Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (втори състав)

28 юни 2016 година*

„Конкуренция — Картели — Португалски и испански пазар на телекомуникациите — Клауза за неизвършване на конкурентна дейност на иберийския пазар, включена в договора за придобиване от Telefónica на притежавания от Portugal Telecom дял в бразилския мобилен телефонен оператор Vivo — Правна уговорка „доколкото е разрешено от закона“ — Задължение за мотивиране — Нарушение с оглед на целта — Съпътстващо ограничение — Потенциална конкуренция — Нарушение с оглед на резултатите — Изчисляване на размера на глобата — Искане за изслушване на свидетели“

По дело T-208/13

Portugal Telecom SGPS, SA, установено в Лисабон (Португалия), за което се явяват N. Mimoso Ruiz и R. Bordalo Junqueiro, адвокати,

жалбоподател,

срещу

Европейска комисия, за която се явяват първоначално C. Giolito, C. Urraca Caviedes и T. Christoforou, впоследствие C. Giolito, C. Urraca Caviedes и P. Costa de Oliveira, в качеството на представители, подпомагани от M. Marques Mendes, адвокат,

ответник,

с предмет, като главно искане, отмяна на Решение C(2013) 306 окончателен на Комисията от 23 януари 2013 година относно производство по член 101 ДФЕС (преписка COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) и, при условията на евентуалност, искане за намаляване на глобата,

ОБЩИЯТ СЪД (втори състав),

състоящ се от: M. E. Martins Ribeiro (докладчик), председател, S. Gervasoni и L. Madise, съдии,

секретар: J. Palacio González, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 22 май 2015 г.,

постанови настоящото

* Език на производството: португалски.

Решение

Обстоятелства, предхождащи спора

1 В основата на настоящия спор във връзка с Решение C(2013) 306 окончателен на Комисията от 23 януари 2013 година относно производство по член 101 ДФЕС (преписка COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) (наричано по-нататък „обжалваното решение“) стои клауза (наричана по-нататък „клаузата“), включена в член 9 от споразумението за закупуване на акции (наричано по-нататък „споразумението“), което е подписано от Telefónica, SA (наричано по-нататък „Telefónica“) и жалбоподателя, Portugal Telecom SGPS, SA (наричано по-нататък „PT“), на 28 юли 2010 г. и чийто предмет е изключителният контрол на Telefónica върху бразилския мобилен мрежов оператор Vivo Participações, SA (наричано по-нататък „Vivo“). Клаузата гласи следното (съображение 1 от обжалваното решение):

„Девет — Неизвършване на конкурентна дейност

Доколкото е разрешено от закона, всяка страна се въздържа от участие или инвестиране, пряко или непряко посредством дъщерно дружество, в какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги, с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение), който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар, за период от време, започващ в деня [на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г.] и приключващ на 31 декември 2011 г.“

2 В съответствие с предварителното си заключение в изложението на възраженията от 21 октомври 2011 г. Европейската комисия приема, че като се имат предвид клаузата и обстоятелствата (икономическият и правен контекст, в който се вписва случаят, и поведението на страните), клаузата е равносилна на споразумение за подялба на пазарите с цел ограничаване на конкуренцията на вътрешния пазар в нарушение на член 101 ДФЕС (съображения 2 и 434 от обжалваното решение).

A – *Представяне на PT и Telefónica*

3 Групата Portugal Telecom е създадена през 1994 г. след сливането на три публични дружества и е приватизирана на пет етапа от 1995 г. до 2000 г. След приключването на петия и последен етап на приватизацията през 2000 г. португалската държава притежава 500 акции от категория „A“ (наричани по-нататък „привилегированите акции“), които ѝ предоставят някои специални права, включително право на вето върху промените в устава и други важни решения. На 12 декември 2000 г. Portugal Telecom, SA се преструктурира в холдингово дружество и приема наименованието PT (съображения 21, 22 и 23 от обжалваното решение).

4 PT е най-големият телекомуникационен оператор в Португалия и има стратегическо присъствие в други страни, по-специално в Бразилия и Субсахарска Африка. В Бразилия основните активи на PT представляват 50 % от дяловете в съвместното предприятие, контролиращо Vivo до придобиването на последното от Telefónica. След като прехвърля дяловото си участие във Vivo на 28 юли 2010 г., PT установява стратегическо партньорство с Oi, един от основните доставчици на електронни съобщителни услуги в Бразилия (съображения 24 и 25 от обжалваното решение).

5 PT прехвърля дяловото си участие от 0,20 % в Telefónica през 2010 г. и не контролира никое испанско дружество. PT предоставя телекомуникационни услуги на своите мултинационални португалски клиенти, извършващи дейност на испанския пазар, като използва мрежите на други оператори и по-специално на Telefónica (съображения 27, 28 и 233 от обжалваното решение).

6 Telefónica е бившият испански държавен телекомуникационен монополист, приватизиран изцяло през 1997 г., и най-големият телекомуникационен оператор в Испания. Telefónica развива международно присъствие в редица страни от Европейския съюз, Латинска Америка и Африка и е една от най-големите европейски телекомуникационни групи (съображения 12 и 16 от обжалваното решение).

7 Към момента на приемане на решението, което е предмет на настоящия спор, Telefónica притежава 2 % от капитала на PT. Към момента на настъпване на фактите, предмет на посоченото решение, Telefónica притежава миноритарен дял в Zon Multimedia (наричано по-нататък „Zon“) — конкурентно на PT дружество, което извършва дейност в сектора на електронните съобщителни услуги и което е създадено в резултат на отделянето през ноември 2007 г. на PT Multimedia от неговото дружество майка PT. Отделно от дяловете си в португалски дружества, Telefónica започва да развива пряко присъствие в Португалия чрез две от дъщерните си дружества и португалския филиал на едното от тях (съображения 18—20 и 215 от обжалваното решение).

8 Освен това, в зависимост от съответния момент, Telefónica определя един или двама членове на съвета на директорите на PT. Към момента на окончателното сключване на сделката за покупката на Vivo, а именно 27 септември 2010 г. (вж. т. 25 по-долу), двама от членовете на съвета на директорите на PT са били определени от Telefónica (бележка под линия 67 от обжалваното решение).

Б – *Преговори и подписване на споразумението*

9 Vivo е един от основните мобилни телекомуникационни оператори в Бразилия. Към момента на подписване на споразумението на 28 юли 2010 г. Vivo се контролира съвместно от Telefónica и PT посредством инвестиционното дружество Brasilcel NV (наричано по-нататък „Brasilcel“), регистрирано в Нидерландия (съображение 33 от обжалваното решение).

10 На 6 май 2010 г. Telefónica отправя „враждебна“ публична оферта в размер на 5,7 милиарда евро за покупката на дяловото участие от 50 %, което PT тогава притежава в Brasilcel. Офертата по-специално съдържа разпоредба, съгласно която „Telefónica няма да налага на Portugal Telecom каквато и да било клауза за неизвършване на конкурентна дейност или за неприличане“. Тази първа оферта е отхвърлена единодушно от членовете на съвета на директорите на PT (съображения 35 и 36 от обжалваното решение).

11 След провеждането на среща между страните на 31 май 2010 г., на 1 юни 2010 г. в 02,53 ч. PT изпраща на Telefónica електронно съобщение с проект на втора оферта за покупката на дяловото му участие във Vivo. Клаузата за първи път е включена в този проект (съображение 38 от обжалваното решение).

12 Първият проект на клауза гласи следното (съображение 39 от обжалваното решение):

„Неизвършване на конкурентна дейност

Всяка страна се въздържа от участие или инвестиране, пряко или непряко посредством дъщерно дружество, в какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги),

който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар, за период от време, започващ в деня на приемането на офертата и приключващ i) на 31 декември 2011 г. или ii) в момента на действителното прехвърляне на последната част от алтернативните акции „B“.

13 В изпратено до PT електронно съобщение на 1 юни 2010 г. в 12,21 ч. Telefónica предлага да се нанесе изменение в клаузата, като се добави изразът „с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение“, с цел от приложното ѝ поле да се изключат дейностите, вече извършвани от всяка от страните на националния пазар на другата страна. Това изменение е включено във втората оферта, носеща дата 1 юни 2010 г. (съображение 40 от обжалваното решение).

14 Освен първия проект на клауза, във втората оферта се предвижда увеличаване на цената на 6,5 милиарда евро, опция за обратно изкупуване в полза на PT — по силата на която то може да изкупи обратно акциите си, притежавани от Telefónica — и задължение на Telefónica да закупи акциите, притежавани от PT в дружеството Dedic SA, което е бразилски оператор на телефонни центрове. Освен това във втората оферта се запазва предвиденото задължение на Telefónica да не налага „на Portugal Telecom каквато и да било клауза за неизвършване на конкурентна дейност или за непривличане“, което задължение вече е било включено в първата оферта (съображения 41 и 42 от обжалваното решение).

15 Вечерта на 1 юни 2010 г. съветът на директорите на PT съобщава, че според него отправената от Telefónica втора оферта не отразява истинската стойност на Vivo. Същевременно той решава да представи решението си на общото събрание на дружеството на 30 юни 2010 г. (съображение 45 от обжалваното решение).

16 Втората оферта е разгласена публично от страните чрез поместването ѝ на съответните им интернет сайтове, както и чрез съобщаването ѝ на испанските и португалските борсови органи. Освен това съдържанието на клаузата, включена във втората оферта, също е разгласено публично в брошура, която на 9 юни 2010 г. съветът на директорите на PT изпраща на акционерите на последното дружество във връзка с подготовката на общото му събрание, предвидено за 30 юни 2010 г. (съображения 128 и 129 от обжалваното решение).

17 На 29 юни 2010 г. Telefónica представя трета оферта в размер на 7,15 милиарда евро, която впрочем съдържа същите условия като втората оферта (съображение 46 от обжалваното решение).

18 На 30 юни 2010 г. редовното общо събрание на PT одобрява третата оферта, оправена от Telefónica. Португалското правителство обаче упражнява правото, с което се ползват притежаваните от него привилегировани акции в PT (вж. т. 3 по-горе), за да блокира сделката, и Telefónica удължава срока на валидност на третата оферта до 16 юли 2010 г. (съображения 47 и 48 от обжалваното решение).

19 В решението си от 8 юли 2010 г., Комисия/Португалия (C-171/08, Сб., EU:C:2010:412), Съдът приема, че като е запазила особени права в PT като предвидените в устава на това дружество в полза на държавата и на други публичноправни субекти — права, предоставени във връзка с привилегировани акции на държавата в PT, Португалската република не е изпълнила задълженията си по член 56 ЕО (съображение 50 от обжалваното решение).

20 На 16 юли 2010 г. PT иска от Telefónica да удължи валидността на офертата си до 28 юли 2010 г., но Telefónica възразява срещу това и офертата се обезсилва (съображение 51 от обжалваното решение).

21 На 27 юли 2010 г. се провежда нова среща между PT и Telefónica, на която Telefónica предлага на PT, от една страна, в началото на клаузата да се добави изразът „доколкото е разрешено от закона“, и от друга страна, продължителността на действие на клаузата да се определи от „момента [на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г.] до 31 декември 2011 г.“ (съображения 52 и 53 от обжалваното решение).

22 На 28 юли 2010 г. Telefónica и PT сключват споразумението, по силата на което Telefónica получава изключителния контрол върху Vivo, чрез придобиването на 50 % от капитала на Brasilcel срещу сумата от 7,5 милиарда евро (съображение 54 от обжалваното решение).

23 В член 9 от споразумението е включена следната клауза (съображение 55 от обжалваното решение):

„Девет — Неизвършване на конкурентна дейност

Доколкото е разрешено от закона, всяка страна се въздържа от участие или инвестиране, пряко или непряко посредством дъщерно дружество, в какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги, с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение), който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар, за период от време, започващ в деня [на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г.] и приключващ на 31 декември 2011 г.“

24 За разлика от втората оферта (т. 14 по-горе), в споразумението вече не се предвижда опция за обратно изкупуване в полза на PT, по силата на която то може да изкупи обратно акциите си, притежавани от Telefónica. От друга страна обаче, в споразумението по-специално се предвижда, на първо място, подаване на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT (член 3, параграф 6 от споразумението), на второ място, програма за индустриално партньорство между двете предприятия (член 6 от споразумението), при условие че не се конкурират в Бразилия (член 7 от споразумението), и на трето място, евентуално придобиване от Telefónica на бразилското дружество Dedic, специализирано в предоставянето на услуги, свързани с телефонни центрове (член 10 от споразумението) (съображения 56—61 от обжалваното решение).

25 Окончателното сключване на сделката става на 27 септември 2010 г. чрез „нотариален акт за прехвърляне на акции“ и „потвърждаващ нотариален акт“ (съображение 63 от обжалваното решение).

26 В деня на подписване на споразумението, а именно 28 юли 2010 г., PT обявява и че същия ден е сключило меморандум за разбирателство, с който се определят приложимите правила за започването на стратегическо партньорство с Oi (вж. т. 4 по-горе), и че се надява да придобие 22,38 % от дяловете на групата Oi, за да играе важна роля в неговото управление (съображение 62 от обжалваното решение).

27 На 29 юли и на 18 август 2010 г. Agência National de Telecommunicações (Anatel, бразилски орган за регулиране на телекомуникациите) и Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, бразилски орган по конкуренция) са уведомени за сделката Vivo, а в статия, публикувана в пресата на 23 август 2010 г. Telefónica потвърждава, че споразумението съдържа клауза за неизвършване на конкурентна дейност (съображения 103, 130 и 491 от обжалваното решение).

B – *Факти, настъпили след сключването на споразумението*

28 На 26 и 29 октомври 2010 г. се провеждат два телефонни разговора между Telefónica и PT (съображения 113 и 124 от обжалваното решение).

29 На 19 януари 2011 г. Комисията започва процедурата (вж. т. 31 по-долу), вследствие на което на 4 февруари 2011 г. Telefónica и PT подписват споразумение с цел да премахнат клаузата (съображение 125 от обжалваното решение), което гласи следното:

„Преамбюл:

Като се има предвид, че на 28 юни 2010 г. [PT] и Telefónica сключиха споразумение (наричано по-нататък „споразумението“) за продажбата на 50 % (петдесет процента) от капитала на учреденото по нидерландското право дружество [Brasilcel] (наричано по-нататък „Brasilcel“ или „дружеството“) от [PT] на Telefónica.

Като се има предвид, че член девет от споразумението съдържа клауза за неизвършване на конкурентна дейност, по силата на която, доколкото е разрешено от закона, всяка от страните се задължава да не се конкурира с другата страна на иберийския пазар, считано от момента на сключването на сделката (определен в споразумението) до 31 декември 2011 г.

Като се има предвид, че преди това член девет от споразумението бе замислен от страните във връзка с евентуална опция в полза на PT за обратно изкупуване на притежаваните от Telefónica акции в посоченото дружество и че този член бе запазен в окончателното споразумение при условие, че съответства на правната уредба, въпреки отпадането in fine на въпросната опция.

Като се има предвид, че страните желаят писмено да удостоверят факта, че гореспоменатият член девет не е приложим, че никога не е привеждан в изпълнение и че съответно не е имал никакво отражение върху съответните търговски решения на страните.

Като се има предвид, че на 24 януари и на 21 януари 2011 г. Telefónica и съответно PT бяха уведомени за започването от Европейската комисия на официална процедура срещу тях във връзка с горепосочения член девет.

С оглед на гореизложеното, страните се споразумяват за следното:

Член 1.

Изменение на споразумението и ограничаване на правата

Споразумението се изменя като член девет от него се премахва изцяло. Този член се счита за нищожен и несъществуващ.

Страните потвърждават неотменимо и окончателно, че член девет няма да предоставя каквото и да било право или да налага каквото и да било задължение на страните или на която и да било трета страна.

Член 2.

Приложимо право

Настоящото споразумение, както и всеки спор, свързан с неговото изпълнение, или всяка последица, свързана с каквото и да било нарушаване на неговите разпоредби, ще се уреждат по португалското право и ще се тълкуват в съответствие с него“.

Г – *Производство пред Комисията*

30 Наличието на клаузата е установено през септември 2010 г. от испанския орган по конкуренция, който уведомява за това португалския орган по конкуренция и Комисията, като е решено разследването да се повери на нея (съображение 3 от обжалваното решение).

31 На 19 януари 2011 г. Комисията образува производство срещу Telefónica и PT на основание член 11, параграф 6 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167) и член 2, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 773/2004 на Комисията от 7 април 2004 година относно водените от Комисията производства съгласно членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L 123, стр. 18; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 242) (съображение 5 от обжалваното решение).

32 На основание член 18, параграф 2 от Регламент № 1/2003 в рамките на разследването Комисията изпраща искания за предоставяне на информация до страните на 5 януари, 1 април, 25 май, 10 юни и 24 юни 2011 г. и 5 септември 2012 г., както и до някои от техните мултинационални клиенти на 20 април 2011 г. Проведени са също така срещи с PT на 17 март и 8 септември 2011 г. и 27 септември 2012 г., както и с Telefónica на 21 март и 7 септември 2011 г. и 27 септември 2012 г. (съображение 6 от обжалваното решение).

33 На 21 октомври 2011 г. Комисията приема изложение на възраженията, като на 4 ноември 2011 г. страните получават достъп до преписката, а на 7 ноември 2011 г. получават съответните документи. На 13 януари 2012 г. Telefónica и PT отговарят на изложението на възраженията, но не правят искане за изслушване (съображения 7, 8 и 9 от обжалваното решение).

34 На 23 януари 2013 г. Комисията приема обжалваното решение.

Обжалваното решение

35 Комисията посочва, че случаят в основата на обжалваното решение се отнася до съдържащата се в споразумението клауза (т. 1, 22 и 23 по-горе) (съображение 1 от обжалваното решение).

36 Съгласно дадените от Комисията пояснения, в изложението на възраженията тя приема, че предвид клаузата и обстоятелствата (икономическият и правен контекст, в който се вписва случаят, и поведението на страните), клаузата е равносилна на споразумение за подялба на пазарите с цел ограничаване на конкуренцията на вътрешния пазар в нарушение на член 101 ДФЕС, и в обжалваното решение потвърждава това заключение (съображение 2 от обжалваното решение).

37 На първо място, Комисията анализира фактическата обстановка при провеждането на преговорите между страните, довели до включването на клаузата в окончателната редакция на споразумението, фактите след неговото подписване (вж. т. 10—29 по-горе) и изложените от страните доводи относно обстановката и фактите (съображения 29—130 от обжалваното решение).

38 На второ място, по отношение на приложното поле на клаузата и на съответните пазари Комисията приема, че предвид текста на клаузата (т. 1 и 23 по-горе) последната засяга всеки проект, свързан с електронни съобщителни услуги, при условие че едната или другата от страните предоставя или може да предоставя такава услуга. Поради това, а и както следва от текста ѝ, клаузата засяга фиксираните и мобилните телефонни услуги, услугите за достъп до интернет и телевизионните услуги, а също и радиоразпръсквателните услуги, които се считат за

комуникационни услуги, макар да не са упоменати в клаузата. От друга страна обаче, Комисията прави уточнението, че съгласно текста на клаузата всяка упражнявана дейност и всяка извършена инвестиция преди подписването на споразумението, а именно 28 юли 2010 г., са изключени от приложното поле на клаузата (съображения 132—136 и 185 от обжалваното решение).

39 По отношение на последния аспект Комисията отбелязва, че глобалните телекомуникационни услуги и услугите за международен пренос на едро са изключени от приложното поле на клаузата поради присъствието на всяка от страните на пазарите на посочените услуги на Иберийския полуостров към момента на подписване на споразумението (съображения 173, 174, 184 и 185 от обжалваното решение).

40 Що се отнася до географския обхват на клаузата, Комисията тълкува израза „иберийски пазар“ като визиращ испанския и португалския пазар. Според Комисията, с оглед на търговските дейности на страните — изразяващи се в присъствие на повечето от пазарите на електронните съобщителни услуги в страната по произход на всяка от тях и слабо присъствие, а дори и липса на присъствие в страната по произход на другата страна (т. 3—7 по-горе) — географското приложно поле на клаузата засяга Португалия в случая на Telefónica и Испания в случая на PT (съображения 137—140 от обжалваното решение).

41 Комисията съответно заключава, че клаузата се прилага за всички пазари на електронни телекомуникационни услуги и на телевизионни услуги в Испания и Португалия, с изключение на пазарите на предоставяне на глобални телекомуникационни услуги и на услуги по международен пренос на едро (съображение 185 от обжалваното решение).

42 На трето място, според Комисията няма съмнение, че клаузата представлява споразумение по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, тъй като е налице сключено и подписано от страните писмено споразумение, чието съществуване не може да се отрече, и че в допълнение клаузата е била включена в нотариален акт, в чийто преамбюл се отбелязва, че към акта е приложен екземпляр от споразумението (съображение 237 от обжалваното решение).

43 Първо, с оглед на съдебната практика относно ограниченията на конкуренцията с оглед на целта, след като анализира доводите на страните, Комисията приема, че клаузата представлява ограничение с оглед на целта, като се имат предвид съдържанието на споразумението, преследваните с клаузата цели, икономическия и правен контекст, в който клаузата се вписва, поведението, реалните действия на страните и, накрая, намерението на последните (съображения 238—242 и 243—356 от обжалваното решение).

44 Що се отнася до целта на клаузата, Комисията съответно стига до извода, че с оглед на приложното ѝ поле клаузата забранява на PT да проникне на някой от испанските телекомуникационни пазари, а на Telefónica — да разширява ограниченото си присъствие на португалските телекомуникационни пазари, при това през целия период на прилагане на клаузата, така че вместо да се конкурират взаимно и да се държат като съперници — каквото поведение обикновено се очаква на пазар, който е отворен и на който има конкуренция — Telefónica и PT преднамерено са се договорили с цел да премахнат и ограничат всякаква конкуренция на съответните им пазари, поради което клаузата представлява споразумение за подялба на пазарите (съображение 353 от обжалваното решение).

45 По отношение на последния аспект Комисията отбелязва, че клаузата освен това е можела да забави интеграцията в сектора на електронните съобщителни услуги, тъй като процесът на интеграция на посочения пазар щял да бъде сериозно нарушен, ако традиционни оператори като Telefónica и PT могат да укрепят своята вече много силна позиция на пазара, участвайки в тайни практики с цел да защитят първоначалните си пазари и да не допуснат навлизането на други оператори на тях (съображения 354 и 355 от обжалваното решение).

46 Второ, след като припомня, че съгласно съдебната практика отчитането на конкретните последици на дадено споразумение е излишно, ако е доказано, че то представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта, каквото според Комисията е положението в разглеждания случай, в отговор на доводите на страните тя същевременно посочва, най-напред, че клаузата е била приета от двама конкуренти, поради което е била годна да породи антиконкурентни последици; по-нататък, че дори ако клаузата се разглежда като негодна да породи последици, това не е пречка тя да може да се счита за представляваща ограничение с оглед на целта, тъй като, ако с дадено споразумение се цели ограничаване на конкуренцията, за наличието на нарушение е без значение дали сключването на споразумението е било или не е било в търговски интерес на договарящите се страни, поради което възможността клаузата, с която се цели ограничаване на конкуренцията, да се окаже негодна да породи последици в търговски интерес на Telefónica или на PT, е напълно ирелевантна; и накрая, че страните по никакъв начин не са доказали започването от тях на нови дейности в Испания или в Португалия, позволяващи да се опровергае привеждането в изпълнение на клаузата, като това само по себе си не доказвало, че клаузата е била приведена в изпълнение, но било признак, че може да е станало (съображения 240 и 357—365 от обжалваното решение).

47 Според Комисията в разглеждания случай трябва да се приеме, че не е необходимо да се доказва наличието на каквито и да било отрицателни последици за конкуренцията, тъй като антиконкурентната цел на клаузата е била установена и съответно няма нужда да се извършва подробна преценка на всеки от разглежданите телекомуникационни пазари и на последиците от клаузата в рамките на всеки от тях (съображение 366 от обжалваното решение).

48 Трето, Комисията посочва, че клаузата не може да се разглежда като съпътстващо ограничение към сделката Vivo, тъй като засяга иберийския пазар, докато сделката Vivo се отнася за оператор, чиято дейност е ограничена до Бразилия, и че клаузата не може да се счита за необходима за реализирането на сделката (съображения 367—433 от обжалваното решение).

49 Комисията стига до заключението, че клаузата въвежда задължение страните да не извършват конкурентна дейност и представлява споразумение за подялба на пазарите с цел ограничаване на конкуренцията на вътрешния пазар и че поради това с нея се нарушава член 101 ДФЕС, като се има предвид съдържанието на споразумението (и по-специално редакцията на клаузата, която оставя само малко, дори никакви съмнения относно естеството ѝ) и икономическия и правен контекст, в който се вписва споразумението (например пазарите на електронните съобщителни услуги, които са либерализирани), и поведението и реалните действия на страните (по-специално отмяната на клаузата от тяхна страна едва на 4 февруари 2011 г. вследствие на започването на производството от Комисията на 19 януари 2011 г., а не вследствие на проведените телефонни разговори през октомври 2010 г., противно на твърденията на страните) (съображение 434 от обжалваното решение).

50 Четвърто, Комисията уточнява, че клаузата не отговаря на условията по член 101, параграф 3 ДФЕС (съображения 436—446 от обжалваното решение) и че може да засегне търговията между държави членки (съображения 447—453 от обжалваното решение).

51 Пето, що се отнася до продължителността на нарушението, Комисията заключава, че тя обхваща периода от деня на окончателното сключване на сделката, а именно 27 септември 2010 г. (вж. т. 25 по-горе), до деня, в който клаузата е била отменена, а именно 4 февруари 2011 г. (вж. т. 29 по-горе) (съображения 454—465 от обжалваното решение).

52 Шесто, що се отнася до изчисляването на размера на глобите, в обжалваното решение Комисията прилага разпоредбите от Насоките относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003 (ОВ C 210, 2006 г., стр. 2; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 264, наричани по-нататък „Насоките“).

53 За да определи основния размер на налаганата глоба, Комисията взема предвид стойността на продажбите на обхванатите от клаузата услуги, така както са определени в раздел 5 от обжалваното решение (вж. т. 38—40 по-горе), и по-специално за всяка страна единствено стойността на собствените ѝ продажби в нейната страна по произход (съображения 478—483 от обжалваното решение).

54 Комисията също така припомня, че по принцип отчита продажбите, реализирани от предприятията през последната пълна година на тяхното участие в нарушението, но че в разглеждания случай нарушението е продължило по-малко от година и е било извършено между 2010 г. и 2011 г. Комисията съответно използва продажбите на предприятията през 2011 г., които са по-слаби от продажбите, регистрирани от страните през 2010 г. (съображение 484 от обжалваното решение).

55 Що се отнася до тежестта на нарушението, определяща процента от стойността на продажбите, който трябва да се вземе предвид за определянето на основния размер на глобата, Комисията припомня, че нарушението се състои в споразумение за неизвършване на конкурентна дейност и за подялба на испанския и португалския пазар на електронни съобщителни услуги и телевизионни услуги, както и че Telefónica и PT са традиционните оператори в съответните си страни. Освен това Комисията отбелязва отчитането от нейна страна на факта, че клаузата не е пазена в тайна от страните (вж. т. 16 и 27 по-горе). С оглед на тези обстоятелства Комисията приема, че процентът от стойността на продажбите, който трябва да се вземе предвид, следва да бъде равен на 2 % за двете засегнати предприятия (съображения 489—491 и 493 от обжалваното решение).

56 По отношение на продължителността на нарушението Комисията отчита факта, че тя е обхванала периода от 27 септември 2010 г. (датата на нотариалното удостоверяване и съответно на окончателното сключване на сделката) до 4 февруари 2011 г. (датата на споразумението на страните за отмяна на клаузата) (съображение 492 от обжалваното решение).

57 Комисията не отчита никакво отегчаващо обстоятелство и приема, че датата на отмяна на клаузата, а именно 4 февруари 2011 г., представлява смекчаващо обстоятелство, като се има предвид, че тя следва едва с шестнадесет дни започването на производството и с 30 дни изпращането на първото искане за предоставяне на информация до страните. Тъй като освен това клаузата не е тайна, Комисията счита, че трябва да намали основния размер на налаганата глоба на страните с 20 % (съображения 496, 500 и 501 от обжалваното решение).

58 Окончателният размер на глобите възлиза на 66 894 000 EUR в случая на Telefónica и на 12 290 000 EUR в случая на PT (съображение 512 от обжалваното решение). Комисията уточнява, че тази сума не надхвърля 10 % от общия оборот, реализира от всяко от засегнатите предприятия (съображения 510 и 511 от обжалваното решение).

59 Диспозитивът на обжалваното решение гласи следното:

„*Член първи*

[Telefónica] и [PT] са нарушили член 101 [ДФЕС], тъй като са участвали в споразумение за неизвършване на конкурентна дейност, представляващо член девет от споразумението, сключено от тези дружества на 28 юли 2010 г.

Нарушението е продължило от 27 септември 2010 г. до 4 февруари 2011 г.

Член 2

„За посоченото в член 1 нарушение се налагат следните глоби:

а) на [Telefónica]: 66 894 000 EUR

б) на [PT]: 12 290 000 EUR

[…]“.

Производство и искания на страните

60 На 9 април 2013 г. жалбоподателят подава настоящата жалба в секретариата на Общия съд.

61 По предложение на съдията докладчик Общият съд (втори състав) решава да започне устната фаза на производството и в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 64 от Процедурния правилник на Общия съд от 2 май 1991 г., иска от страните да представят документи. Страните изпълняват това искане в определения срок.

62 По време на проведеното на 22 май 2015 г. съдебно заседание са изслушани устните състезания на страните и техните отговори на устно поставените от Общия съд въпроси.

63 Жалбоподателят иска от Общия съд:

— да постанови, че настоящата жалба за отмяна е подадена надлежно и е допустима съгласно член 263 ДФЕС и за целите на член 264 ДФЕС,

— да отмени обжалваното решение,

— при условията на евентуалност, да намали размера на глобата, която му е наложена по силата на член 2 от обжалваното решение,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски в производството и разходите на жалбоподателя.

64 Комисията иска от Общия съд:

— да обяви жалбата за недопустима,

— при условията на евентуалност, да обяви, че жалбата е напълно лишена от правно основание, и да остави в сила решението в неговата цялост, както и наложената глоба в същия размер,

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

От правна страна

А – *По допустимостта*

65 В подкрепа на жалбата си жалбоподателят формално изтъква две основания за отмяна, първото от които е изведено от нарушение на съществени процесуални правила, а именно липса на мотиви и недостатъчност на доказателствата, а второто — от нарушаване на Договора и на правната уредба по неговото прилагане, тъй като в решението била допусната явна грешка в

преценката на фактите, доказателствата и достатъчността на доказателствата, както и грешка в тълкуването на член 101 ДФЕС и съответно нарушение на тази разпоредба, от неизпълнение на задължението за разследване и за произнасяне, от нарушение на принципа „in dubio pro reo“, от нарушение на принципите, които Комисията се задължила да следва при налагането на глоби, и от нарушение на принципа на пропорционалност.

66 В жалбата, преди изложението на същинските основания, са включени три встъпителни части, озаглавени „Факти“, „Предмет на жалбата“ и „Съществена част и основни пороци на решението“.

67 Комисията твърди, че поради липсата на яснота и разбираемост, както и поради начина на представяне на изтъкнатите основания, жалбата трябва да се обяви за недопустима по силата на член 44 от Процедурния правилник от 2 май 1991 г. Според Комисията е много трудно да се установи какво иска да изтъкне жалбоподателят като основания за отмяна, тъй като същинското изложение на основанията започва едва в точка 276 от жалбата и е предхождано от над 250 точки анализи, в които жалбоподателят не уточнява в какво според него се състои конкретно основанието или основанията за отмяна на обжалваното решение. Освен това в изложението на основанията за отмяна жалбоподателят не уточнявал доколко въпросните анализи са релевентни за конкретизирането на посочените основания за отмяна.

68 Следва да се припомни, че съгласно член 21 от Статута на Съда на Европейския съюз и член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник от 2 май 1991 г. исковата молба или жалбата трябва да посочва предмета на спора и кратко изложение на посочените основания. Това посочване трябва да е достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви защитата си, а на Общия съд — да се произнесе по иска или жалбата, ако е необходимо, без да разполага с други данни (решение от 30 януари 2007 г., France Télécom/Комисия, T-340/03, Сб., EU:T:2007:22, т. 166). Освен това според съда на Съюза трябва да се признае, че излагането на основанията на жалбата не е свързано с терминологията и с изброяването в Процедурния правилник и че представянето на тези основания по същество, а не чрез правната им квалификация, може да бъде достатъчно, щом като основанията могат достатъчно ясно да се изведат от жалбата (вж. определение от 21 май 1999 г., Asia Motor France и др./Комисия, T-154/98, Rec, EU:T:1999:109, т. 55 и цитираната съдебна практика).

69 От друга страна обаче, ако това не е така и ако в жалбата по-специално не се отправя конкретна критика срещу обжалваното решение, жалбата трябва да се обяви за недопустима (вж. в този смисъл определение от 20 януари 2012 г., Groupe Partouche/Комисия, T-315/10, EU:T:2012:21, т. 22 и сл.).

70 Впрочем не е приемливо както институцията ответник, така и Общият съд да правят предположения относно обосновките и конкретните съображения от фактическо или правно естество, които биха могли да стоят в основата на доводите на жалбоподателя. Всъщност член 44, параграф 1 от Процедурния правилник от 2 май 1991 г. има за цел да предотврати именно подобно положение, което е източник на правна несигурност и е несъвместимо с доброто правораздаване (вж. в този смисъл определение от 19 май 2008 г., TF1/Комисия, T-144/04, Сб., EU:T:2008:155, т. 57).

71 Накрая, трябва да се отбележи, че обстоятелства, съдържащи се в жалба за отмяна в раздел „Факти“, „Предмет на жалбата“ или пък „Съществена част и основни пороци на решението“, на пръв поглед са предназначени не за формиране на самостоятелни основания, които евентуално да доведат до отмяна на обжалваното решение, а по-скоро за описание на фактите и оспорвания акт. Не е възможно обаче a priori да се изключи възможността тази част от жалбата да съдържа изложение на едно или повече основания за отмяна. Същевременно, едва доколкото ясно и еднозначно от съдържащ се в тези раздели откъс следва, че отделно от описателното му предназначение, чрез него се оспорва правомерността на направените в обжалваното решение

констатации, този откъс евентуално може да се счита за представляващ основание, независимо от структурата на жалбата и мястото му в общата ѝ подредба (вж. в този смисъл решения от 14 декември 2005 г., Honeywell/Комисия, T-209/01, Rec, EU:T:2005:455, т. 106 и от 1 юли 2008 г., Комисия/D, T-262/06 P, СбПС, EU:T:2008:239, т. 52).

72 В разглеждания случай трябва да се констатира липса на яснота в жалбата, по-специално тъй като в повече от 200 точки жалбоподателят излага „[с]ъществена[та] част и основни[те] пороци на решението“, преди да стигне до същинските „основания“. Видно е, че тъй като тези „основания“ са развити много сбито, в тези около 200 точки трябва да се идентифицират твърденията и доводите в подкрепа на изтъкнатите основания.

73 Впрочем, както жалбоподателят посочва в точка 69 от писмената реплика и потвърждава в съдебното заседание, изглежда това е било намерението му. Противно на твърденията на Комисията, в частта относно „[с]ъществена[та] част и основни[те] пороци на решението“ е възможно да се идентифицират критиките, които жалбоподателят отправя срещу обжалваното решение, и разпоредбите, които според него са нарушени. Следователно не може да се твърди, както прави Комисията, че „от жалбата ясно личи пълната липса на правни съображения, чрез които може да се оспори законосъобразността на [обжалваното] решение“. Освен това трябва да се отбележи, че Комисията е могла да формулира отговор по направените от жалбоподателя оплаквания.

74 Следователно направеното от Комисията възражение за недопустимост трябва да се отхвърли и жалбата да се обяви за допустима.

75 Трябва обаче да се отбележи, че макар в около 200-те точки, предхождащи изложението на същинските основания на жалбата, да могат да се идентифицират критиките, които жалбоподателят отправя срещу обжалваното решение, и разпоредбите, които според него са нарушени, писмените му становища се отличават с липса на съответствие между критиките му и изтъкнатите основания и известна липса на стегнатост. При това положение трябва да се припомни, че задължението на Общия съд да мотивира своите решения не може да се тълкува като налагащо той да отговаря в подробности на всеки изложен от страните довод, особено ако последният не е достатъчно ясен и точен и не почива на обстойно изложени доказателства (решения от 11 септември 2003 г., Белгия/Комисия, C-197/99 P, Rec, EU:C:2003:444, т. 81 и от 11 януари 2007 г., Technische Glaswerke Ilmenau/Комисия, C-404/04 P, EU:C:2007:6, т. 90). Освен това от постоянната съдебна практика следва, че задължението за мотивиране не задължава Общия съд да направи изложение, което да следва изчерпателно и едно по едно всички логически разсъждения, направени от страните по спора, и че мотивирането следователно може да бъде имплицитно, при условие че позволява на заинтересуваните лица да научат причините, поради които Общият съд не е уважил доводите им, а на Съда — да разполага с достатъчно елементи, за да упражни своя контрол (вж. решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, Сб., EU:C:2009:459, т. 135 и цитираната съдебна практика).

Б – *По съществото на спора*

1. *По исканията за отмяна на обжалваното решение*

76 В подкрепа на искането си за отмяна на обжалваното решение жалбоподателят изтъква едно основание, изведено от нарушение на съществени процесуални правила, и едно основание, изведено от нарушение на член 101 ДФЕС и на правилата, които трябва да се съблюдават при прилагането му.

а) По основанието, изведено от нарушение на съществени процесуални правила

77 Що се отнася до нарушението на съществени процесуални правила, жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е опорочено от липса на мотиви и от недостатъчност на доказателствата, като обаче последното твърдение — както жалбоподателят потвърди в съдебното заседание — трябва да се разгледа при анализа на второто основание за отмяна, изведено от нарушение на член 101 ДФЕС.

78 Що се отнася до твърдяната липса на мотиви, следва да се припомни, че предвиденото в член 296 ДФЕС задължение за мотивиране представлява съществено процесуално изискване, което трябва да се разграничава от въпроса за обосноваността на мотивите, тъй като той спада към законосъобразността по същество на спорния акт (решения от 2 април 1998 г., Комисия/Sytraval и Brink's France, C-367/95 P, Rec, EU:C:1998:154, т. 67, от 22 март 2001 г., Франция/Комисия, C-17/99, Rec, EU:C:2001:178, т. 35 и от 29 септември 2011 г., Elf Aquitaine/Комисия, C-521/09 P, Сб., EU:C:2011:620, т. 146).

79 В разглеждания случай, първо, трябва да се констатира, че жалбоподателят засяга въпроса за липсата на мотиви на обжалваното решение в раздел „Липса на мотиви“ в частта от жалбата си, озаглавена „Основания за отмяна“. По-нататък следва да се разгледат съдържащите с в този раздел оплаквания. Второ, видно е, че в целия текст на жалбата си жалбоподателят отправя критики, които могат да се оприличат на свързани с мотивите оплаквания, които обаче в действителност засягат — без това да се отнася за оплакванията, разглеждани в точки 165—168, 220—224 и 254—256 по-долу — въпроса за обосноваността на обжалваното решение и които съответно трябва да се разгледат при анализа на въпросите по същество, за които се отнасят.

80 В рамките на критиките си, които формално спадат към основанието, изведено от неизпълнение на задължението за мотивиране, след като припомня, че посоченото задължение е предвидено в член 296 ДФЕС, жалбоподателят единствено твърди, че „в мотивите на обжалваното решение има пропуски, неточности и грешки по съществени въпроси, което непоправимо засяга направените в него заключения“, и „като пример“ посочва заключенията на Комисията, съдържащи се в съображения 264 и сл. и 353 и сл. от обжалваното решение. От изявленията му обаче следва, че в действителност той не критикува мотивите, а обосноваността на съдържащите се в посочените съображения изводи, както той освен това потвърди в съдебното заседание и това бе отбелязано в протокола.

81 Следователно, доколкото не е свързано с оплакванията, с които в действителност се оспорва обосноваността на обжалваното решение, и без да се засяга анализът в точки 165—168, 220—224 и 254—256 по-долу, основанието, изведено от нарушение на съществени процесуални правила, трябва да се отхвърли, без да е необходимо да се анализират доводите на жалбоподателя, които формално спадат към това основание във връзка със задължението за мотивиране.

б) По основанието, изведено от нарушение на член 101 ДФЕС и на правната уредба по неговото прилагане

82 Според жалбоподателя, като се имат предвид естеството на клаузата, обстоятелствата и правния и икономически контекст, в който тя се вписва, нито клаузата, нито задължението страните да се въздържат от конкуриране на иберийския пазар трябва да се считат за ограничения на конкуренцията с оглед на целта.

83 Жалбоподателят съответно упреква Комисията, че е нарушила член 101 ДФЕС, квалифицирайки клаузата като ограничение на конкуренцията с оглед на целта. В този контекст жалбоподателят твърди, че Комисията не е представила доказателства за извършването на нарушението и че посочената институция е допуснала явна грешка в преценката на фактите, доказателствата и

достатъчността на доказателствата, грешка при прилагането на член 101 ДФЕС и нарушение на Договора, не е изпълнила задължението за разследване и за произнасяне и, накрая, е нарушила принципа in dubio pro reo.

84 Както жалбоподателят потвърди в съдебното заседание, развитите от него правни и фактически доводи в подкрепа на това основание по същество са следните: клаузата не е имала никаква връзка със сделката Vivo, а е била свързана с опцията за обратно изкупуване от PT на дяловете му, притежавани от Telefónica (наричана по-нататък „опцията за изкупуване“), която се съдържала във втората и третата оферта, но вече не присъствала в окончателната редакция на споразумението, или с подаването на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, което е било предвидено в споразумението; клаузата съдържала две отделни задължения, а именно основно задължение за самооценка и вторично задължение за неизвършване на конкурентна дейност, като второто ставало обвързващо само ако законосъобразността му бъде установена при изпълнението на първото; клаузата не можела да представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта, тъй като Комисията не доказала, че Telefónica и PT са били потенциални конкуренти и че съответно с клаузата може да се ограничи конкуренцията, и накрая, тъй като клаузата не представлявала ограничение на конкуренцията с оглед на целта, Комисията трябвало да анализира последиците от нея.

Предварителни бележки

85 Следва да се припомни, че за да попадне в приложното поле на забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС, съответното споразумение, решение на сдружение на предприятия или съгласувана практика трябва да има „за своя цел или резултат“ предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар.

86 В това отношение от практиката на Съда следва, че при някои видове съгласуване между предприятия степента на вредност за конкуренцията е достатъчна, за да може да се счита, че не е необходимо да се разгледат техните последици (вж. решение от 11 септември 2014 г., CB/Комисия, C-67/13 P, Сб., EU:C:2014:2204, т. 49 и цитираната съдебна практика).

87 Тази съдебна практика следва от обстоятелството, че определени форми на съгласуване между предприятията могат по самото си естество да се разглеждат като увреждащи доброто функциониране на нормалната конкуренция (вж. решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 50 и цитираната съдебна практика).

88 Ето защо е прието, че за някои тайни действия, като например водещите до хоризонтално определяне на цените от картелите, е допустимо да се счита, че могат да имат толкова негативни последици — по-специално върху цената, количеството или качеството на стоките и услугите — че за целите на прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС е възможно да се приеме за ненужно доказването на конкретните им последици върху пазара. Всъщност опитът показва, че подобни действия водят до намаляване на производството и увеличаване на цените, при което се стига до лошо разпределяне на ресурсите в ущърб по-специално на потребителите (решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 51).

89 Напротив, когато от анализа на вид съгласуване между предприятия не следва, че то в достатъчна степен вреди на конкуренцията, трябва да се разгледат последиците от него, а за да се забрани, е необходимо да са налице обстоятелства, с които се установява, че всъщност конкуренцията е била в значителна степен или предотвратена, или ограничена, или нарушена (вж. решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 52 и цитираната съдебна практика).

90 Съгласно практиката на Съда, за да се прецени дали определено споразумение между предприятия или решение на сдружение на предприятия е вредно в достатъчна степен — така че да се счете за ограничаване на конкуренцията с оглед на целта по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС — следва да се разгледат съдържанието на неговите разпоредби, преследваните с него цели и икономическият и правен контекст, в който то се вписва. При преценката на този контекст следва също така да се вземе под внимание естеството на засегнатите стоки или услуги, както и реалните условия на функционирането и структурата на въпросния пазар или пазари (вж. решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 53 и цитираната съдебна практика).

91 Освен това, макар и намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на даден вид съгласуване между предприятия, няма забрана органите в областта на конкуренцията или националните юрисдикции и тези на Съюза да го вземат предвид (вж. решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 54 и цитираната съдебна практика).

92 Именно с оглед на тези принципи трябва да се анализират изложените от жалбоподателя доводи.

По твърдението, че клаузата била свързана с опцията за изкупуване или с подаването на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT

93 Жалбоподателят твърди, че клаузата нямала никаква връзка със сделката Vivo, а било свързана с опцията за изкупуване, която се съдържала във втората и третата оферта — последната се изразявала само в увеличаване на цената, без да е изготвяна нова редакция на текста на споразумението — и вече не присъствала в окончателната редакция на споразумението, както и с подаването на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, което било предвидено в споразумението.

94 Жалбоподателят подчертава, че опцията за изкупуване и клаузата се появяват едновременно във втората оферта, и твърди, че задължението за неизвършване на конкурентна дейност било типично за придобиване на активи като това чрез опцията за изкупуване, където имало риск прехвърлителят да оперира в прехвърляния сектор, който познава добре.

95 Поради обявеното на 23 юни 2010 г. намаляване на дяловото участие на Telefónica в капитала на PT на около 2 %, в четвъртата оферта вече нямало опция за изкупуване, а задължение за Telefónica да предприеме действия с цел двамата му представители в съвета на директорите на PT да се откажат от тази длъжност. Същевременно поради наличието на трудности в преговорния процес, някои разпоредби от предходните оферти не били обсъждани отново, поради което клаузата била запазена, като бил добавен изразът „доколкото е разрешено от закона“.

96 В съдебното заседание, в отговор на въпрос на Общия съд, жалбоподателят посочва, че не твърди, че клаузата трябвало да се квалифицира като съпътстващо ограничение към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT. Същевременно по същество от доводите му е видно, че той твърди, че той е обвързал ангажимента за неизвършване на конкурентна дейност, от една страна, с опцията за изкупуване на акциите му, притежавани от Telefónica, и от друга страна, с подаване на оставка от определените от последното дружество членове на неговия съвет на директорите. Освен това според жалбоподателя, когато опцията за изкупуване била премахната от проекта за споразумение към момента на отправяне на четвъртата оферта, изразът „доколкото е разрешено от закона“ е бил включен в нея, преобразувайки по този начин клаузата за

неизвършване на конкурентна дейност в клауза за самооценка. При това положение и тъй като с тези доводи жалбоподателя твърди, че е избегнал възможността за прилагане на член 101 ДФЕС към клаузата, трябва да се вземе предвид следното.

97 От практиката на Съда следва, че ако поради своята неутралност или положителното си въздействие върху конкуренцията дадена операция или дейност не се обхваща от предвидената в член 101, параграф 1 ДФЕС принципна забрана, тази забрана не важи и за ограничаването на търговската самостоятелност на един или повече участници в тази операция или дейност, ако то е обективно необходимо за осъществяването на посочената операция или дейност и пропорционално на нейните цели (вж. решение от 11 септември 2014 г., MasterCard и др./Комисия, C-382/12 P, Сб., EU:C:2014:2201, т. 89 и цитираната съдебна практика).

98 Всъщност, ако такова ограничение не може да бъде отделено от основната операция или дейност, без да се застрашат нейното съществуване и цели, съвместимостта му с член 101 ДФЕС следва да се прецени заедно със съвместимостта на основната операция или дейност, по отношение на която е съпътстващо, независимо че на пръв поглед такова ограничение, разгледано самостоятелно, може да изглежда обхванато от принципната забрана по член 101, параграф 1 ДФЕС (решение MasterCard и др./Комисия, т. 97 по-горе, EU:C:2014:2201, т. 90).

99 Следователно понятието за съпътстващо ограничение обхваща всички ограничения, които са пряко свързани с реализирането на основната операция и са необходими за него (решения от 18 септември 2001 г., M6 и др./Комисия, T-112/99, Rec, EU:T:2001:215, т. 104 и от 29 юни 2012 г., E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, T-360/09, Сб., EU:T:2012:332, т. 62).

100 Под ограничение, пряко свързано с реализирането на основната операция, следва да се разбира всяко ограничение, което по важност е подчинено по отношение на реализирането на тази операция и което очевидно е свързано с последната (решения M6 и др./Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2001:215, т. 105 и E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 63).

101 Що се отнася до условието, свързано с необходимостта от ограничение, то предполага двойна проверка. Всъщност следва да се провери, от една страна, дали ограничението е обективно необходимо за реализирането на основната операция, и от друга страна, дали е пропорционално по отношение на нея (решения M6 и др./Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2001:215, т. 106 и E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 64).

102 По отношение на обективната необходимост от дадено ограничение следва да се подчертае, че доколкото в конкурентното право на Съюза не може да се приеме съществуването на „правило за рационалност“, би било погрешно при квалифицирането на съпътстващите ограничения условието за обективна необходимост да се тълкува в смисъл, че предполага претегляне на положителното и отрицателното въздействие на дадено споразумение върху конкуренцията (решения M6 и др./Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2001:215, т. 107 и E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 65).

103 Тази позиция е обоснована не само за да се зачете полезното действие на член 101, параграф 3 ДФЕС, но и по съображения за съгласуваност. Всъщност, след като член 101, параграф 1 ДФЕС не изисква анализ на благоприятните и неблагоприятните последици за конкуренцията от едно основно ограничение, същата констатация се налага по отношение на анализа на съпътстващото ограничение (решения M6 и др./Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2001:215, т. 108 и E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 66).

104 Ето защо проверката на обективната необходимост от дадено ограничение по отношение на основната операция може да е само относително абстрактна. Не става въпрос да се анализира дали с оглед на конкурентната ситуация на разглеждания пазар ограничението е абсолютно необходимо за търговския успех на основната операция, а да се определи дали в конкретните

рамки на основната операция ограничението е необходимо за нейното реализиране. Ако се окаже, че при липсата на такова ограничение реализирането на основната операция е трудно или дори невъзможно, ограничението може да се счита за обективно необходимо за нейното реализиране (решения M6 и др./Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2001:215, т. 109 и E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 67).

105 След като дадено ограничение е обективно необходимо за реализирането на основната операция, важно е да се провери дали продължителността и материалното и териториалното приложно поле на ограничението не надхвърлят необходимото, за да се реализира посочената операция. Ако продължителността и приложното поле на ограничението надхвърлят необходимото за реализирането на операцията, ограничението трябва да се разгледа отделно в рамките на член 101, параграф 3 ДФЕС (решение E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 68).

106 Следва да се отбележи, че доколкото преценката на съпътстващия характер на конкретен ангажимент спрямо основната операция предполага сложен икономически анализ от страна на ответника, съдебният контрол на тази преценка се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила, дали мотивите са достатъчни и фактите са установени точно, дали не е налице явна грешка в преценката или злоупотреба с власт (решение E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 69).

107 Ако се установи, че съответното ограничение е пряко свързано с реализирането на основната операция и е необходимо за него, съвместимостта на това ограничение с правилата на конкуренцията трябва да се разгледа заедно със съвместимостта на основната операция. Съответно, ако основната операция не попада в обхвата на предвидената в член 101, параграф 1 ДФЕС забрана, това важи и по отношение на ограниченията, които са пряко свързани с тази операция и необходими за нея. Напротив, ако основната операция представлява ограничение по смисъла на тази разпоредба, но попада в обхвата на някое от предвидените в член 101, параграф 3 ДФЕС освобождавания, това освобождаване обхваща и посочените съпътстващи ограничения (решение E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 70).

108 Освен това трябва да са отбележи, че в решение от 11 юли 1985 г., Remia и др./Комисия (42/84, Rec, EU:C:1985:327, т. 17—20), Съдът анализира клауза за неизвършване на конкурентна дейност, включена в договор за прехвърляне на предприятие. След като констатира, че само по себе си включването им в договор за прехвърляне на предприятие не извежда клаузите за неизвършване на конкурентна дейност от приложното поле на член 101, параграф 1 ДФЕС, Съдът посочва, че за да се прецени дали такива клаузи попадат или не в обхвата на въведената с този член забрана, трябва да се анализира каква би била конкуренцията, ако тях ги няма. Съдът уточнява, че в такава хипотеза, ако продавачът и купувачът останат конкуренти след прехвърлянето, споразумението за прехвърляне на предприятие не може да се реализира, тъй като купувачът, познавайки изключително добре особеностите на прехвърленото предприятие, запазва възможността отново да привлече към себе си бившите си клиенти, поради което в този случай клаузите за неизвършване на конкурентна дейност по принцип служат за гарантиране на възможността за извършване на прехвърлянето и на неговата ефективност, като се уточнява, че те същевременно трябва да са необходими за прехвърлянето на съответното предприятие и че тяхната продължителност и приложно поле трябва да бъдат строго ограничени до тази цел.

109 Що се отнася до опцията за изкупуване и напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, трябва да се отбележи, че в точки 20 и 76 от жалбата жалбоподателят твърди, че по отношение на тези два елемента клаузата е имала цел, сравнима с тази на клаузите за неизвършване на конкурентна дейност, включвани в споразуменията за

прехвърляне на предприятия, а именно Telefónica да не може да си послужи с информацията, получена благодарение на присъствието ѝ в съвета на директорите на PT, за да се конкурира с PT.

110 От една страна, що се отнася до опцията за изкупуване, трябва да се отбележи, че в окончателната редакция на споразумението тя вече не е присъствала, поради което не би могла да обоснове наличието на клаузата, което впрочем е причината Комисията да не е проучвала дали клаузата може да се квалифицира като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване (вж. съображение 390 от обжалваното решение). Освен това при всички положения трябва да се констатира, че жалбоподателят единствено, първо, твърди, че „задължението за неизвършване на конкурентна дейност [било] в интерес PT и типично за придобиване на активи с особеностите на придобиване чрез упражняване на опция за изкупуване, по-специално за придобиване, водещо до засилване на контрола и предполагащо значителна инвестиция и риск прехвърлителят да оперира в прехвърляния сектор, който познава добре“, второ, подчертава размера на дяловото участие, който трябвало да бъде предмет на опцията за изкупуване (10 %), и трето, твърди, че „PT има[ло] навика да използва този вид клаузи при споразумения за покупка и за продажба на акции, тъй като клаузите [били] ограничени във времето и не вред[ели] на дейностите в ход“ и че „PT има[ло] интерес да се защити в краткосрочен план след упражняването на опцията за изкупуване“.

111 Жалбоподателят обаче не обяснява защо и как конкретно в разглеждания случай продажбата от Telefónica на притежаваните от него акции в PT би могла да породи риск прехвърлителят да продължи да оперира в съответния сектор, който познава добре, нито конкретно от какво е трябвало да се защити поради упражняването на опцията за изкупуване.

112 Освен това, макар да подчертава факта, че опцията за изкупуване и клаузата за неизвършване на конкурентна дейност са се появили едновременно в рамките на втората оферта — което предполагало наличието на връзка между тях — жалбоподателят не доказва, че включването на двете е било свързано. Жалбоподателят съответно само твърди, че връзката на клаузата с опцията за изкупуване е видна от кореспонденцията, разменена между Telefónica и PT на 1 юни 2010 г. между 02,53 ч. и 17,00 ч., в резултат на която цената по втората оферта била увеличена. Посочената кореспонденция, представена от Комисията в отговор на въпрос на Общия съд, представлява размяна на електронни съобщения между Telefónica и PT, съдържащи последователните редакции на споразумението с отбелязване на измененията. Макар безспорно в тези редакции да присъстват опцията за изкупуване и клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, те същевременно не позволяват да се установи наличието на връзка на зависимост на клаузата спрямо опцията за изкупуване.

113 При това положение се налага изводът, че възможността клаузата да се квалифицира като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване не може да се приеме.

114 От друга страна, що се отнася до напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, жалбоподателят подчертава факта, че те са могли да имат достъп до чувствителна информация, без обаче да доказва, че е съществувала реална опасност Telefónica да използва информацията, получена от определените от него членове на съвета на директорите на PT, в ущърб на PT след напускането на тези членове.

115 Освен това трябва да се констатира, че жалбоподателят не представя доказателства, с които може да се оборят съдържащите се в съображения 391—401 от обжалваното решение изводи на Комисията, че клаузата не може да се обоснове като съпътстващо ограничение към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT.

116 Всъщност Комисията по-специално твърди, че португалското дружествено право, и по-специално членове 64, 254 и 398 от португалския търговски кодекс, задължават членовете на съответния съвет на директорите да не използват информацията, до която са имали достъп в това си качество за цели, различни от осигуряването на правилното функциониране на дружеството (съображение 395 от обжалваното решение). Впрочем жалбоподателят не обяснява защо при наличие на такова правно задължение клаузата е била необходима, за да се защити информацията, предоставена на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, след като те напуснат този съвет.

117 Що се отнася до твърдяната необходимост да се защити поверителната информация, до която определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT имали достъп, Комисията също така отбелязва, че тази информация е била предоставена на посочените членове преди сделката Vivo, че към този момент никакъв ангажимент за неизвършване на конкурентна дейност не е бил счетен за нужен и че страните не са доказали защо излизането на Telefónica от съвета на директорите на PT да поражда необходимост от приемане на ангажимент за неизвършване на конкурентна дейност (съображения 393 и 394 от обжалваното решение).

118 От горния анализ следва, че жалбоподателят не е доказал, че клаузата е била съпътстващо ограничение към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT.

119 Освен това трябва да се отбележи, че жалбоподателят също така не оспорва съдържащите се в съображения 402—404 от обжалваното решение изводи на Комисията, съгласно които, дори да се допусне, че ангажимент за неизвършване на конкурентна дейност е бил необходим във връзка с реализирането на напускането на съвета на директорите на PT от определените от Telefónica членове, за да се осигури защитата на предоставената на посочения орган поверителна информация, такъв ангажимент трябвало да се ограничи до строго необходимото, което не е така в случая на клаузата, която има двустранен характер и съответно не забранява единствено на Telefónica да се конкурира с PT, но и на PT — да се конкурира с Telefónica.

120 Накрая, при всички положения, както основателно подчертава Комисията в съображения 386 и 387 от обжалваното решение, трябва да се отбележи, че въпросът дали дадено ограничение може да се квалифицира като съпътстващо трябва да се анализира спрямо основното задължение. Впрочем в разглеждания случай основната операция, спрямо която трябва да се прецени клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, не е нито опцията за изкупуване, нито напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, а сделката Vivo. Жалбоподателят обаче не посочва нито едно доказателство, че клаузата е била необходима, за да може сделката да се реализира.

121 Видно от гореизложените съображения, жалбоподателят не е доказал, че клаузата трябвало да се квалифицира като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване, докато последната е присъствала в споразумението, което трябвало да се отчете при преценката на обстоятелствата около споразумението. Жалбоподателят също така не е доказал, че клаузата е била съпътстващо ограничение към предвиденото в окончателната редакция на споразумението напускане на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, поради което клаузата не трябвало да попада в обхвата на предвидената в член 101 ДФЕС забрана.

По твърдението, че клаузата съдържа задължение за самооценка

122 Жалбоподателят твърди, че клаузата не съдържа никакво несъвместимо с член 101 ДФЕС задължение за неизвършване на конкурентна дейност: въведеното с клаузата задължение за неизвършване на конкурентна дейност било подчинено на условието да бъде оценено и потвърдено от двете страни и тъй като тази оценка била извършена и било констатирано, че

задължението за неизвършване на конкурентна дейност не е допустимо, то престанало да съществува, без изобщо да е пораждало последици. Във всяко отношение това тълкуване се явявало най-правдоподобното тълкуване на въпросната разпоредба.

123 Според жалбоподателя поради наличието на израза „доколкото е разрешено от закона“ клаузата всъщност съдържа две задължения, а именно вторично задължение за неизвършване на конкурентна дейност и основно задължение за самооценка, изискващо страните да оценят законосъобразността на задължението за неизвършване на конкурентна дейност и ако в резултат на извършването на предвидения в клаузата тест за самооценка се окаже, че задължението за неизвършване на конкурентна дейност не е законосъобразно, то автоматично се обезсилва.

124 В хода на проведените на 26 и 29 октомври 2010 г. телефонни разговори страните извършили предвидения в клаузата тест за самооценка и стигнали да извода, че ограничението на конкуренцията не е допустимо. Те съответно обсъдили въпроса дали клаузата трябва да се отмени, но такова разрешение им изглеждало трудно съвместимо с наличието на задължението за самооценка, което вече се съдържало в клаузата. Поради това PT приело, че наложеното с клаузата задължение било изпълнено с извършването на теста за самооценка и че компетентните органи трябвало да бъдат уведомени за резултата от въпросния тест. Именно в този контекст трябвало да се разгледа сключеното между страните на 4 февруари 2011 г. споразумение, с което клаузата се премахвала и се потвърждавало, че тя никога не е налагала задължение за неизвършване на конкурентна дейност на никоя от страните.

125 В крайна сметка задължението за неизвършване на конкурентна дейност не можело да породи последици, преди да бъде потвърдено, и съответно не можело да бъде квалифицирано като ограничение с оглед на целта. При всички положения, дори това да било така, то било обезсилено на 29 октомври 2010 г., считано от която дата за двете страни било ясно, че не могат да се позовават на споразумението, за да се въздържат от взаимно конкуриране.

126 В рамките на настоящата жалба жалбоподателят оспорва някои от съдържащите се в обжалваното решение изводи на Комисията, без обаче да представя конкретни доказателства или поне релевантни доводи, с които тези изводи може да се поставят под въпрос. В доводите си жалбоподателят по същество засяга следните аспекти: първо, съдържащият се в съображение 255 от обжалваното решение извод, че текстът на клаузата разкрива антиконкурентния ѝ характер, бил погрешен, второ, страните основателно можели да имат съмнения относно възможността клаузата да се окаже законосъобразна в качеството ѝ на съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване или към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите, трето, условията около договарянето на споразумението обосновавали отлагането за по-късен момент на проверката на тази възможност, четвърто, аудиоконференциите от октомври 2010 г. доказвали, че предвиденият в клаузата тест за самооценка бил извършен, пето, сключеното на 4 февруари 2011 г. споразумение за премахване на клаузата потвърждавало, че тестът за самооценка бил извършен и че клаузата никога не породила и най-малката последица, шесто, Комисията тълкувала неправилно отговорите на PT на искането за предоставяне на информация от 5 януари 2011 г., и накрая, седмо, страните при всички положения разполагали с достатъчно доводи, за да не спазват клаузата.

127 На първо място, твърдението на жалбоподателя, че съдържащият се в съображение 255 от обжалваното решение извод е неправилен, спада към доводите му, чрез които уточнява, че противно на твърденията на Комисията, той не разглежда клаузата като обикновено задължение за самооценка, а твърди, че клаузата съдържа две задължения — едното предварително, а другото окончателно: предварителното задължение за самооценка се състояло в това да се провери дали задължението за неизвършване на конкурентна дейност е възможно, докато последното не можело да се породи, без страните да са проверили, че то е такова.

Включването на израза „доколкото е разрешено от закона“ всъщност означавало, че никоя от страните не е имала право да изисква от другата да се въздържа от конкуренция с нея, без преди това да е била потвърдена законосъобразността на това поведение, тъй като задължението страните да не се конкурират зависело от изпълнението на задължението за оценка на законосъобразността на това ограничение.

128 Задължението за неизвършване на конкурентна дейност съответно не се смесвало със задължението за самооценка и резултатът от самооценката, извършена в хода на аудиоконференциите през октомври 2010 г., бил, че задължението за неизвършване на конкурентна дейност не е законосъобразно. Целта на споразумението за отмяна била премахване на клаузата, за да се отстранят съмненията и окончателно да бъде отхвърлено виждането, че между страните съществува някакво споразумение за неизвършване на конкурентна дейност, а не премахване на задължението за самооценка.

129 Трябва да се отбележи, както прави Комисията, че разграничението, което жалбоподателят твърди, че е извършил — между съдържащия се в съображение 76 от обжалваното решение довод, че „според страните клаузата не налага задължение за неизвършване на конкурентна дейност, а в нея се предвижда обикновено задължение за самооценка на законосъобразността и обхвата на ангажимента за неизвършване на конкурентна дейност“, и довода, че „клаузата съдържа задължение за неизвършване на конкурентна дейност, чиято законосъобразност зависи от потвърждението на страните“ — е напълно ирелевантно. И с двата довода по същество се твърди, че благодарение на израза „доколкото е разрешено от закона“ предвиденото в клаузата задължение за неизвършване на конкурентна дейност не е можело да произведе действие, преди законосъобразността му да бъде анализирана от страните. В допълнение, противно на това, което изглежда претендира жалбоподателят, твърдяното уточнение, че клаузата не съдържа задължение за самооценка, а предварително задължение за самооценка и последващо задължение за неизвършване на конкурентна дейност, не позволява да се отхвърлят съдържащите се в обжалваното решение аргументи на Комисията.

130 Така, що се отнася до съдържащия се в съображение 255 от обжалваното решение извод на Комисията, твърдяното уточнение на жалбоподателя, че според него клаузата не съдържа само задължение за самооценка, но и — вторично — задължение за неизвършване на конкурентна дейност, с нищо не променя факта, че очевидно в текста на клаузата по никакъв начин не се споменава какъвто и да било тест за самооценка, и съответно с това уточнение не могат да се подкрепят твърденията на страните, че клаузата съдържа задължение такъв тест действително да се извърши.

131 На второ място, трябва да се констатира, че другите доводи на жалбоподателя също не може да се приемат. Всъщност от анализа на доказателствата, посочени от жалбоподателя в рамките на настоящото производство по обжалване, е видно, че той не може да обори надлежно извършения от Комисията анализ, съгласно който виждането, че клаузата съдържа задължение за самооценка, че тази самооценка е била извършена и че задължението за неизвършване на конкурентна дейност никога не е станало ефективно, поради което нямало нарушение на член 101 ДФЕС, не може да се приеме. Жалбоподателят твърди единствено че задължението за неизвършване на конкурентна дейност е било подчинено на проверка на неговата реализируемост, но не представя никакви доказателства, с които могат да се оспорят представените от Комисията доказателства с цел да се покаже, че отникъде не следва, че клаузата е съдържала задължение за самооценка, от което е зависело влизането в сила на задължението за неизвършване на конкурентна дейност.

132 Първо, жалбоподателят изтъква обстоятелства, от които според него е видно, че тълкуването, че клаузата съдържа задължение за самооценка на законосъобразността на задължението за неизвършване на конкурентна дейност, се подкрепя от наличието на основателно съмнение относно възможността за квалифициране на задължението за неизвършване на конкурентна

дейност като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване или към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT. Жалбоподателят съответно твърди, че като се имат предвид контекстът и натискът при преговорите, той е счел за разумно да остави настрана задължението за неизвършване на конкурентна дейност, докато се проверят последиците от премахването на опцията за изкупуване и запазването на задължението за подаване на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT.

133 Тези доводи трябва да се отхвърлят.

134 От една страна, що се отнася до опцията за изкупуване, трябва да се припомни, че тя е била предвидена във втората и третата оферта (съображения 41 и 46 от обжалваното решение) и в четвъртата оферта вече е отсъствала, тъй като междувременно Telefónica продава по-голямата част от дяловото си участие в PT, което първоначално е възлизало на около 10 % (съображение 18 от обжалваното решение).

135 Жалбоподателят съответно твърди, че поради краткостта на промеждутъка от време, изминал между получаването на четвъртата оферта и подписването на споразумението, а именно 24 часа, страните не са имали време да проверят дали клаузата все още е можела да бъде законосъобразна без опцията за изкупуване, поради което преобразували клаузата в клауза за самооценка, за да отложат за по-късно проверката на нейната законосъобразност.

136 Същевременно от направените в точки 110—113 по-горе констатации следва, че жалбоподателят не е успял да докаже, че клаузата е можело да се квалифицира като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване, когато се е съдържала в споразумението, или че в това отношение е можело да има основателно съмнение, поради което всякакви доводи, основаващи се на това виждане, не могат да се приемат.

137 От друга страна, що се отнася до предвиденото в споразумението напускане на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, в точки 114—118 по-горе също така бе констатирано, че не е доказано, че клаузата е била съпътстващо ограничение към въпросното напускане, поради което евентуално съмнение в това отношение не може да подкрепи тезата, че на практика с клаузата било въведено задължение за самооценка на законосъобразността на такова ограничение.

138 В този контекст, както отбелязва Комисията в съображение 376 (б) от обжалваното решение, също така трябва да се отбележи, че в доводите на жалбоподателя има противоречие, тъй като твърденията, от една страна, че клаузата можела да се счита за съпътстващо ограничение към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, и от друга страна, че тестът за самооценка дал възможност да се установи, че клаузата не е в съответствие с правото в областта на конкуренцията, са несъвместими, тъй като, ако клаузата е била законосъобразна в качеството ѝ на съпътстващо ограничение към напускането на определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, твърденият тест за самооценка е нямало да стигне до заключението, че клаузата е незаконосъобразна.

139 Освен това трябва да се отбележи, че макар да изтъква твърдените затруднения във връзка с правния въпрос дали клаузата е могла да се квалифицира като съпътстващо ограничение към подаването на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, жалбоподателят, както основателно посочва Комисията, никога не е твърдял, че претендираната оценка на законосъобразността на клаузата в хода на аудиоконференциите през октомври 2010 г. е била продължителна или трудна, а напротив, твърди, че два телефонни разговора са били достатъчни за постигането на съгласие по въпроса между страните.

140 От гореизложеното следва, че твърдяната правна сложност на въпросите, свързани с възможността за квалифициране на клаузата като съпътстващо ограничение към опцията за изкупуване или към подаването на оставка от определените от Telefónica членове на съвета на директорите на PT, не може да се приеме за обстоятелство, подкрепящо доводите, че с вметнатия израз „доколкото е разрешено от закона“ в клаузата било въведено задължение за самооценка на законосъобразността на задължението за неизвършване на конкурентна дейност.

141 Второ, жалбоподателят твърди, че условията около преговорите по споразумението оправдавали добавянето на задължение за самооценка, предхождащо задължението за неизвършване на конкурентна дейност. При анализа на четвъртата оферта страните се стремели да не преразглеждат клаузите, произтичащи от предходните оферти, и ги променяли единствено ако това било абсолютно необходимо, за да се съобрази предложението със съществените особености на сделката. Включването на израза „доколкото е разрешено от закона“ съответно се дължало на промяната на обстоятелствата поради отпадането на опцията за изкупуване, но с оглед на множеството ограничения в преговорите a priori не било възможно да се потвърди законосъобразността на запазването на споразумението за неизвършване на конкурентна дейност в първоначално предвидената редакция.

142 Жалбоподателят освен това твърди, че споразумението е подписано по-малко от 24 часа след получаването на четвъртата оферта. Като се има предвид, че на дневен ред било приключването на придобиването на Vivo и на Oi, през този промеждутък от време клаузата била последната грижа на PT, като нищо не доказвало, че страните са обсъждали окончателната редакция на клаузата, и всичко показвало, че по отношение на нея те не са предприели нищо.

143 Тези доводите също не са убедителни.

144 Най-напред, що се отнася до отпадането на опцията за изкупуване, трябва да се припомни, че още на 23 юни 2010 г. Telefónica обявява, че е свело дяловото си участие в PT до почти 2 %, поради което, както основателно подчертава Комисията, именно от тази дата — по-специално повече от месец след изпращането на четвъртата оферта на 27 юли и подписването на споразумението на 28 юли 2010 г. — страните са знаели за отпадането на всякаква евентуална връзка между опцията за изкупуване и клаузата. Следователно жалбоподателят не може да твърди, че страните са разполагали със срок от едва 24 часа, за да преценят последиците от отпадането на опцията за изкупуване.

145 По-нататък, трябва да се отбележи, че жалбоподателят не опровергава представените от Комисията доказателства с цел да докаже, че страните са изменяли условията на споразумението до приключването на преговорите — а именно нанасянето на изменения в клаузи 6 и 7 от споразумението между представянето на четвъртата оферта и подписването на споразумението — и че самата клауза е била обсъждана и изменяна, що се отнася до нейната продължителност, почти до подписването на споразумението. Жалбоподателят само твърди, че „нищо не доказва, че страните са обсъждали окончателната редакция на [клаузата], и всичко показва, че по отношение на нея те не са предприели нищо“. Освен това не може да се приеме твърдението на жалбоподателя в точка 34 от писмената реплика, че изменението на клаузата — изразяващо се в преместване на датата на влизането ѝ в сила от „датата на подписването на настоящото споразумение“ на „датата [на окончателното сключване на сделката]“ — било просто логично изменение, а дори и автоматична поправка. Формулировката „датата на подписването на настоящото споразумение“ всъщност означавала, че клаузата влиза в сила към момента на подписването на споразумението, тоест на 28 юли 2010 г., докато формулировката „датата [на окончателното сключване на сделката]“ означава, че клаузата влиза в сила към момента на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г. (вж. т. 22 и 25 по-горе).

146 Накрая, като цяло доводите на жалбоподателя, обосновани с твърдяната трудност на преговорните условия, трябва да се отхвърлят. Както Комисията основателно отбелязва в съображение 249 от обжалваното решение и в точка 49 от писмената защита, просто не е правдоподобно предприятия като Telefónica и PT, които имат достъп до комплексно правно обслужване и го използват, да са „претупали“ обсъждането и изменението на текста на споразумението, и по-специално на клаузата. Жалбоподателят освен това по никакъв начин не опровергава това твърдение, а само още веднъж изтъква, че „вероятността в началото страните да са имали достъп до комплексно правно обслужване и да са го използвали най-малкото е несигурна и обективно ограничена“.

147 Трето, жалбоподателят твърди, че тестът за самооценка, който се твърди, че е предвиден в клаузата, е бил извършен в хода на проведените на 26 и 29 октомври 2010 г. аудиоконференции. Доколкото жалбоподателят обаче не оспорва отново извършения от Комисията анализ, по-специално в съображения 102—124 от обжалваното решение — съгласно който изложените от страните обстоятелства не позволяват да се заключи, че „отпадането“ на клаузата, считано от 29 октомври 2010 г., е било доказано, че самооценката е била предвидена в клаузата или че твърдяната самооценка е имала някакви последици (съображение 124 от обжалваното решение) — твърденията му още веднъж трябва да се отхвърлят. Жалбоподателят всъщност само твърди, че „доказателствата за контактите и доказателствата за съдържанието [са] едни и същи и [че] [са] непротиворечив[и]“, че „не изглежда разумно да се счита, че [аудиоконференциите] са имали цел, различна от обсъждането на [клаузата], и че в тях е била потвърдена законосъобразността на задължението за неизвършване на конкурентна дейност“, че „[н]яма доказателство, което да подкрепя толкова абсурдна теза“ и че „[н]апротив, всичко показва, че съвместното обсъждане е могло да доведе само до един извод[, а именно] че задължението за неизвършване на конкурентна дейност противоречи на закона и е неефективно“.

148 Жалбоподателят освен това не опровергава твърденията на Комисията, че ако в клаузата наистина се е предвиждало задължение за самооценка, би било логично не само това да се отбележи в нея, но и в клаузата да се предвиди дата за тази цел — а не фиксирана дата за влизане в сила — или пък че страните ще извършат тази самооценка възможно най-бързо след подписването на споразумението и при всички положения преди предвиденото влизане в сила на клаузата в момента на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г. (съображения 250—255 и 309 и сл. от обжалваното решение). Доколкото жалбоподателят посочва единствено че „страните могат да счетат за необходимо да определят срок, като също така могат да решат да не определят такъв“, че тъй като предвиденото в клаузата задължение за неизвършване на конкурентна дейност не било обвързващо, докато законосъобразността му не бъде потвърдена, PT не счело за спешно изясняването на този въпрос, тъй като тази тема „била забравена“, и че при обстоятелствата в разглеждания случай „неполагането на прекомерно усърдие от страните за изясняването на въпроса е разбираемо“, трябва да се констатира, че жалбоподателят не е дал обяснение нито за липсата на дата за теста за самооценка, нито за допуснатото забавяне при твърдяното му извършване.

149 Представената от Комисията като приложение B.1 към писмената защита клетвена декларация на г-жа M. R. S. S. N. — която оглавява дирекцията в PT, отговаряща за конкуренцията, към момента на сключване на споразумението и на споразумението за премахване на клаузата — не променя тази констатация. В декларацията г-жа M. R. S. S. N. настина потвърждава, че в проведените телефонни съвещания между Telefónica и PT през октомври 2010 г. е била оценена допустимостта на клаузата от гледна точка на правото в областта на конкуренцията; че в тези съвещания е направен изводът, че страните не могат да се ангажират с първоначално предвидените условия, и че също така в резултат от тези съвещания предвиденото с клаузата задължение може да се счита за изпълнено от момента, в който страните са извършили проверката на нейната законосъобразност и са заключили, че тя е с невъзможен предмет (вж. също съображение 117 от обжалваното решение). Впрочем, както подчертава Комисията

(съображения 120 и 122 от обжалваното решение), тази декларация не е доказателство от съответния период за съдържанието на разговорите през октомври 2010 г., което би им придало по-висока доказателствена стойност (вж. в този смисъл решения от 11 март 1999 г., Ensidesa/Комисия, T-157/94, Rec, EU:T:1999:54, т. 312 и от 16 декември 2003 г., Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied и Technische Unie/Комисия, T-5/00 и T-6/00, Rec, EU:T:2003:342, т. 181). Освен това, макар свидетелски показания, дадени от пряк свидетел на обстоятелствата, за които свидетелства, по принцип да трябва да се считат за доказателства с висока доказателствена стойност (решение от 3 март 2011 г., Siemens/Комисия, T-110/07, Rec, EU:T:2011:68, т. 75), предвид трябва да се вземе и фактът, че въпросната декларация в разглеждания случай е била направена от лице, което може да има пряк интерес в делото и което не може да се квалифицира като независимо от жалбоподателя (вж. в този смисъл решение Siemens/Комисия, посочено по-горе, EU:T:2011:68, т. 69 и 70).

150 Следователно с оглед на всички налични данни тази декларация в качеството ѝ на единствено доказателство не е достатъчна да се докаже, че клаузата е съдържала задължение за самооценка, като трябва да се припомни, че що се отнася до доказателствената стойност, която следва да бъде призната на отделните доказателства, единственият релевантен критерий за преценка на свободно представените доказателства е тяхната достоверност (вж. решение от 8 юли 2004 г., Mannesmannröhren-Werke/Комисия, T-44/00, Rec, EU:T:2004:218, т. 84 и цитираната съдебна практика; решения от 8 юли 2004 г., Dalmine/Комисия, T-50/00, Rec, EU:T:2004:220, т. 72 и JFE Engineering и др./Комисия, T-67/00, T-68/00, T-71/00 и T-78/00, Rec, EU:T:2004:221, т. 273) и че според общоприложимите правила в областта на доказването достоверността и следователно доказателствената стойност на даден документ зависят от неговия произход, от обстоятелствата по неговото изготвяне, от неговия адресат и от това дали съдържанието му е логично и правдоподобно (решение от 15 март 2000 г., Cimenteries CBR и др./Комисия, 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 и T-104/95, Rec, EU:T:2000:77, т. 1053).

151 Четвърто, жалбоподателят оспорва преценката на Комисията (съображения 313—323 от обжалваното решение) относно споразумението за премахване на клаузата (вж. т. 29 по-горе). По същество, според Комисията споразумението за премахване не позволява да се приеме тезата, че клаузата съдържа задължение за самооценка, изпълнено в хода на телефонните разговори през октомври 2010 г., по-специално тъй като нито един текст от споразумението за премахване не дава възможност решението за премахване на клаузата да се свърже със задължение за самооценка (съображение 315 от обжалваното решение). В съображенията от споразумението за премахване се разясняват обстоятелствата, при които страните са стигнали до решението „да премахнат“ клаузата, без обаче да се отбелязват телефонните разговори от октомври (съображение 316 от обжалваното решение), като в текста на споразумението за премахване се посочва именно че клаузата съдържа задължение за неизвършване на конкурентна дейност, а не задължение за самооценка (съображения 317—322 от обжалваното решение).

152 Жалбоподателят твърди, че тълкуването на Комисията се основава на погрешната предпоставка, че според страните клаузата просто съдържа задължение за самооценка, при положение че PT винаги твърдяло, че клаузата съдържа две задължения — предварително задължение за самооценка и вторично задължение за неизвършване на конкурентна дейност. С оглед на това разбиране на нещата споразумението за премахване изобщо не било в противоречие с идеята, че клаузата въвежда задължение за самооценка.

153 Тези доводите трябва да се отхвърлят. Дори ако трябва да се вземе предвид тълкуването, че клаузата съдържа задължение за самооценка и задължение за неизвършване на конкурентна дейност, се налага констатацията, че обобщените в точка 151 по-горе доводи на Комисията остават валидни. Жалбоподателят освен това твърди единствено че споразумението за

премахване „потвърждава“ тълкуването, извършено от страните в хода на аудиоконференциите през октомври 2010 г., и че съдържащата се в посоченото споразумение позиция, че клаузата „не може да бъде изпълнен[а] и никога не е била изпълняван[а]“, изглежда нелогична само ако клаузата се ограничи до задължение за самооценка — тъй като било нелогично да се твърди, че задължението не може да се изпълни и никога не е било изпълнявано, при положение че страните твърдят именно че тестът за самооценка, който се твърди, че е предвиден в клаузата, е бил извършен — но не ако се допусне, че клаузата съдържа задължение за самооценка и задължение за неизвършване на конкурентна дейност, тъй като в този случай не било нелогично да се твърди, че предвиденото в клаузата задължение не може да се изпълни и никога не е било изпълнявано.

154 Впрочем тези доводи с нищо не променят факта, че в споразумението изобщо не се споменава за аудиоконференциите от октомври 2010 г., за евентуално тълкуване на клаузата, възприето в хода на тези аудиоконференциите, за това, че със споразумението се потвърждава евентуален резултат от посочените конференции, или на-общо за това, че клаузата съдържа задължение за самооценка. Дори да се приеме претендираното разграничение, извършено от PT — между това да се твърди, че клаузата съдържа задължение за самооценка, и това да се твърди, че тя съдържа задължение за самооценка и задължение за неизвършване на конкурентна дейност — разпоредбите от споразумението за премахване, и по-специално позицията, че клаузата не може да бъде изпълнена и никога не е била изпълнявана, продължават да бъдат нелогични при такова тълкуване.

155 Пето, жалбоподателят твърди, че Комисията се заблуждава, приемайки в съображение 115 от обжалваното решение, че в отговора на PT на искането за предоставяне на информация от 5 януари 2011 г. не се отбелязва, че клаузата трябва да се тълкува като съдържаща задължението за извършване на тест за самооценка, и посочвайки в съображение 303 от обжалваното решение, че преди отговорите им на изложението на възраженията, страните не са твърдели, че клаузата предвижда задължение за извършване на самооценка.

156 Трябва да се отбележи, че в точки 30, 31 и 32 от отговора си на искането за предоставяне на информация PT посочва, че „[ф]акт е, че макар наличието на въпросната клауза да бе огласено от [него] на 9 юни 2010 г. (вж. приложение 10), тя бе забравена, тъй като предприятието не се чувстваше обвързано с нея и не разчиташе на възможността да изисква каквото и да било поведение от Telefónica, съответстващо на разпоредбите ѝ, поне не преди да бъде извършена оценка на нейната законосъобразност“. PT добавя, че „този въпрос става отново източник на безпокойство едва при появата на новините във вестниците на 23 и 24 август и 19 [октомври] 2010 г.“, че „след тези публикации [то] дава указания на адвокатите си да се свържат с адвокатите на Telefónica, за да изяснят въпроса“, и че „на 26 и 29 октомври 2010 г. се провеждат две аудиоконференции и се стига до извода, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност не е обоснована в достатъчна степен и че от нея няма никаква полза, поради което е по-добре да бъде отменена“.

157 Следователно, макар PT да не посочва изрично, че въведеното с клаузата основно задължение е задължение за самооценка, то все пак отбелязва, че „не се [е] чувства[ло] обвързано с нея и не [е] разчита[ло] на възможността да изисква каквото и да било поведение от Telefónica, съответстващо на разпоредбите ѝ, поне не преди да бъде извършена оценка на нейната законосъобразност“, което предполага наличието на замисъл за извършване на оценка на законосъобразността на клаузата преди влизането ѝ в сила.

158 Същевременно, макар твърдението на Комисията — а именно че преди отговорите им на изложението на възраженията страните не са твърдели, че клаузата предвижда задължение за извършване на самооценка — да трябва да се нюансира, не само че във въпросните изявления не се твърди, че клаузата е била обезсилена след твърдения тест за самооценка, но освен това обстоятелството, че PT вече е било намекнало в отговора си на искането за предоставяне на

информация от 5 януари 2011 г., че законосъобразността на клаузата трябва да се потвърди преди влизането ѝ в сила, с нищо не променя факта, че в настоящото производство по обжалване пред Общия съд жалбоподателят не е доказал нито че клаузата съдържа задължение за самооценка, нито че клаузата е била обезсилена след твърдения тест за самооценка през октомври 2010 г.

159 Накрая, шесто, жалбоподателят твърди, че Комисията при всички положения трябвало да приеме, че клаузата е неефективна, тъй като страните разполагали с достатъчно доводи, за да не спазват задължението за неизвършване на конкурентна дейност. Така според жалбоподателя при запознаване с предоставените от Telefónica и PT разяснения било видно, че страните не са имали еднакви интереси по отношение на клаузата, тъй като Telefónica твърдяло, че я е приело, за да стане възможно реализирането на сделката Vivo, докато PT имало интерес от нея, за да се защити, поради наличието на опцията за изкупуване. Следователно двете страни имали различия относно това какво е разрешено от закона и съответно разполагали с достатъчно доводи една срещу друга, за да не спазват задължението за неизвършване на конкурентна дейност.

160 Тези твърдения трябва да се отхвърлят, без да е нужно да се анализират причините, които евентуално подкрепят факта, че страните разполагали с доста доводи, за да не спазват задължението за неизвършване на конкурентна дейност. Всъщност в това отношение е достатъчно да се припомни, че съгласно член 101, параграф 2 ДФЕС споразуменията, които са забранени в съответствие с този член, са нищожни, поради което никое предприятие не може да бъде задължавано да ги спазва. Всъщност, тъй като посочената в член 101, параграф 2 ДФЕС нищожност има абсолютен характер, нищожно споразумение по силата на тази разпоредба няма действие в отношенията между договарящите страни и не може да се противопоставя на трети лица (вж. по аналогия решение от 25 ноември 1971 г., Béguelin Import, 22/71, Rec, EU:C:1971:113, т. 29). Следователно твърдяното наличие на „доводи, за да не се спазва задължението за неизвършване на конкурентна дейност“, не може да доведе до неприлагане на забраната по член 101 ДФЕС към съответното споразумение.

161 Съгласно всички гореизложени съображения твърдението, че клаузата съдържа задължение за самооценка, трябва да се отхвърли.

По твърдението за нарушаване на член 101 ДФЕС, тъй като условията за потенциална конкуренция не били анализирани

162 Жалбоподателят твърди, че Комисията е допуснала грешка, тъй като не е анализирала условията за потенциална конкуренция, за да провери дали предвид структурата на съответните пазари и икономическия и правен контекст са съществували реални и конкретни възможности Telefónica и PT взаимно да се конкурират на съответните пазари, които се твърди, че са засегнати от клаузата. Освен това квалифицирането на ограничение на конкуренцията като „ограничение с оглед на целта“ зависело също и от годността му да породи ограничителни последици.

163 В това отношение жалбоподателят твърди, че поради правните и регулаторните пречки за навлизането и разгръщането на португалския пазар на електронни съобщителни услуги, както и поради пречките, присъщи за самата структура, характеристиките и особеностите на разглежданите пазари, страните не можело да се квалифицират като потенциални конкуренти.

164 Жалбоподателят освен това упреква Комисията, че в обжалваното решение игнорирала извършения от него изчерпателен анализ в отговора му на изложението на възраженията — на пазарите на електронни съобщителни услуги в Португалия и на пречките, правещи конкуренцията на тези пазари невъзможна — като се ограничила до излагането на общи доводи, които не съответствали на произтичащите от съдебната практика задължения, и не опровергала голяма част от развитите от жалбоподателя доводи.

165 На първо място, от доводите на жалбоподателя следва, че той по същество не оспорва официалните мотиви на обжалваното решение, а погрешното — според него — неизвършване от Комисията на проучване на структурата на засегнатите пазари и на реалните възможности за конкуриране на страните на тези пазари.

166 При всички положения, предвид съображения 265—278 от обжалваното решение, е видно, че Комисията е разяснила причините, поради което не е счела за необходимо да извършва подробен анализ на структурата на засегнатите пазари, и че е отговорила на доводите, изложени от страните в отговорите им на изложението на възраженията във връзка с наличието на потенциална конкуренция между тях и обобщени от нея в съображения 268—270 от обжалваното решение. Доколкото доводите на жалбоподателя могат да се разбират в смисъл, че той най-общо отправя критики във връзка с твърдяна непълнота на мотивите на обжалваното решение по този въпрос, тези доводи съответно не могат да се приемат.

167 По-специално, от една страна, в точки 136 и 318 от жалбата жалбоподателят твърди, че в обжалваното решение Комисията не опровергала довода, който е възпроизведен в съображение 169 от същото решение и с който по същество се твърдяло, че ако някои пазари на дребно са изключени от приложното поле на клаузата, това трябва да се направи и за съответните пазари на едро, тъй като съществуващата или потенциална конкуренция на пазарите на дребно обуславя конкуренцията на пазарите на едро и че ако първите не са засегнати от задължението за неизвършване на конкурентна дейност, това се отнася и за вторите. Впрочем при запознаване със съображения 153, 154 и 169 от обжалваното решение е видно, че според Комисията страните трябва да се считат за потенциални конкуренти на всички пазари на електронни съобщителни услуги и телевизионни услуги и че съответно, доколкото тя не приема виждането, че някои пазари на дребно трябва да се изключат от приложното поле на клаузата, твърдението, че пазарите на едро, които съответстват на тези пазари на дребно и са допълнителни спрямо тях, трябва да бъдат изключени от приложното поле на клаузата, не е трябвало да се опровергава.

168 От друга страна, жалбоподателят отправя критики за това, че в обжалваното решение има малко, или никакви, коментари по въпроса кои пазари реално са могли да бъдат предмет на разглежданото споразумение. Доколкото тези критики засягат и изпълнението от Комисията на задължението ѝ за мотивиране, те трябва да се отхвърлят, тъй като в раздел 5.3 от обжалваното решение (съображения 186—197) Комисията посочва „релевантните стокови пазари“, като, противно на твърденията на жалбоподателя, се позовава не само на ориентирите, посочени в нейната Препоръка от 17 декември 2007 година относно релевантните пазари на продукти и услуги от сектора на електронните съобщения, подлежащи на регулиране ex ante в съответствие с Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (ОВ L 344, стр. 65), но и на предходните си решения и на съдебната практика (съображение 186 от обжалваното решение). Освен това в раздел 5.5 от обжалваното решение (съображения 200—233 от обжалваното решение) Комисията анализира „присъствието на страните на разглежданите пазари“. Накрая тя посочва, че предвид обхвата на приложното поле на клаузата, точните очертания на всеки от съответните пазари могат да останат отворени.

169 На второ място, що се отнася до твърдението, че преценката на „годността“ на клаузата да ограничи конкуренцията между PT и Telefónica била неправилна, тъй като Комисията приела, че в разглеждания случай не е длъжна да извършва подробен анализ на структурата на засегнатите пазари, трябва — както следва от обжалваното решение — да се посочат три елемента, на които Комисията се позовава, за да направи извода, че не е необходимо да се извършва какъвто и да било подробен анализ на потенциалната конкуренция между страните във връзка с всеки специфичен пазар, за да се прецени дали споразумението е представлявало ограничение на конкуренцията с оглед на целта (съображение 278 от обжалваното решение).

170 Комисията най-напред посочва, че сключването на споразумение за неизвършване на конкурентна дейност или предвиждането на необходимост от извършване на самооценка на законосъобразността и на приложното поле на съпътстващ ангажимент за неизвършване на конкурентна дейност — ако се следва предлаганото от страните тълкуване на клаузата — представлява признание от страните на факта, че те най-малкото са били потенциални конкуренти при някои услуги. Всъщност при липса на всякаква потенциална конкуренция нямало да е необходимо да се сключва каквото и да било споразумение за неизвършване на конкурентна дейност или да се предвижда извършването на самооценка във връзка с ангажимент за неизвършване на конкурентна дейност (съображение 271 от обжалваното решение).

171 По-нататък, Комисията посочва, че клаузата е имала широко приложно поле, тъй като се е прилагала за всички електронни съобщителни услуги и за телевизионните услуги (съображения 141, 265 и 278 от обжалваното решение).

172 Накрая, Комисията отбелязва, че посочените услуги са били либерализирани в съответствие с регулаторната рамка на Съюза, която позволява и насърчава конкуренцията между операторите (съображение 265 от обжалваното решение), и че този либерализиран контекст, в който конкуренцията е възможна и се насърчава, трябва да бъде отправната точка за оценката на клаузата (съображение 267 от обжалваното решение).

173 Освен това трябва да се припомни, че несъмнено, за да е налице антиконкурентна цел, споразумението трябва да може да доведе до отрицателни резултати за конкуренцията, с други думи, то трябва да бъде в състояние конкретно да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията в рамките на вътрешния пазар (решение от 14 март 2013 г., Allianz Hungária Biztosító и др., C-32/11, Сб., EU:C:2013:160, т. 38).

174 Освен това отново трябва да се припомни (вж. т. 90 по-горе), че за да се прецени дали определено споразумение между предприятия или решение на сдружение на предприятия е вредно в достатъчна степен — така че да се счете за ограничаване на конкуренцията „с оглед на целта“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС — следва да се разгледат съдържанието на неговите разпоредби, преследваните с него цели, както и икономическият и правен контекст, в който то се вписва. При преценката на този контекст следва също така да се вземе под внимание естеството на засегнатите стоки или услуги, както и реалните условия на функционирането и структурата на въпросния пазар или пазари (вж. решение CB/Комисия, т. 86 по-горе, EU:C:2014:2204, т. 53 и цитираната съдебна практика).

175 Същевременно, макар при тълкуването на контекста на съответното споразумение да трябва да се вземат под внимание реалните условия на функционирането и структурата на въпросния пазар или пазари, Комисията невинаги е длъжна да извършва точно определяне на съответния пазар или пазари. Всъщност определянето на съответния пазар има различна роля според това дали се прилага член 101 ДФЕС или член 102 ДФЕС. При прилагането на член 102 ДФЕС адекватното определяне на съответния пазар е задължително и предварително условие за даването на оценка относно поведение, за което се твърди, че е антиконкурентно (решения от 10 март 1992 г., SIV и др./Комисия, T-68/89, T-77/89 и T-78/89, Rec, EU:T:1992:38, т. 159 и от 11 декември 2003 г., Adriatica di Navigazione/Комисия, T-61/99, Rec, EU:T:2003:335, т. 27), тъй като, преди да се установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, трябва да се установи наличието на господстващо положение на дадения пазар, което предполага този пазар да е предварително обособен. От друга страна обаче, съгласно постоянната съдебна практика, при прилагането на член 101 ДФЕС определянето на съответния пазар трябва да се извърши, за да се определи дали разглежданото споразумение може да засегне търговията между държавите членки и има за цел или за резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на общия пазар (решения от 21 февруари 1995 г., SPO и др./Комисия,

T-29/92, Rec, EU:T:1995:34, т. 74 и Adriatica di Navigazione/Комисия, посочено по-горе, EU:T:2003:335, т. 27; вж. също решение от 12 септември 2007 г., Prym и Prym Consumer/Комисия, T-30/05, EU:T:2007:267, т. 86 и цитираната съдебна практика).

176 Така в рамките на член 101, параграф 1 ДФЕС не се налага предварително определяне на съответния пазар, когато спорното споразумение само по себе си има антиконкурентна цел, тоест когато Комисията с основание е могла да заключи, без предварително да очертава пазара, че въпросното споразумение нарушава конкуренцията и може да засегне значително търговията между държавите членки. Това по-специално се отнася за най-тежките ограничения, които изрично са забранени в член 101, параграф 1, букви а)—д) ДФЕС (заключение на генерален адвокат Bot по съединени дела Erste Group Bank и др./Комисия, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P и C-137/07 P, Сб., EU:C:2009:192, т. 168—175). Следователно, ако самата цел на съответното споразумение е ограничаване на конкуренцията чрез „подялба на пазари“, не е необходимо съответните пазари да се определят прецизно, тъй като настоящата или потенциалната конкуренция неминуемо е била ограничена (решение Mannesmannröhren-Werke/Комисия, т. 150 по-горе, EU:T:2004:218, т. 132).

177 Ето защо, след като в разглеждания случай Комисията констатира, че целта на санкционираната с обжалваното решение клауза е била подялба на пазари, жалбоподателят не може да твърди, че е бил необходим подробен анализ на съответните пазари, за да се определи дали клаузата представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта.

178 Всъщност предприятия, които сключват споразумение с цел ограничаване на конкуренцията, не могат по принцип да се освободят от прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС с твърдението, че тяхното споразумение не е следвало да даде значително отражение върху конкуренцията (решение Mannesmannröhren-Werke/Комисия, т. 150 по-горе, EU:T:2004:218, т. 130). След като санкционираното в разглеждания случай споразумение представлява клауза за неизвършване на конкурентна дейност — която страните определят като приложима за „какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги, с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение), който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар“ — съществуването му е имало смисъл само ако е била налице конкуренция, която е трябвало да се ограничи (решения Mannesmannröhren-Werke/Комисия, т. 150 по-горе, EU:T:2004:218, т. 131 и от 21 май 2014 г., Toshiba/Комисия, T-519/09, EU:T:2014:263, т. 231).

179 Ето защо твърдението на жалбоподателя, че наличието на твърдяното споразумение за неизвършване на конкурентна дейност не може да бъде доказателство за наличието на потенциална конкуренция между страните, е ирелевантно.

180 Всъщност съгласно съдебната практика сключването на такова споразумение най-малкото представлява сериозен признак за наличието на потенциални конкурентни отношения (вж. в този смисъл решение Toshiba/Комисия, т. 178 по-горе, EU:T:2014:263, т. 231). Както основателно подчертава Комисията в съображение 271 от обжалваното решение, сключването на споразумение за неизвършване на конкурентна дейност е признание от страните, че те най-малкото са потенциални конкуренти при определени услуги. Освен това наличието на споразумението за неизвършване на конкурентна дейност е само един от елементите, на които Комисията се позовава, за да направи извода, че между страните съществува потенциална конкуренция (вж. т. 169—172 по-горе и т. 182 по-долу).

181 В това отношение именно от посочената съдебна практика следва, че когато пазарът е либерализиран, какъвто е пазарът в разглеждания случай, Комисията не трябва да анализира структурата на съответния пазар и въпроса дали навлизането на този пазар е представлявало устойчива икономическа стратегия за всяка от страните (вж. в този смисъл решение E.ON

Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 89—93), а трябва да провери дали съществуват непреодолими пречки за навлизането на пазара, изключващи всякаква потенциална конкуренция (вж. в този смисъл решение Toshiba/Комисия, т. 178 по-горе, EU:T:2014:263, т. 230).

182 Впрочем в разглеждания случай Комисията не само констатира, че пазарът на телекомуникационни и телевизионни услуги в Испания и в Португалия е бил напълно либерализиран (вж. т. 172 по-горе), но и посочва, че според самите признания на страните, последните са присъствали на пазарите на предоставяне на глобални телекомуникационни услуги и на пазарите на услуги по международен пренос на едро на целия иберийски пазар (съображения 173, 174 и 272 от обжалваното решение), че не са доказали, че предвиденият в клаузата период на прилагане би бил недостатъчен, за да се извърши придобиването на съществуващ телекомуникационен оператор, като начин за придобиване на някои мрежи, без да се налага разгръщането им (съображение 273 от обжалваното решение), че не може да се изтъква съществуващото положение на испанския и португалския пазар, за да се изключи възможността за инвестиране в сектора, доколкото въпреки кризата инвестициите там са отчели ръст или поне са останали стабилни (съображение 274 от обжалваното решение), и накрая, че самото Telefónica е признало, че отправянето на публично предложение за покупка за дружество като PT се е предвиждало във връзка с преговорите по сделката Vivo, поради което придобиването на конкурент на PT също било възможно (съображения 37 и 275—277 от обжалваното решение).

183 В жалбата си жалбоподателят не посочва нищо, което да покаже, че въпреки тези обстоятелства подробен анализ на съответните пазари е бил нужен, за да се определи дали клаузата представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта или за да се установи, че никаква непреодолима пречка не е възпрепятствала страните да навлязат на съответните им съседни пазари.

184 Всъщност трябва да се отбележи, че освен вече разгледаните в точки 162—181 по-горе доводи, в писмените си становища жалбоподателят единствено оспорва обобщените в точка 182 по-горе доводи на Комисията, без с това оспорване да изглежда възможно да се постави под въпрос анализът на Комисията, съгласно който в разглеждания случай тя не е била длъжна да извършва подробен анализ на потенциалната конкуренция между страните на засегнатите от клаузата пазари.

185 Освен това не могат да се приемат и допълнителните доводи на жалбоподателя, а именно посочването на обстоятелства, които според него доказват, че навлизането на съответните пазари не е отговаряло на стратегическите приоритети на страните или че не е било икономически изгодно или привлекателно.

186 Всъщност, без да е необходим подробен анализ на тези доводи, е достатъчно да се отбележи, че ако намерението на дадено предприятие да навлезе на пазара евентуално е релевантно за проверката дали то може да бъде разглеждано като потенциален конкурент на посочения пазар, основният фактор, на който трябва да се основе тази квалификация, все пак е неговата способност да навлезе на посочения пазар (вж. решение E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия, т. 99 по-горе, EU:T:2012:332, т. 87 и цитираната съдебна практика).

187 Накрая, що се отнася до доводите на жалбоподателя във връзка с твърдението, че очевидно нищо в споразумението за неизвършване на конкурентна дейност не е пречело на Telefónica да укрепи присъствието си в Zon и че съответно е било малко вероятно Telefónica да разгърне и собствена инфраструктура на португалския пазар, тъй като това щяло да навреди на дейността на Zon, от една страна, както Комисията посочва в съображение 164 от обжалваното решение, трябва да се отбележи, че твърдението, че клаузата не пречела Telefónica да укрепи присъствието си в Zon, не може да се приеме, тъй като в клаузата буквално се съдържа забрана „[за] участие или инвестиране, пряко или непряко посредством дъщерно дружество, в какъвто и

да било проект в сектора на телекомуникациите“, което включва и увеличаването от страна на Telefónica на дяловото му участие в Zon. От друга страна, фактът, че Telefónica вече притежава миноритарно дялово участие в Zon, чието увеличаване е забранено с клаузата, не може да докаже, че Telefónica не е потенциален конкурент на португалския пазар, а показва, че ако клаузата я нямаше, Telefónica щеше да може да увеличи това дялово участие или да придобие други такива в други оператори.

188 Видно от гореизложените съображения, не може да се твърди, че въпреки факта, че самото наличие на клаузата е сериозен признак за потенциална конкуренция между страните, че целта ѝ е била постигане на споразумение за подялба на пазари, че е имала широко приложно поле и че се е вписвала в либерализиран икономически контекст, Комисията трябвало да извърши подробен анализ на структурата на съответните пазари и на потенциалната конкуренция между страните на тези пазари, за да стигне до извода, че клаузата представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта. Поради това твърденията на жалбоподателя за нарушаване на член 101 ДФЕС поради липсата на анализ на условията за потенциална конкуренция трябва да се отхвърлят.

По твърденията за липса на последици

189 Жалбоподателят твърди, че тъй като клаузата не съдържа никакво ограничение на конкуренцията с оглед на целта, Комисията също така не е доказала нито че клаузата е породила ограничителни за конкуренцията последици, нито че е можела да породи такива последици.

190 Тъй като от съдържащия се в точки 93—188 по-горе анализ на доводите на жалбоподателя следва, че той не успява да докаже, че заключението на Комисията, че клаузата представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта, е погрешно, обобщените в точка 189 по-горе негови доводи се основават на грешната предпоставка, че разглежданото поведение не може да се квалифицира като ограничение на конкуренцията с оглед на целта, и съответно трябва да се отхвърлят. От самия текст на член 101, параграф 1 ДФЕС следва, че споразуменията между предприятията са забранени независимо от последиците, щом като имат антиконкурентна цел. Следователно не е необходимо да се доказва наличието на действителни антиконкурентни последици, щом като е установена антиконкурентната цел на съответните действия (вж. решение от 3 март 2011 г., Siemens и VA Tech Transmission & Distribution/Комисия, T-122/07—T-124/07, Сб., EU:T:2011:70, т. 75 и цитираната съдебна практика).

191 Всъщност за прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС отчитането на конкретните последици от дадено споразумение е излишно, след като се окаже, че неговата цел е да ограничи, да предотврати или да наруши конкуренцията. Това по-специално се отнася за споразуменията, съдържащи явни ограничения на конкуренцията, като например определянето на цените и подялбата на пазара (решение от 8 декември 2011 г., KME Germany и др./Комисия, C-389/10 P, Сб., EU:C:2011:816, т. 75).

192 Освен това трябва да се отхвърлят твърденията на жалбоподателя, че с констатацията, че неразвиването на нови дейности от страните в Испания или в Португалия е неопределящ признак за прилагането на клаузата (съображение 365 от обжалваното решение), Комисията изисквала от страните „дяволско доказателство“, че тази липса на нови дейности не се е дължала на клаузата. Тъй като Комисията не се позовава на това обстоятелство, за да докаже, че клаузата представлява нарушение на член 101 ДФЕС, а на факта, че клаузата има характера на нарушение с оглед на целта, и тъй като освен това Комисията посочва, че фактът, че страните не са развили нови дейности на разглежданите пазари, е „неопределящ признак“ за евентуалното изпълнение на клаузата, жалбоподателят не може да упреква Комисията, че изисквала от страните някакво „дяволско доказателство“.

193 Поради това доводите, изведени от липсата на анализ на Комисията на последиците от клаузата, трябва да се отхвърлят.

2. *По исканията във връзка с размера на глобата*

194 При условията на евентуалност, жалбоподателя оспорва размера на наложената му глоба и твърди, че той трябва да бъде намален, тъй като дори клаузата да е можела да породи ограничителни за конкуренцията последици, Комисията не извършила надлежна преценка на обхвата на тези последици и тяхната продължителност при определянето на размера на глобата, нарушавайки по този начин принципите относно изчисляването на глобите и принципа на пропорционалност.

а) Предварителни бележки

По принципите относно изчисляването на глобите

195 Следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика Комисията разполага с широко право на преценка по отношение на метода за изчисляване на размера на глобите. Този метод е описан в Насоките и съдържа различни елементи на гъвкавост, позволяващи на Комисията да упражни своето право на преценка в съответствие с разпоредбите на член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 (вж. в този смисъл и по аналогия решение от 3 септември 2009 г., Papierfabrik August Koehler и др./Комисия, C-322/07 P, C-327/07 P и C-338/07 P, Сб., EU:C:2009:500, т. 112 и цитираната съдебна практика).

196 Тежестта на нарушенията на правото на конкуренцията на Съюза трябва да се установява въз основа на голям брой фактори, като например конкретните обстоятелства по случая, неговия контекст и възпиращото действие на глобите, без да има установен обвързващ или изчерпателен списък с критериите, които задължително трябва да бъдат взети предвид (решения от 19 март 2009 г., Archer Daniels Midland/Комисия, C-510/06 P, Сб., EU:C:2009:166, т. 72 и от 3 септември 2009 г., Prym и Prym Consumer/Комисия, C-534/07 P, Сб., EU:C:2009:505, т. 54).

197 Както бе посочено в точка 52 по-горе, в настоящия случай Комисията определя размера на глобите, като прилага възприетия в Насоките метод.

198 Независимо че не могат да се квалифицират като правна норма, която администрацията във всеки случай е длъжна да спазва, Насоките все пак съдържат правило за поведение, поясняващо практиката, която трябва да се следва, от което в конкретен случай администрацията не може да се отклони, без да изложи причини, съвместими с принципа на равно третиране (вж. по аналогия решения от 28 юни 2005 г., Dansk Rørindustri и др./Комисия, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P—C-208/02 P и C-213/02 P, Rec, EU:C:2005:408, т. 209 и цитираната съдебна практика, и от 8 октомври 2008 г., Carbone-Lorraine/Комисия, T-73/04, Сб., EU:T:2008:416, т. 70).

199 Като приема такива правила за поведение и като обявява посредством публикуването им, че ще ги прилага занапред към съответните случаи, Комисията се самоограничава в упражняването на своето право на преценка и не може да се отклонява от тях, тъй като в противен случай евентуално ще бъде санкционирана за нарушаване на общи принципи на правото, като например принципите на равно третиране или на защита на оправданите правни очаквания (вж. по аналогия решения Dansk Rørindustri и др./Комисия, т. 198 по-горе, EU:C:2005:408, т. 211 и цитираната съдебна практика и Carbone-Lorraine/Комисия, т. 198 по-горе, EU:T:2008:416, т. 71).

200 Освен това тези насоки определят общо и абстрактно методологията, която Комисията си е наложила за целите на определянето на размера на глобите, и следователно гарантират правната сигурност на предприятията (вж. по аналогия решение Dansk Rørindustri и др./Комисия, т. 198 по-горе, EU:C:2005:408, т. 211 и 213).

201 В точки 4 и 5 от Насоките се предвижда следното:

„4. Правомощието на Комисията за налагане на глоби на предприятия или сдружения на предприятия, които умишлено или по непредпазливост нарушават членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] е едно от средствата, които са ѝ предоставени с цел изпълнение на задачата за на[дз]ор, поверена ѝ с Договора. Тази задача включва не само задължението за разследване и санкциониране на отделните нарушения, но включва също така и задължението за следване на обща политика, насочена към прилагане в областта на конкуренцията на принципите, предвидени в Договора, и да направлява поведението на предприятията в светлината на тези принципи. За тази цел Комисията трябва да гарантира, че нейните действия имат необходимия възпиращ ефект. Съответно, когато Комисията установи нарушение на членове [101 ДФЕС] или [102 ДФЕС], може да бъде необходимо да се наложи глоба на тези, които са нарушили закона. Глобите следва да имат достатъчен възпиращ ефект, не само за да се санкционират съответните предприятия (специфично възпиране), но също така и за възпиране на други предприятия да предприемат или да продължат поведение, което противоречи на членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (общо възпиране).

5. За постигането на тези цели е необходимо Комисията да се позовава на стойността на продажбите на стоките или услугите, с които е свързано нарушението, като основа за определянето на глобата. Продължителността на нарушението също така следва да играе значителна роля при определянето на подходящия размер на глобата. Тя неминуемо оказва въздействие върху потенциалните последици на нарушението върху пазара. Вследствие на това е преценено за важно глобата да отразява броя на годините, през които предприятието е участвало в нарушението“.

202 В Насоките се въвежда метод на изчисляване, съдържащ два етапа (т. 9 от Насоките). Относно първия етап на изчисляване, в Насоките се предвижда Комисията да определи основен размер за всяко засегнато предприятие или сдружение от предприятия, и в това отношение Насоките съдържат следните разпоредби:

„12. Основният размер ще се определя чрез позоваване на стойността на продажбите и като се приложи следната методология.

[…]

13. При определяне на основния размер за налаганите глоби Комисията ще отчита стойността на продажбите на стоки и услуги на предприятието, с които нарушението е свързано пряко или косвено в даден географски район в ЕИП. По принцип тя ще отчита продажбите, извършени от предприятието през последната търговска година на неговото участие в нарушението.

[…]

19. Основният размер на глобата ще се обвързва с д[ял от] стойността на продажбите, […] завис[ещ] от степента на тежест[…] на нарушението, умножен[…] по броя на годините на нарушението.

20. Оценката на тежестта се извършва на индивидуална основа за всички видове нарушения, като се вземат предвид всички релевантни обстоятелства на случая.

21. Като общо правило делът [от] стойността на продажбите, вземан предвид, ще се определя на ниво до 30 % от стойността на продажбите.

22. За да се прецени дали делът [от] стойността на продажбите, който ще бъде приложен в даден случай, следва да бъде в долната част или горната част на тази скàла, Комисията ще отчита редица фактори, като: естество на нарушението, общ пазарен дял на всички съответни предприятия, географски обхват на нарушението, както и дали нарушението е било [приведено в изпълнение] или не.

23. Хоризонталните споразумения за фиксиране на цените, подялба на пазара и ограничаване на продукцията, които обикновено са поверителни, поради самото си естество са сред най-вредните ограничения на конкуренцията. С оглед на следваната политика те ще бъдат наказвани с най-тежки глоби. Поради това делът [от] стойността на продажбите, който ще се взема предвид при такива нарушения, по принцип ще бъде в горния край на скàлата.

24. За да бъде отчетена по-пълно продължителността на участието на всяко предприятие в нарушението, размерът, определен на основата на стойността на продажбите (вж. точки 20—23 по-горе) ще се умножава по броя на годините на участие в нарушението. Периоди под шест месеца ще се отчитат за половин година, а периоди, по-дълги от шест месеца, но по-къси от една година, ще се отчитат за пълна година.

25. Освен това, независимо от продължителността на участието на предприятието в нарушението, Комисията ще включи в основния размер сума между 15 % и 25 % от стойността на продажбите, както е определена в раздел А по-горе, с цел да възпира предприятията дори да встъпват в хоризонтални споразумения за фиксиране на цените, подялба на пазара и ограничаване на продукцията. Комисията може да приложи също така допълнителен размер в случай на други нарушения. За целите на вземане на решение относно дела [от] стойността на продажбите, който ще бъде приложен в даден случай, Комисията ще отчита редица фактори, по-специално посочените в точка 22.

[…]“.

203 В Насоките се предвижда, че във втория етап на изчисляването Комисията ще може да коригира основния размер, като го увеличи или намали въз основа на обща оценка при отчитане на всички релевантни обстоятелства (т. 11 и 27 от Насоките).

204 По отношение на тези обстоятелства в точка 29 от Насоките се предвижда следното:

„Основният размер може да бъде намален, ако Комисията установи наличието на смекчаващи обстоятелства, като например:

— когато съответното предприятие представи доказателства, че то е прекратило нарушението веднага след намесата на Комисията: това няма да се прилага към тайни споразумения или практики (по-специално към картели);

— когато предприятието представи доказателства, че нарушението е било извършено в резултат на небрежност;

— когато предприятието представи доказателства, че неговото участие в нарушението е крайно ограничено и по такъв начин докаже, че по времето, когато то е било страна по нарушаващото споразумение, то фактически не го е прилагало, като е възприемало конкурентно поведение на пазара: сам по себе си фактът, че предприятието е участвало в нарушението по-кратко време, отколкото другите, няма да бъде считан за смекчаващо обстоятелство, тъй като това вече е отразено в основния размер;

— когато съответното предприятие е оказало ефективно съдействие на Комисията извън обхвата на Известие за намаляване и освобождаване от отговорност и извън своето правно задължение за това;

— когато антиконкурентното поведение на предприятието е било разрешено или насърчено от публичните органи или от законодателството“.

205 Накрая, както Съдът припомня в своите решения KME Germany и др./Комисия, точка 191 по-горе (EU:C:2011:816, т. 129), и от 8 декември 2011 г., KME Germany и др./Комисия (C-272/09 P, Сб., EU:C:2011:810, т. 102), въз основа на доказателствата, представени от жалбоподателя в подкрепа на изложените от него основания, съдът на Съюза трябва да осъществи контрола за законосъобразност, който му е възложен. Когато осъществява този контрол, съдът не може да се основе на свободата на преценка, с която разполага Комисията, нито във връзка с избора на елементите, взети предвид при прилагане на посочените в Насоките критерии, нито във връзка с оценката на тези елементи, за да се откаже от осъществяването на задълбочен контрол както от правна, така и от фактическа страна.

206 Контролът за законосъобразност се допълва с правомощието за пълен съдебен контрол, признато на съда на Съюза по силата на член 17 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 година, Първи регламент за прилагане на членове [81 ЕО] и [82 ЕО] (ОВ 13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3), а понастоящем с член 31 от Регламент № 1/2003, в съответствие с член 261 ДФЕС. Пълният съдебен контрол оправомощава съда да излезе от рамките на обикновения контрол за законосъобразност на санкцията и да замени преценката на Комисията със своята преценка и в резултат на това да отмени, намали или увеличи наложената глоба или периодична имуществена санкция (решение KME Germany и др./Комисия, т. 205 по-горе, EU:C:2011:810, т. 103).

Обжалваното решение

207 Комисията счита, че с оглед на описаните в обжалваното решение факти, нарушението е било извършено умишлено и се състои в явно незаконосъобразно споразумение за неизвършване на конкурентна дейност и за подялба на испанския и португалския пазар на електронни съобщителни услуги между страните. Според Комисията при този вид очевидни нарушения страните не могат да твърдят, че не са действали преднамерено (съображение 477 от обжалваното решение).

208 Що се отнася до стойността на продажбите, използвана като референтна стойност за определянето на основния размер, Комисията приема, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е била приложима за всички електронни съобщителни услуги и за телевизионните услуги, предоставяни в Испания или в Португалия, с изключение на глобалните телекомуникационни услуги и на услугите на едро по пренос на международни телекомуникации, при които страните се конкурирали на Иберийския полуостров към датата на подписването от споразумението и които поради това били изключени от приложното му поле. Освен това, като се има предвид, че клаузата изключва от приложното си поле всички инвестиции и всички дейности, които вече са в ход към датата на споразумението и които могат да се считат за конкурентни на дейностите и на инвестициите на другата страна на иберийския пазар, за всяка от страните Комисията отчита единствено стойността на собствените ѝ продажби в нейната страна по произход. Следователно Комисията по-специално не взема предвид стойността на продажбите на всяка от страните в страната по произход на другата страна, доколкото тези суми по принцип са съответствали на съществуващите преди това дейности, които не са обхванати от клаузата. Това означава, че що се отнася до Telefónica, стойността на продажбите е определена от Комисията при отчитане на стойността на

продажбите на това дружество в Испания, а що се отнася до PT, посочената стойност е определена при отчитане на стойността на продажбите на това дружество в Португалия (съображения 482 и 483 от обжалваното решение).

209 По-нататък Комисията посочва, че по принцип отчита продажбите, реализирани от предприятията през последната пълна година на тяхното участие в нарушението. Имайки предвид, че в разглеждания случай нарушението е продължило по-малко от година и че е било извършено между 2010 г. и 2011 г., Комисията използва продажбите на предприятията през 2011 г., които са били по-слаби от продажбите, регистрирани от страните през 2010 г. (съображение 484 от обжалваното решение).

210 Що се отнася до тежестта на нарушението, определящо процента от стойността на продажбите, който трябва да се вземе предвид за определянето на основния размер на глобата, Комисията посочва, че в разглеждания случай нарушението се състои в споразумение за неизвършване на конкурентна дейност и за подялба на испанския и португалския пазар на електронни съобщителни услуги и на телевизионни услуги между страните, както и че Telefónica и PT са традиционните оператори в съответните им страни (съображение 489 от обжалваното решение).

211 Комисията отбелязва отчитането от нейна страна на факта, че страните не са пазили в тайна клаузата, считано от момента на включване ѝ за първи път в офертата от 1 юни 2010 г. Всъщност, както това е отбелязано в съображения 128—130 от обжалваното решение, втората оферта, включваща първия проект на клауза, е била поместена от страните на съответните им интернет сайтове и е била съобщена на испанския и португалския борсов орган, които от своя страна я публикуват на собствените си интернет сайтове. На 9 юни 2010 г. PT също така изпраща на акционерите си брошура, разясняваща сделката и клаузата. Освен това споразумението, съдържащо окончателната редакция на клаузата, е било неразделна част от преписката, депозирана от Telefónica и PT в Anatel и CADE. Накрая, в статия, публикувана от *Jornal de Negócios* на 23 август 2010 г., Telefónica потвърждава, че споразумението съдържа клауза за неизвършване на конкурентна дейност (съображение 491 от обжалваното решение).

212 Що се отнася до продължителността на нарушението, Комисията взема предвид факта, че то е продължило от 27 септември 2010 г., а именно датата на нотариалното удостоверяване и съответно на окончателното сключване на сделката, до 4 февруари 2011 г., а именно датата на споразумението между страните, с което се премахва клаузата (съображение 492 от обжалваното решение).

213 С оглед на тези обстоятелства, размера на предприятията и малката продължителност на действието на ограничителното споразумение, Комисията приема, че при конкретните обстоятелства в настоящия случай отчитането на малък процент от стойността на продажбите за изчисляването на основния размер на глобите е пропорционално и достатъчно във връзка с възпиращия ефект. Комисията съответно приема, че процентът от стойността на продажбите, който трябва да се вземе предвид, следва да бъде в размер на 2 % за двете засегнати предприятия (съображение 493 от обжалваното решение). Определеният за всяко предприятие процент от стойността на продажбите е умножен по определения за продължителността коефициент, а именно 0,33, която стойност съответства на четири месеца от една пълна година.

214 Комисията използва така изчислените суми като окончателни основни размери, поради което трябва да се констатира, че в разглеждания случай тя не е добавила фиксирана сума за възпиране (входна такса), както това е предвидено в точка 25 от Насоките (вж. т. 202 по-горе), и тя впрочем потвърди това в съдебното заседание.

215 Що се отнася до коригирането на основния размер, от една страна, Комисията приема, че в разглеждания случай не е налице никакво отегчаващо обстоятелство (съображение 496 от обжалваното решение).

216 От друга страна, Комисията припомня, че страните са решили да премахнат клаузата на 4 февруари 2011 г., преустановявайки по този начин разглежданата антиконкурентна практика. Според Комисията, като се има предвид, че премахването на клаузата е станало едва шестнадесет дни след като Комисията започва производството и 30 дни след като изпраща първото искане за предоставяне на информация до страните и че клаузата не е била тайна, следва да се приеме, че премахването на клаузата съставлява смекчаващо обстоятелство, което трябва да се приложи по отношение на двете страни (съображение 500 от обжалваното решение).

217 С оглед на тези обстоятелства Комисията приема, че основният размер на налаганата на страните глоба трябва да се намали с 20 % (съображение 501 от обжалваното решение) и отхвърля всички доводи на страните във връзка с изтъкването на други смекчаващи обстоятелства (съображения 502—507 от обжалваното решение).

218 Окончателните размери на глобите съответно възлизат на 66 894 400 EUR в случая на Telefónica и на 12 290 400 EUR в случая на PT.

б) По продажбите, които са взети предвид за целите на изчисляването на глобата

219 Жалбоподателят оспорва заключенията на Комисията относно приложното поле на клаузата и твърди, че доколкото изключването на някои дейности от това приложно поле води до намаляване на оборота, взет предвид за изчисляването на глобата, размерът на наложената му глоба трябва да бъде намален. Комисията игнорирала изчерпателния анализ на пазарите на електронни съобщителни услуги в Португалия, извършен от жалбоподателя в отговора му на изложението на възраженията, като нито разгледала, нито опровергала голяма част от развитите от жалбоподателя доводи.

По мотивите

220 Доколкото тези доводи на жалбоподателя трябва да се разбират като отправяне на критика във връзка с неизпълнението от Комисията на задължението ѝ за мотивиране, трябва да се припомни, че мотивите трябва да са съобразени с естеството на съответния акт и трябва по ясен и недвусмислен начин да излагат съображенията на институцията, която издава акта, така че да дадат възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за взетата мярка, а на компетентната юрисдикция — да упражни своя контрол (вж. решение Elf Aquitaine/Комисия, т. 78 по-горе, EU:C:2011:620, т. 147 и цитираната съдебна практика). Не се изисква мотивите да уточняват всички относими фактически и правни обстоятелства, доколкото въпросът дали мотивите на определен акт отговарят на изискванията на член 296 ДФЕС следва да се преценява с оглед не само на текста, но и на контекста, както и на съвкупността от правни норми, уреждащи съответната материя (вж. решение Комисия/Sytraval и Brink's France, т. 78 по-горе, EU:C:1998:154, т. 63 и цитираната съдебна практика).

221 Що се отнася до обхвата на задължението за мотивиране във връзка с изчисляването на размера на глоба, наложена за нарушаване на правилата на Съюза в областта на конкуренцията, трябва да се отбележи, че в член 23, параграф 3 от Регламент № 1/2003 се предвижда, че „[п]ри определяне на размера на [глобата] се взема предвид както тежестта, така и продължителността на нарушението“. В това отношение Насоките и Известието на Комисията относно освобождаване от глоби и намаляване на техния размер по делата за картели (ОВ C 298, 2006 г., стр. 17; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 5, стр. 3) съдържат поясняващи правила относно елементите за преценка, които трябва се вземат предвид от Комисията при определяне на тежестта и на продължителността на нарушението (вж. в този смисъл решение от 9 юли 2003 г., Cheil Jedang/Комисия, T-220/00, Rec, EU:T:2003:193, т. 217 и цитираната съдебна практика).

222 При тези условия съществените процесуални изисквания, каквото е задължението за излагане на мотиви, са изпълнени, щом Комисията посочва в своето решение елементите за преценка, които е имала предвид при прилагане на своите насоки — и евентуално своето Известие относно освобождаване от глоби и намаляване на техния размер по делата за картели — и които са ѝ позволили да отчете тежестта и продължителността на нарушението при изчисляването на размера на глобата (вж. в този смисъл решение Cheil Jedang/Комисия, т. 221 по-горе, EU:T:2003:193, т. 218).

223 В разглеждания случай в раздели 5 и 6.3.3.2 от обжалваното решение, и по-специално в съображения 153, 184, 185 и 278 от него Комисията посочва, че страните трябва да се разглеждат поне като потенциални конкуренти на всички пазари на електронни съобщителни услуги и на телевизионни услуги в Испания и в Португалия, че изтъкнатите от тях доводи с цел изключване на някои дейности от приложното поле на клаузата не могат да бъдат приети и че предвид отхвърлянето на доводите на страните с оглед на наличието на потенциална конкуренция между тях и предвид широкото приложно поле на клаузата, никакъв подробен анализ по въпроса дали страните са били потенциални конкуренти в разглеждания случай не е необходим по отношение на всеки специфичен пазар, за да се прецени дали споразумението трябва да се счита за представляващо ограничение с оглед на целта. По-нататък, в съображение 482 от обжалваното решение в раздел „Стойност на продажбите“ Комисията отбелязва, че според нея клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е била приложима за всички видове електронни съобщителни услуги и за телевизионните услуги, с изключение на глобалните телекомуникационни услуги и на услугите на едро по пренос на международни телекомуникации, и че съответно всички услуги, които се предоставят в Испания или в Португалия и които са неотделима част от посочените в раздел 5.3 пазари, с изключение на глобалните телекомуникационни услуги и услугите на едро по пренос на международни телекомуникации, са били пряко или косвено засегнати от нарушението.

224 Следователно Комисията е предоставила достатъчно разяснения относно начина, по който е определила стойността на продажбите, която трябва да се вземе предвид при изчисляване на глобата, и относно причините, поради които счита, че не е необходимо да анализира всяка от услугите, чието изключване при изчисляването на глобата е поискал жалбоподателят в отговора си на изложението на възраженията. Доколкото доводите на жалбоподателя могат да се разбират като твърдение за нарушаване на задължението за мотивиране, те съответно трябва да се отхвърлят.

По същество

225 Жалбоподателя твърди, че стойността на някои продажби трябва да се изключи при изчисляването на глобата, а именно продажбите, реализирани на пазарите, на които страните не са потенциални конкуренти; продажбите, съответстващи на дейностите в ход, и реализираните извън иберийския полуостров продажби.

– По продажбите, съответстващи на дейности, при което не може да има конкуренция

226 Що се отнася до продажбите, реализирани на пазари или чрез услуги, при които според жалбоподателя няма потенциална конкуренция, на първо място, трябва да се отбележи, че в съображение 478 от обжалваното решение Комисията се позовава на точка 12 от Насоките, в която се посочва, че основният размер на глобата ще се определя чрез отчитане на стойността на продажбите по изложената в следващите точки методология. В посоченото съображение Комисията освен това обяснява, че основният размер на налаганата на предприятията глоба е щял да се определи чрез отчитане на стойността на реализираните от предприятията продажби на стоки или услуги, с които нарушението е свързано пряко или косвено в съответния географски район в Европейския съюз. В съображение 482 от обжалваното решение (вж. т. 208

по-горе) Комисията продължава анализа си, посочвайки, че според нея клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е била приложима за всички видове електронни съобщителни услуги и за телевизионните услуги, с изключение на глобалните телекомуникационни услуги и на услугите на едро по пренос на международни телекомуникации, и че съответно всички услуги, които се предоставят в Испания или в Португалия и които са неотделима част от посочените в раздел 5.3 пазари, с изключение на глобалните телекомуникационни услуги и услугите на едро по пренос на международни телекомуникации, са били пряко или косвено засегнати от нарушението.

227 В съдебното заседание, в отговор на въпросите на Общия съд, Комисията обясни, че предвид твърде широкото приложно поле на клаузата, тя не е трябвало да анализира потенциалната конкуренция между страните при всяка от посочените от жалбоподателя услуги за целите на определянето на стойността на продажбите, която трябва да се вземе предвид за изчисляване на размера на глобата. При нарушение с оглед на целта като разглежданото в случая, при което такова проучване не се изисквало за целите на установяването на нарушението, извършването на това проучване също така не се налагало за определянето на размера на глобата.

228 Тези доводи не могат да се приемат.

229 Всъщност съгласно текста ѝ клаузата се е прилагала за „какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги, с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение), който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар“. Освен това за целите на изчисляването на глобата Комисията използва стойността на продажбите от дейностите, които според нея попадат в приложното поле на клаузата, и изключва продажбите, съответстващи на дейностите в ход, които съгласно текста на клаузата са изключени от приложното ѝ поле. Следователно продажбите, съответстващи на дейностите, при които не може да има конкуренция с другата страна през периода на прилагане на клаузата и които съгласно текста ѝ също са изключени от нейното приложно поле, също би трябвало да се изключат за целите на изчисляването на глобата.

230 Ето защо, макар Комисията да не е трябвало да оценява потенциалната конкуренция по отношение на всяка от изтъкнатите от жалбоподателя услуги за целите на установяването на нарушението (вж. т. 169—188 по-горе), тя все пак е трябвало да провери дали жалбоподателят има основание да твърди, че стойността на продажбите от въпросните услуги трябва да се изключи при изчисляването на глобата поради липсата на потенциална конкуренция между страните при тези услуги.

231 В това отношение трябва да се припомни, че както Съдът вече е постановил, Комисията трябва да прецени във всеки конкретен случай и предвид неговия контекст и целите на установения в Регламент № 1/2003 санкционен режим необходимото въздействие върху съответното предприятие, по-специално като вземе предвид оборот, който отразява действителното икономическо положение на това предприятие в периода, през който е извършено нарушението (решения от 7 юни 2007 г., Britannia Alloys & Chemicals/Комисия, C-76/06 P, Сб., EU:C:2007:326, т. 25, от 12 ноември 2014 г., Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия, C-580/12 P, Сб., EU:C:2014:2363, т. 53 и от 23 април 2015 г., LG Display и LG Display Taiwan/Комисия, C-227/14 P, Сб., EU:C:2015:258, т. 49).

232 При определянето на размера на глобата може да се вземе предвид както общият оборот на предприятието, който съставлява показател, макар и приблизителен и несъвършен, за големината на същото и за неговата икономическа мощ, така и частта от този оборот, която се формира от стоките, предмет на нарушението, и следователно може да бъде показател за мащаба на това нарушение (решения от 7 юни 1983 г., Musique Diffusion française и др./Комисия,

100/80—103/80, Rec, EU:C:1983:158, т. 121; Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2014:2363, т. 54 и LG Display и LG Display Taiwan/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2015:258, т. 50).

233 Независимо че оставя на Комисията свобода на преценка, член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003 все пак ограничава нейното упражняване, като въвежда обективни критерии, към които тя трябва да се придържа. По този начин, от една страна, размерът на глобата, която може да бъде наложена на дадено предприятие, има предел, който може да бъде изразен в цифри и е абсолютен, така че максималният размер на глобата, която може да бъде наложена в тежест на предприятието, може да бъде определен предварително. От друга страна, упражняването на това право на преценка е ограничено и от правилата за поведение, които Комисията сама си е наложила по-конкретно в Насоките (решения Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2014:2363, т. 55 и LG Display и LG Display Taiwan/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2015:258, т. 51).

234 Следователно, ако Комисията определя, както е направила в разглеждания случай, основния размер на глобата съгласно изложената в Насоките методология, тя трябва да се съобразява с тази методология.

235 В това отношение трябва да се припомни, че съгласно точка 13 от Насоките „[п]ри определяне на основния размер за налаганите глоби Комисията ще отчита стойността на продажбите на стоки и услуги на предприятието, с които нарушението е свързано пряко или косвено […] в даден географски район в ЕИП“. В точка 6 от същите насоки се прави следното уточнение: „[с]чита се, че комбинацията от стойността на продажбите, с които е свързано нарушението, и продължителността на нарушението осигурява подходящ еквивалент за отразяване на икономическото значение на нарушението, както и относителната тежест на всяко предприятие в нарушението“.

236 Освен това съгласно съдебната практика частта от оборота, свързана със стоките, предмет на нарушението, може да даде точна представа за мащаба на дадено нарушение на съответния пазар, тъй като оборотът, реализиран от стоките, които са предмет на ограничителна практика, представлява обективен критерий, който дава точна мярка за вредността на тази практика за нормалната конкуренция (вж. в този смисъл решения Musique Diffusion française и др./Комисия, т. 232 по-горе, EU:C:1983:158, т. 121, от 11 март 1999 г., British Steel/Комисия, T-151/94, Rec, EU:T:1999:52, т. 643 и от 8 юли 2008 г., Saint-Gobain Gyproc Belgium/Комисия, T-50/03, EU:T:2008:252, т. 84).

237 Точка 13 от Насоките съответно има за цел, при изчисляването на налаганата на дадено предприятие глоба, като отправна точка да се приеме сума, отразяваща икономическото значение на нарушението и относителната тежест на предприятието в него (решения от 11 юли 2013 г., Team Relocations и др./Комисия, C-444/11 P, EU:C:2013:464, т. 76, Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2014:2363, т. 57 и LG Display и LG Display Taiwan/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2015:258, т. 53).

238 Следователно съдържащото се в същата точка 13 понятие за стойност на продажбите обхваща продажбите, реализирани на засегнатия от нарушението пазар в ЕИП, без да е необходимо да се определя дали тези продажби реално са били засегнати от това нарушение, тъй като частта от оборота, формирана от продажбата на стоките, предмет на нарушението, може да отрази по най-добър начин икономическото значение на това нарушение (вж. в този смисъл решения Team Relocations и др./Комисия, т. 237 по-горе, EU:C:2013:464, т. 75—78, Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2014:2363, т. 57—59, от 19 март 2015 г., Dole Food и Dole Fresh Fruit Europe/Комисия, C-286/13 P, Сб., EU:C:2015:184, т. 148 и 149 и LG Display и LG Display Taiwan/Комисия, т. 231 по-горе, EU:C:2015:258, т. 53—58 и 64).

239 Въпреки това, макар че преследваната с тази разпоредба цел несъмнено би била накърнена, ако съдържащото се в нея понятие за стойност на продажбите трябва да се разбира като отнасящо се само за оборота, реализиран единствено от продажбите, за които е установено, че реално са били засегнати от твърдения картел, това понятие същевременно не може да се разшири дотам, че да обхване продажбите на съответното предприятие, които пряко или косвено не попадат в обхвата на този картел (вж. в този смисъл решения Team Relocations и др./Комисия, т. 237 по-горе, EU:C:2013:464, т. 76 и Dole Food и Dole Fresh Fruit Europe/Комисия, т. 238 по-горе, EU:C:2015:184, т. 148).

240 В този контекст трябва да се отбележи, че при наличие на ограничение с оглед на целта като това в разглеждания случай, от Комисията действително не може да се изисква служебно да извършва анализ на потенциална конкуренция за всички пазари и услуги, засегнати от приложното поле на нарушението, тъй като в противен случай би се отклонила от принципите, установени в цитираната в точки 175, 176 и 178 по-горе съдебна практика, и посредством определянето на стойността на продажбите, която трябва да се вземе предвид за изчисляването на глобата, би въвела задължение за анализ на потенциална конкуренция, при положение че такава проверка не се изисква в случай на ограничение на конкуренцията с оглед на целта (вж. т. 177 по-горе). Всъщност в това отношение, по конкретен случай, за който са били приложими Насоките относно метода за определяне на размера на глобите, налагани съгласно член 15, параграф 2 от Регламент № 17 и член 65, параграф 5 [ВС] (ОВ С 9, 1998 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 69), Съдът приема, че при нарушение, състоящо се в подялба на пазари, не може да се приеме тълкуване, което въз основа на метода за изчисляване на глобите би довело до налагане на Комисията на задължение, каквото тя няма за целите на прилагането на член 101 ДФЕС, тъй като въпросното нарушение е с антиконкурентна цел (решение Prym и Prym Consumer/Комисия, т. 196 по-горе, EU:C:2009:505, т. 64).

241 Възприетото в разглеждания случай разрешение не се заключава в налагане на Комисията на задължение при определянето на размера на глобата — каквото тя няма за целите на прилагането на член 101 ДФЕС, що се отнася до нарушение с антиконкурентна цел — а в съобразяване на факта, че стойността на продажбите трябва да бъде в пряка или косвена връзка с нарушението по смисъла на точка 13 от Насоките и не може да обхваща продажби, които пряко или косвено не попадат в обхвата на санкционираното нарушение (вж. цитираната в т. 239 по-горе съдебна практика). Следователно, считано от момента, в който за определянето на размера на глобата Комисията решава да използва стойността на продажбите в пряка или косвена връзка с нарушението, тя трябва прецизно да определи тази стойност.

242 В това отношение трябва да се отбележи, че в разглеждания случай, с оглед на текста на клаузата — в която изрично се посочва „какъвто и да било проект в сектора на телекомуникациите (включително фиксирани и мобилни телефонни услуги, услуги за достъп до интернет и телевизионни услуги, с изключение на инвестициите или дейностите в ход към деня на подписване на настоящото споразумение), който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар“ — и факта, че в отговора си на изложението на възраженията жалбоподателят излага фактически обстоятелства с цел да докаже, че стойността на продажбите на някои от така посочените услуги трябва да бъде изключена за целите на изчисляването на глобата поради липсата на каквато и да било конкуренция между страните, Комисията е трябвало да анализира тези обстоятелства, за да определи стойността на реализираните от предприятието продажби на стоки или услуги в пряка или косвена връзка с нарушението.

243 Така в разглеждания случай, тъй като продажбите в пряка или косвена връзка с нарушението са продажбите на услугите, попадащи в приложното поле на клаузата — а именно продажбите по всеки спадащ към сектора на телекомуникациите проект, с изключение на дейностите в ход, който може да доведе до конкуриране с другата страна на иберийския пазар — за да определи

стойността на тези продажби, Комисията е трябвало да определи услугите, при които между страните не е имало потенциална конкуренция на иберийския пазар, като анализира обстоятелствата, представени от страните в отговорите им на изложението на възраженията с цел да докажат липсата на потенциална конкуренция между тях по отношение на определени услуги през периода на прилагане на клаузата. Едва въз основа на такъв фактически и правен анализ е било възможно да се определят продажбите в пряка или косвена връзка с нарушението, чиято стойност е трябвало да послужи за отправен размер за изчисляването на основния размер на глобата.

244 Следователно доводите на жалбоподателя във връзка с твърдението му, че въз основа на посочените от него обстоятелства относно липсата на потенциална конкуренция между Telefónica и PT при определени услуги Комисията е трябвало да определи стойността на продажбите в пряка или косвена връзка с нарушението, трябва да бъдат уважени и член 2 от обжалваното решение да бъде отменен единствено в частта, в която размерът на глобата се определя въз основа на използваната от Комисията стойност на продажбите.

245 На второ място, следва да се припомни, че системата за съдебен контрол върху решенията на Комисията в производства по прилагане на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС се състои в контрол за законосъобразност на актовете на институциите, който е установен в член 263 ДФЕС и който в приложение на член 261 ДФЕС и по искане на жалбоподателите може да бъде допълнен от упражняване от страна на Общия съд на правомощие за пълен съдебен контрол по отношение на санкциите, наложени в тази област от Комисията (решение от 10 юли 2014 г., Telefónica и Telefónica de España/Комисия, C-295/12 P, Сб., EU:C:2014:2062, т. 42). В това отношение трябва да се отбележи, че установената в разглеждания случай незаконосъобразност засяга взетата предвид стойност на продажбите за определянето на размера на наложената на жалбоподателя глоба и съответно самата основа за изчисляването на тази глоба.

246 В този контекст отново трябва да се припомни, че в съображение 482 от обжалваното решение Комисията не извършва анализ на потенциалната конкуренция между страните за посочените от жалбоподателя услуги. Освен това, в отговор на поставените от Общия съд въпроси в съдебното заседание с цел от страна на Комисията да се получи някакъв отговор по доводите на жалбоподателя във връзка с твърдяната липса на потенциална конкуренция между Telefónica и PT при определени услуги в Португалия, Комисията само потвърждава още веднъж виждането си, че не е била длъжна да анализира потенциалната конкуренция между страните за целите на определянето на размера на глобата, като освен това в отговор на всички доводи на жалбоподателя посочва единствено че Telefónica било потенциален конкурент на PT по отношение на въпросните услуги, тъй като можело да участва в търгове или да купи съществуващ оператор.

247 От гореизложеното следва, че в разглеждания случай Общият съд не разполага с достатъчно информация, за да определи окончателния размер на глобата, която трябва да се наложи на жалбоподателя.

248 Несъмнено правомощието за упражняване на пълен съдебен контрол, с което по силата на член 31 от Регламент № 1/2003 разполага Общият съд, го оправомощава извън обикновения контрол за законосъобразност на санкцията да замества преценката на Комисията със своята преценка. Същевременно в разглеждания случай Комисията не е извършила анализ на обстоятелствата, изтъкнати от жалбоподателя с цел да докаже липсата на потенциална конкуренция между страните по отношение на определени услуги, за да определи стойността на продажбите, която трябва да се вземе предвид за изчисляването на размера на глобата. Определянето на стойността на тези продажби от Общия съд съответно би наложило той да трябва да запълни пропуск в разследването по преписката.

249 Упражняването на правомощието за пълен съдебен контрол обаче не може да стига дотам, че Общият съд да трябва да провежда такова разследване, което би нахвърлило заместването на преценката на Комисията с тази на Общия съд, тъй като преценката на последния би се оказала единствената и първа преценка на обстоятелствата, които Комисията е трябвало да вземе предвид за определянето на стойността на продажбите в пряка или косвена връзка с нарушението по смисъла на точка 13 от Насоките и чийто анализ трябва да се извърши от Комисията.

250 Следователно в разглеждания случай правомощието за пълен съдебен контрол от Общия съд не следва да се упражнява, поради което Комисията трябва да съобрази всички последици от установената незаконосъобразност при изпълнението на настоящото решение и отново да се произнесе по определянето на размера на глобата. Освен това Общият съд счита, че трябва да се разгледат другите основания във връзка с размера на глобата.

– По продажбите, съответстващи на съществуващи преди това дейности

251 Жалбоподателят твърди, че съгласно текста на клаузата продажбите, съответстващи на съществуващи преди това дейности, трябва да се изключат за целите на изчисляването на глобата.

252 На първо място, трябва да се припомни, че съгласно съображения 482 и 483 от обжалваното решение стойността на продажбите на глобални телекомуникационни услуги и на услуги на едро по пренос на международни телекомуникации, при които между страните е имало реална конкуренция към датата на подписване от споразумението, не е била взета предвид при изчисляването на глобата.

253 На второ място, жалбоподателят твърди, че стойността на продажбите на услугите на PT, съответстващи на предоставяните от Zon услуги — а именно фиксирана телефония, широколентов интернет и платена телевизия — трябва да се изключи от приложното поле на клаузата, защото, предвид притежаваните от Telefónica дялове в това конкурентно на PT дружество, извършващо дейност в сектора на електронните съобщителни услуги (вж. т. 7 по-горе), предоставяните от Zon услуги спадат към категорията „инвестиции[…] или дейности[…] в ход към деня на подписване[то ѝ]“ (вж. т. 1 по-горе), изключени от приложното поле на клаузата.

254 Първо, жалбоподателят посочва, че обжалваното решение внася малко — или никаква — яснота относно някои упреци, отправени от неговите адресати, и че що се отнася до присъствието на Telefónica в капитала на Zon и влиянието, което това му позволявало да има, Комисията само повтаря виждането, че това дялово участие не предоставя на Telefónica никакви контролни правомощия. Доколкото тази забележка може да се разбира като твърдение за неизпълнение от страна на Комисията на задължението ѝ за мотивиране, това твърдение трябва да се отхвърли.

255 Всъщност видно е, че Комисията отговаря на довода на страните относно изключването на услугите на Zon от приложното поле на клаузата, уточнявайки, че тя не може да приеме твърдението, че дейностите на Zon трябва да се изключат от приложното поле на клаузата, тъй като, ако страните са искали да докажат, че се конкурират в Португалия, посредством дяловото участие на Telefónica в Zon, те е трябвало да докажат, че Telefónica контролира дейностите на този оператор, което те не са направили, при положение че от годишните отчети за 2011 г. на Telefónica е видно, че то не е контролирало португалския оператор. По този начин Комисията ясно посочва причината, поради която счита, че дейностите на Zon не трябва да се изключват от приложното поле на клаузата, както и причината, поради която тя заключава, че Telefónica не контролира последното дружество, като съответно не може да бъде упреквана в каквото и да било неизпълнение на задължението за мотивиране.

256 В това отношение в съображения 156—164 от обжалваното решение Комисията освен това обяснява, че ако дейността, извършвана от дружество, в което една от страните притежава акции, без да го контролира, бе релевантна за определянето на приложното поле на клаузата, в посочената клауза е трябвало да се посочи, че тя следва да се прилага за дейностите на дружествата, които не са контролирани от страните. Освен това, ако такива дейности били релевантни за определянето на приложното поле на клаузата, това трябвало да е така и за спазването на нейните разпоредби, поради което започването на забранена с клаузата дейност от неконтролирано дружество, в което една от страните притежава миноритарен дял, би представлявало нарушение на клаузата. По този въпрос по-нататък Комисията посочва, че страните не могат да претендират, че са поели каквото и да било задължение от името и за сметка на дружества, в които притежават миноритарен дял, без да ги контролират, тъй като не биха могли да гарантират спазването на такова задължение. Поради това, за да можело определена дейност да се изключи от приложното поле на клаузата, тя трябвало да се извършва пряко от едната от страните или непряко от някое от контролираните от тях дружества.

257 Второ, по същество, жалбоподателят не оспорва нито доводите, които току-що бяха изложени, нито констатацията на Комисията, че по време на релевантния период Telefónica има само миноритарно дялово участие в Zon (5,46 %) (съображение 19 от обжалваното решение) и следователно не контролира последното дружество, поради което предоставяните от Zon услуги не могат да се разглеждат като услуги, предоставяни от Telefónica, и съответно като услуги, при които Telefónica и PT са се конкурирали и които поради това е трябвало да се изключат от приложното поле на клаузата. Следователно жалбоподателят не е доказал защо според него, въпреки притежаваното от Telefónica само миноритарно дялово участие в Zon, предоставяните от последното дружество услуги е трябвало да се считат за услуги, предоставяни от Telefónica, и съответно за изключени от приложното поле на клаузата. При това положение доводите му трябва да се отхвърлят.

– По продажбите, съответстващи на реализирани извън Иберийския полуостров дейности

258 Жалбоподателят оспорва определеното от Комисията географско приложно поле на клаузата и твърди, че доколкото в споразумението изрично се посочва иберийският пазар, а не Португалия и Испания, се налага изводът, че страните са имали предвид териториите, съставляващи Иберийския полуостров, а не териториите, съставляващи Кралство Испания и Португалската република. Ето защо според жалбоподателя територите на автономните региони Азорски острови и Мадейра, където през 2011 г. е реализиран оборот съответно от 36 992 000 EUR и 23 492 000 EUR, трябва да бъдат изключени от географското приложно поле на клаузата, поради което стойността на продажбите на PT, която е взета предвид за изчисляването на глобата, и съответно размерът на последната трябва да бъдат коригирани.

259 Това искане не може да се приеме. Противно на твърденията на жалбоподателя, в текста на клаузата не става въпрос буквално за „Иберийския полуостров“, а за „иберийския пазар“. Всъщност видно е, че посочването на „иберийския пазар“ трябва да се разбира не в строго географски смисъл, като отнасящо се единствено за Иберийския полуостров, а като отнасящо се за пазарите на Испания и Португалия, включващи пазарите на техните територии, които не се намират на Иберийския полуостров. Няма данни, а жалбоподателят също така не изтъква доводи с цел да докаже, че територите на тези държави, разположени извън Иберийския полуостров, са били изключени от приложното поле на клаузата.

260 В това отношение всъщност трябва да се отбележи, че жалбоподателят единствено отправя критики срещу извършеното от Комисията тълкуване на географското приложно поле на клаузата, но не изтъква нито един довод, за да оспори заключенията на Комисията във връзка с географското приложно поле на клаузата, изложени в съображения 175—182 от обжалваното решение. При това положение исканията на жалбоподателя не може да бъдат приети.

261 От целия гореизложен анализ следва, че доводите на жалбоподателя във връзка с продажбите, взети предвид за целите на изчисляването на глобата, трябва да бъдат уважени, доколкото, за да определи стойността на продажбите на жалбоподателя, която трябва да се вземе предвид за изчисляването на размера на глобата, Комисията е трябвало да анализира доводите на жалбоподателя, с които той е искал да докаже липсата на потенциална конкуренция между Telefónica и PT по отношение на определени услуги (вж. т. 226—250 по-горе), и да бъдат отхвърлени в останалата им част.

в) По продължителността на нарушението

262 Жалбоподателят твърди, че Комисията е определила неправилно продължителността на нарушението, защото задължението за неизвършване на конкурентна дейност не е можело да произведе последици, преди да бъде потвърдено, поради което то не можело да се квалифицира като ограничение с оглед на целта, предназначено да се прилага непременно от момента на влизането му в сила, а именно момента на окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г., и че при всички положения, дори да не се вземе предвид изричното условие за предварително потвърждаване, действието на споразумението за неизвършване на конкурентна дейност изтекло на 29 октомври 2010 г. предвид заключенията, до които достигнали телефонните конференции, проведени на 26 и 29 октомври 2010 г.

263 Следва да се припомни, че съгласно член 23, параграф 3 от Регламент 1/2003 продължителността на нарушението е един от факторите, които следва да се вземат предвид при определянето на размера на глобата, която трябва да се наложи на предприятията, носещи отговорност за нарушения на правилата на конкуренцията.

264 Освен това, както бе отбелязано в точка 202 по-горе, в точка 24 от Насоките се предвижда, че за да бъде отчетена по-пълно продължителността на участието на всяко предприятие в нарушението, размерът, определен въз основа на стойността на продажбите, ще се умножава по броя на годините на участие в нарушението, като периоди под шест месеца ще се отчитат за половин година, а периоди, по-дълги от шест месеца, но по-къси от една година, ще се отчитат за пълна година.

265 Що се отнася до продължителността на разглежданото в случая нарушение, както вече бе отбелязано в точка 51 по-горе, в съображения 454—465 от обжалваното решение Комисията заключава, че тя е равна на продължителността на периода, който започва да тече от датата на окончателното сключване на сделката, а именно от 27 септември 2010 г. (вж. т. 25 по-горе), и приключва на датата, на която клаузата е отменена, а именно на 4 февруари 2011 г. (вж. т. 29 по-горе).

266 С настоящото оплакване жалбоподателя по същество оспорва законосъобразността на обжалваното решение в частта, в която се констатира — както се посочва в член 1 от диспозитива му — че нарушението е продължило през периода от окончателното сключване на сделката на 27 септември 2010 г. до 4 февруари 2011 г. Следователно трябва да се приеме, че с настоящото оплакване във връзка с продължителността, жалбоподателят иска не само намаляване на глобата, но и частична отмяна на обжалваното решение, и по-специално на член 1 от диспозитива му, тъй като в него Комисията неправилно констатирала, че нарушението е продължило от 27 септември 2010 г. до 4 февруари 2011 г.

267 Впрочем трябва да се констатира, че жалбоподателят не изтъква допълнителни обстоятелства конкретно във връзка с продължителността на нарушението, а единствено препраща към вече отправени критики в контекста на основанието му, изведено от нарушаване на член 101 ДФЕС и на правната уредба по неговото прилагане, които вече бяха разгледани и отхвърлени в тази рамка (вж. т. 122—161 по-горе). Тъй като жалбоподателят не успява да докаже нито че

задължението за неизвършване на конкурентна дейност е било подчинено на задължение за самооценка, нито че аудиоконференциите през октомври 2010 г. са довели до премахването на клаузата, искането му за намаляване на продължителността на нарушението, взета предвид за изчисляването на размера на глобата, трябва да се отхвърли.

г) По спазването на принципа на пропорционалност

268 Жалбоподателят твърди, че при определянето на размера на наложената му глоба за разглежданото в случая нарушение е допуснато нарушение на принципа на пропорционалност.

269 Комисията повдига възражение за недопустимост, посочвайки, че това твърдяно основание за отмяна следва да се обяви за недопустимо, тъй като в посветените на въпросното основание три реда от жалбата жалбоподателят единствено отправя критики за това, че „след внимателен анализ [той] е убеден, че Комисията не е спазила принципа на пропорционалност с оглед на всички обстоятелства по случая и критериите, които трябва да се следват при налагането на глоби“.

270 От една страна, както вече бе отбелязано в точка 68 и сл. по-горе, трябва да се припомни, че съгласно член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник от 2 май 1991 г. исковата молба или жалбата трябва да посочва предмета на спора и кратко изложение на посочените основания, като това посочване трябва да е достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви защитата си, а на Общия съд — да се произнесе по иска или жалбата, ако е необходимо, без да разполага с други данни. Освен това, за да се гарантират правната сигурност и доброто правораздаване, е необходимо съществените правни и фактически обстоятелства, на които се основава искането, да произтичат по логичен и разбираем начин от текста на самата искова молба или жалба (вж. определение TF1/Комисия, т. 70 по-горе, EU:T:2008:155, т. 29 и цитираната съдебна практика).

271 Трябва да се констатира, че изложението на твърдяното основание, изведено от нарушаване на принципа на пропорционалност, от жалбоподателя в рамките настоящото производство по обжалване не отговаря на така посочените изисквания, поради което повдигнатото от Комисията възражение за недопустимост е основателно и твърдяното основание, изведено от нарушаване на принципа на пропорционалност, трябва да се обяви за недопустимо.

272 От друга страна, в това отношение трябва да се отбележи, че в правото на Съюза в областта на конкуренцията контролът за законосъобразност се допълва с правомощието за пълен съдебен контрол, признато на съда на Съюза по силата на член 17 от Регламент № 17, а понастоящем с член 31 от Регламент № 1/2003, в съответствие с член 261 ДФЕС. Пълният съдебен контрол оправомощава съда да излезе от рамките на обикновения контрол за законосъобразност на санкцията и да замени преценката на Комисията със своята преценка и в резултат на това да отмени, намали или увеличи наложената глоба или периодична имуществена санкция (вж. решение от 8 декември 2011 г., Chalkor/Комисия, C-386/10 P, Сб., EU:C:2011:815, т. 63 и цитираната съдебна практика).

273 Важно е обаче да се подчертае, че упражняването на правомощието за пълен съдебен контрол не е равносилно на служебен контрол, и да се припомни, че производството пред юрисдикциите на Съюза е състезателно. С изключение на абсолютните основания за отмяна, които Съдът е длъжен да разгледа служебно, като например липсата на мотиви на обжалваното решение, жалбоподателят е този, който трябва да посочи основанията срещу решението и да представи доказателства в подкрепа на тези основания (решение Chalkor/Комисия, т. 272 по-горе, EU:C:2011:815, т. 64).

274 Това изискване от процесуално естество не е в противоречие с правилото, че при нарушения на правилата на конкуренция Комисията трябва да докаже установените от нея нарушения и да посочи доказателствата, които надлежно удостоверяват осъществяването на фактическия състав на нарушението. Това, което всъщност се иска от жалбоподателя в производство по обжалване по съдебен ред, е да посочи оспорваните части от обжалваното решение, да изложи оплаквания във връзка с това и да представи доказателства, които могат да бъдат сериозни улики, чрез които да се докаже, че оплакванията му са основателни (решение Chalkor/Комисия, т. 272 по-горе, EU:C:2011:815, т. 65).

275 Липсата на служебен контрол на цялото обжалвано съдебно решение не е нарушение на принципа на ефективна съдебна защита. За спазването на този принцип не е необходимо Общият съд — който, разбира се, трябва да отговори на повдигнатите основания и да упражни контрол както от правна, така и от фактическа страна — да бъде задължен да направи служебно ново пълно проучване на преписката (решение Chalkor/Комисия, т. 272 по-горе, EU:C:2011:815, т. 66).

276 Следователно предвиденият в договорите контрол предполага съдът на Съюза да упражни контрол, както от правна, така и от фактическа страна, и да има право да преценява доказателствата, да отменя обжалваното решение и да изменя размера на глобите. Ето защо не може да се смята, че предвиденият в член 263 ДФЕС контрол за законосъобразност, допълнен с правомощието за пълен съдебен контрол по отношение на размера на глобата, предвидено в член 31 от Регламент № 1/2003, противоречи на изискванията на принципа на ефективна съдебна защита, съдържащ се в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз (решение Chalkor/Комисия, т. 272 по-горе, EU:C:2011:815, т. 67).

277 От тази съдебна практика е видно, че при отсъствие на доводи и доказателства, изтъкнати от жалбоподателя в подкрепа на твърдяното му основание, изведено от нарушаване на принципа на пропорционалност, при упражняването на правомощието си за пълен съдебен контрол Общият съд не е длъжен служебно да проверява спазването на посочения принцип от Комисията при определянето на размера на глобата.

3. *По искането за изслушване на свидетели*

278 Жалбоподателят иска от Общия съд да изслуша в качеството ѝ на свидетел г-жа M. R. S. S. N., която оглавява дирекцията в PT, отговаряща за конкуренцията, към момента на сключване на споразумението и към момента на сключване на споразумението за премахване на клаузата.

279 Комисията твърди, че искането трябва да се отхвърли, защото било ненужно и излишно, като се има предвид, че клетвената декларация на г-жа M. R. S. S. N. относно фактите, които знаела, вече била включена в материалите по делото.

280 Следва да се припомни, че Общият съд самостоятелно преценява евентуалната необходимост от допълване на данните, с които разполага по разглежданите от него дела (вж. определение от 10 юни 2010 г., Thomson Sales Europe/Комисия, C-498/09 P, EU:C:2010:338, т. 138 и цитираната съдебна практика).

281 Както Съдът вече е приел по дело, свързано с правото на конкуренцията, дори формулираното в жалбата искане за изслушване на свидетели да посочва точно фактите, по които следва да се изслуша(т) свидетелят или свидетелите, и съображенията, обосноваващи изслушването им, задължение на Общия съд е да прецени относимостта на искането с оглед на предмета на спора и необходимостта от изслушване на посочените свидетели (вж. решение от 19 декември 2013 г., Siemens/Комисия, C-239/11 P, C-489/11 P и C-498/11 P, EU:C:2013:866, т. 323 и цитираната съдебна практика).

282 Съдът освен това отбелязва, че това право на преценка на Общия съд е в съответствие с основното право на справедлив съдебен процес, и по-специално с член 6, параграф 3, буква г) от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (ЕКПЧ). Всъщност от практиката на Съда следва, че последната разпоредба не признава на обвиняемия абсолютно право да му се осигурява явяване на свидетели пред съответния съд и че по принцип съдът трябва да се произнесе по необходимостта или по уместността да се призове свидетел. Член 6, параграф 3 от ЕКПЧ не изисква призоваването на всеки свидетел, а цели пълно равенство на процесуалните възможности, гарантиращо, че в своята цялост производството по спора е осигурило на обвиняемия подходяща и достатъчна възможност да оспори лежащите върху него подозрения (вж. решение Siemens/Комисия, т. 281 по-горе, EU:C:2013:866, т. 324 и 325 и цитираната съдебна практика).

283 В това отношение Общият съд вече е приел, че искането на предприятие жалбоподател за изслушване на свидетели не може да се уважи, ако изявленията, които то иска да получи чрез даването на такива свидетелски показания пред Общия съд, вече са били направени пред Комисията и са били счетени за неподкрепени с писмени доказателства и дори противоречащи на някои от събраните по случая доказателства (вж. в този смисъл решение от 13 юли 2011 г., ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Комисия, T-144/07, T-147/07—T-150/07 и T-154/07, Сб., EU:T:2011:364, т. 152 и 154).

284 Освен това е важно да се отбележи, че искане Общият съд да допълни данните, с които разполага, е неотносимо, когато смисълът на решението на Общия съд няма да бъде променен, дори ако той уважи такова искане (вж. в този смисъл определение Thomson Sales Europe/Комисия, т. 280 по-горе, EU:C:2010:338, т. 141).

285 Ако Общият може надлежно да се произнесе въз основа на заключенията, основанията и доводите, изложени в хода на писмената и на устната фаза на производството, както и с оглед на представените документи, направеното от жалбоподателя искане за изслушване на свидетел трябва да се отхвърли, без да е необходимо Общия съд да обосновава с конкретни мотиви преценката си за безполезността да се събират допълнителни доказателства (вж. в този смисъл определение от 15 септември 2005 г., Marlines/Комисия, C-112/04 P, EU:C:2005:554, т. 39 и решение от 9 септември 2009 г., Clearstream/Комисия, T-301/04, Сб., EU:T:2009:317, т. 218).

286 Макар да е вярно, че страна няма право да изисква от съда на Съюза да разпорежда процесуално-организационно действие или мярка по събиране на доказателства, същевременно съдът не може да извежда последици от липсата на определена информация в материалите по делото, докато не изчерпи средствата, предвидени в процедурния правилник на юрисдикцията, за да получи тази информация от съответната страна (вж. определение от 8 октомври 2013 г., Michail/Комисия, T-597/11 P, СбПС, EU:T:2013:542, т. 40 и цитираната съдебна практика).

287 В разглеждания случай, тъй като декларацията на г-жа M. R. S. S. N. относно фактите, които тя знаела, вече се съдържа в материалите по делото, направеното от жалбоподателя искане за изслушване на свидетели не може да се уважи.

288 В това отношение, както вече бе посочено в точка 283 по-горе, трябва да се припомни, че Общият съд е приел, че искането на предприятие жалбоподател за изслушване на свидетели не може да се уважи, ако изявленията, които то иска да получи чрез даването на такива свидетелски показания пред Общия съд, вече са били направени пред Комисията и са били счетени за неподкрепени с писмени доказателства и дори противоречащи на някои от събраните по случая доказателства.

289 В разглеждания случай, както вече бе отбелязано в точки 149 и 150 по-горе, трябва да се припомни, че Комисията посочва, че е взела предвид въпросната декларация и я е оценила в съответствие с принципите, приложими за извършването на преценка на доказателствата.

Комисията съответно отчита обстоятелството, че декларацията е била направена от лице, което може да има пряк интерес в делото (съображение 122 от обжалваното решение), и внимателно оценява това доказателство спрямо другите налични доказателства (съображения 121, 124 и 308 от обжалваното решение). В нито един момент Комисията не подлага на съмнение факта, че направилото декларацията лице действително се е изразило по отразения в нея начин.

290 При това положение искането да се разпореди изслушване пред Общия съд на лицето, направило тази декларация, трябва да се отхвърли, тъй като съдържащите се в материалите по делото доказателства са достатъчни, за да може Общият съд да се произнесе по аудиоконференциите от октомври 2010 г. (вж. в този смисъл решение ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Комисия, т. 283 по-горе, EU:T:2011:364, т. 152 и 154; вж. също, в този смисъл и по аналогия, решение от 7 октомври 2004 г., Mag Instrument/СХВП, C-136/02 P, Rec, EU:C:2004:592, т. 77).

291 Това заключение не може да се оспори с твърдението на жалбоподателя, че съгласно принципа на близост или непосредственост изслушването на свидетели от Общия съд има неоспорима добавена стойност спрямо вземането предвид на писмено направена декларация. Всъщност, доколкото съдържанието на декларацията не се оспорва и доколкото става въпрос само за възприемането на това доказателство спрямо всички доказателства, с изтъкнатите от жалбоподателя в съдебното заседание доводи не може да се оспори констатацията, че изслушването на направилото въпросната декларация лице пред Общия съд е излишно.

292 От гореизложените съображения следва, че искането за изслушване на свидетели трябва да се отхвърли.

293 От гореизложените съображения следва, че доводите на жалбоподателя във връзка с продажбите, взети предвид за целите на изчисляването на глобата, трябва да бъдат уважени частично, доколкото, за да определи стойността на продажбите на жалбоподателя, която трябва да се вземе предвид за изчисляването на размера на глобата, Комисията е трябвало да анализира доводите на жалбоподателя, с които той е искал да докаже липсата на потенциална конкуренция между Telefónica и PT по отношение на определени услуги. Съответно член 2 от обжалваното решение трябва да бъде отменен единствено в частта, в която размерът на глобата се определя въз основа на използваната от Комисията стойност на продажбите, а в останалата ѝ част жалбата трябва да се отхвърли.

По съдебните разноски

294 Съгласно член 134, параграф 3 от Процедурния правилник на Общия съд, ако всяка от страните е загубила съответно по едно или няколко от предявените основания, то всяка страна понася направените от нея съдебни разноски. Общият съд обаче може да реши една от страните да понесе, наред с направените от нея съдебни разноски, и част от съдебните разноски на другата страна, ако обстоятелствата по делото оправдават това.

295 Тъй като жалбата е уважена само частично, предвид обстоятелствата по делото е справедливо жалбоподателят да понесе три четвърти от направените от него съдебни разноски и една четвърт от съдебните разноски на Комисията. Комисията понася три четвърти от направените от нея съдебни разноски и една четвърт от тези на жалбоподателя.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (втори състав)

реши:

1) Отменя член 2 от Решение C (2013) 306 окончателен на Комисията от 23 януари 2013 година относно производство по член 101 ДФЕС (преписка COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) в частта, в която размерът на наложена на Portugal Telecom SGPS, SA глоба се определя на 12 290 000 EUR, доколкото този размер е определен въз основа на използваната от Европейската комисия стойност на продажбите.

2) Отхвърля жалбата в останалата ѝ част.

3) Portugal Telecom SGPS понася три четвърти от направените от него съдебни разноски и една четвърт от съдебните разноски на Комисията. Комисията понася три четвърти от направените от нея съдебни разноски и една четвърт от тези на Portugal Telecom SGPS.

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 28 юни 2016 година.

Подписи

Съдържание

Обстоятелства, предхождащи спора 1

А – Представяне на PT и Telefynica 2

Б – Преговори и подписване на споразумението 3

В – Факти, настъпили след сключването на споразумението 6

Г – Производство пред Комисията 7

Обжалваното решение 7

Производство и искания на страните 11

От правна страна 11

А – По допустимостта 11

Б – По съществото на спора 13

1. По исканията за отмяна на обжалваното решение 13

а) По основанието, изведено от нарушаване на съществени процесуални правила 13

б) По основанието, изведено от нарушаване на член 101 ДФЕС и на правната уредба по неговото прилагане 14

Предварителни бележки 15

По твърдението, че клаузата била свързана с опцията за изкупуване или с подаването на оставка от определените от Telefynica членове на съвета на директорите на PT 15

По твърдението, че клаузата съдържа задължение за самооценка 20

По твърдението за нарушаване на член 101 ДФЕС, тъй като условията за потенциална конкуренция не били анализирани 28

По твърденията за липса на последици 33

2. По исканията във връзка с размера на глобата 34

а) Предварителни бележки 34

По принципите относно изчисляването на глобите 34

Обжалваното решение 37

б) По продажбите, които са взети предвид за целите на изчисляването на глобата ... 39

По мотивите 39

По същество 40

– По продажбите, съответстващи на дейности, при което не може да има конкуренция 40

– По продажбите, съответстващи на съществуващи преди това дейности 45

– По продажбите, съответстващи на реализирани извън Иберийския полуостров дейности 46

в) По продължителността на нарушението 47

г) По спазването на принципа на пропорционалност 48

3. По искането за изслушване на свидетели 49

По съдебните разноски 51