarande parten att inkomma med uppgifterna (se beslut av den 8 oktober 2013, *Michail/kommissionen*, T-597/11 P, REUP, EU:T:2013:542, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 287 Eftersom den förklaring som M. R. S. S. N. har avgivit om de omständigheter som hon hade kännedom om redan finns med i handlingarna i målet, finns det ingen anledning att bifalla sökandens begäran om hörande av vittnen.
- 288 Det ska härvid erinras om att, såsom angetts i punkt 283 ovan, tribunalen slagit fast att ett sökandebolags begäran om att vittnen ska höras inte kan bifallas när de förklaringar som bolaget vill erhålla genom ett sådant vittnesmål vid tribunalen redan har avgetts vid kommissionen och denna ansåg att förklaringarna inte stöddes av något skriftligt bevismaterial och till och med motsades av vissa uppgifter i handlingarna i ärendet.
- 289 Det ska i förevarande fall erinras om att kommissionen, såsom påpekats i punkterna 149 och 150 ovan, har angett att den beaktade förklaringen i fråga och utvärderade den i enlighet med tillämpliga principer om bevisprövning. Kommissionen beaktade således den omständigheten att förklaringen hade avgetts av en person som kunde ha ett direkt intresse i ärendet (skäl 122 i det angripna beslutet) och gjorde en väl avvägd bedömning av dessa uppgifter i förhållande till annan tillgänglig bevisning (skälen 121, 124 och 308 i det angripna beslutet). Kommissionen betvivlade inte vid något tillfälle att den person som avgett förklaringen faktiskt hade uttryckt sig på det sätt som framgick av förklaringen.
- 290 Under dessa omständigheter ska begäran om att tribunalen ska höra den person som avgett förklaringen avslås, eftersom uppgifterna i handlingarna i målet är tillräckliga för att tribunalen ska kunna pröva telefonkonferenserna i oktober 2010 (se, för ett liknande resonemang, dom *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/kommissionen*, punkt 283 ovan, EU:T:2011:364, punkterna 152 och 154; se även, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 7 oktober 2004, *Mag Instrument/harmoniseringsbyrån*, C-136/02 P, REG, EU:C:2004:592, punkt 77).
- 291 Denna slutsats påverkas inte av sökandens påpekande att enligt närhetsprincipen eller omedelbarhetsprincipen har hörande av vittnen vid tribunalen ett oförnekligt mervärde jämfört med en skriftligen nedtecknad förklaring. Eftersom innehållet i förklaringen inte har ifrågasatts och det endast rör sig om att förstå förklaringen mot bakgrund av bevisningen som helhet, kan de argument som sökanden anförde vid förhandlingen inte påverka konstaterandet att det är onödigt att den person som har avgett förklaringen hörs av tribunalen.
- 292 Av det ovan anförda följer att begäran om hörande av vittnen ska avslås.
- 293 Av det ovan anförda följer att talan delvis ska bifallas såvitt avser sökandens argumentation beträffande den försäljning som beaktades vid beräkningen av böterna, eftersom kommissionen, i syfte att fastställa det försäljningsvärde för sökanden som skulle beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet, borde ha granskat de argument som sökanden hade anfört i syfte att visa att det inte förelåg en potentiell konkurrens mellan Telefónica och PT med avseende på vissa tjänster. Artikel 2 i det angripna beslutet ska således ogiltigförklaras, endast i den del bötesbeloppet där har bestämts på grundval av det försäljningsvärde som fastställdes av kommissionen. Talan ska ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

- 294 Enligt artikel 134.3 i tribunalens rättegångsregler ska vardera parten bära sina rättegångskostnader, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Tribunalen får emellertid besluta att en part ska ersätta en del av den andra partens rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet.
- 295 Eftersom talan endast delvis har bifallits, anser tribunalen att det med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall är skäligt att sökanden ska bära tre fjärdedelar av sina egna rättegångskostnader och ersätta en fjärdedel av kommissionens rättegångskostnader. Kommissionen ska bära tre fjärdedelar av sina rättegångskostnader och ersätta en fjärdedel av sökandens rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

följande:

- 1) **Artikel 2 i kommissionens beslut C(2013) 306 final av den 23 januari 2013 om ett förfarande enligt artikel 101 FEUF (ärende COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) ogiltigförklaras i den del det bötesbelopp som ålagts Portugal Telecom SGPS, SA där fastställs till 12 290 000 euro, eftersom detta belopp har bestämts på grundval av det försäljningsvärde som Europeiska kommissionen fastställde.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Portugal Telecom SGPS ska bära tre fjärdedelar av sina rättegångskostnader och ersätta en fjärdedel av kommissionens rättegångskostnader. Kommissionen ska bära tre fjärdedelar av sina rättegångskostnader och ersätta en fjärdedel av de rättegångskostnader som uppkommit för Portugal Telecom SGPS.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 juni 2016.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	2
A – Presentation av PT och Telefónica.....	2
B – Förhandlingarna och undertecknandet av avtalet	3
C – Omständigheter som inträffade efter det att avtalet hade ingåtts	5
D – Förfarandet vid kommissionen	6
Det angripna beslutet	6
Förfarandet och parternas yrkanden	10
Rättslig bedömning	10
A – Upptagande till prövning.....	10
B – Prövning i sak	12
1. Yrkandena om ogiltigförklaring av det angripna beslutet	12
a) Grunden avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter	13
b) Grunden avseende åsidosättande av artikel 101 FEUF och av rättsreglerna om dess tillämpning	13
Inledande synpunkter.....	14
Argumentationen avseende att klausulen var kopplad till köptionen eller till avsättandet av de styrelseledamöter i PT som hade utsetts av Telefónica	15
Argumentationen avseende att klausulen innehöll en skyldighet till självutvärdering	19
Argumentationen avseende åsidosättande av artikel 101 FEUF på grund av att förutsättningarna för en potentiell konkurrens inte undersöktes	26
Argumentationen avseende avsaknaden av verkningar	30
2. Yrkandena avseende bötesbeloppet.....	31
a) Inledande synpunkter.....	31
Principer avseende beräkningen av böter	31
Det angripna beslutet.....	34
b) Den försäljning som beaktades vid beräkningen av böterna	35
Motiveringen	36
Frågan i sak	37

– Försäljningen inom verksamheter som inte kunde utsättas för konkurrens	37
– Försäljningen inom redan befintliga verksamheter	41
– Försäljningen inom verksamheter utanför den iberiska halvön	42
c) Överträdelsens varaktighet	43
d) Iakttagandet av proportionalitetsprincipen	43
3. Begäran om hörande av vittnen	45
Rättegångskostnader	47