ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (δεύτερο τμήμα)

της 28ης Ιουνίου 2016*

«Ανταγωνισμός — Συμπράξεις — Πορτογαλική και ισπανική αγορά τηλεπικοινωνιών — Ρήτρα περί μη ανταγωνισμού στην ιβηρική αγορά, η οποία έχει περιληφθεί στη σύμβαση για την απόκτηση εκ μέρους της Telefónica του μεριδίου που κατείχε η Portugal Telecom στον βραζιλιάνικο πάροχο κινητής τηλεφωνίας Vivo — Επιφύλαξη "στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο" — Υποχρέωση αιτιολογήσεως — Ως εκ του αντικειμένου παράβαση — Παρεπόμενος περιορισμός — Δυνητικός ανταγωνισμός — Ως εκ του αποτελέσματος παράβαση — Υπολογισμός του ύψους του προστίμου — Αίτηση εξετάσεως μαρτύρων»

Στην υπόθεση T-208/13,

Portugal Telecom SGPS, SA, με έδρα τη Λισσαβώνα (Πορτογαλία), εκπροσωπούμενη από τους N. Mimoso Ruiz και R. Bordalo Junqueiro, δικηγόρους,

προσφεύγουσα,

κατά

Ευρωπαϊκής Επιτροπής, εκπροσωπούμενης αρχικά από τους C. Giolito, C. Urraca Caviedes και Τ. Χριστοφόρου, στη συνέχεια από τους C. Giolito, C. Urraca Caviedes και την P. Costa de Oliveira, επικουρούμενους από τον M. Marques Mendes, δικηγόρο,

καθής,

με αντικείμενο αίτημα ακυρώσεως της αποφάσεως C(2013) 306 final της Επιτροπής, της 23 Ιανουαρίου 2013, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (υπόθεση COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom), και, επικουρικά, αίτημα μειώσεως του προστίμου,

ΤΟ ΓΕΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (δεύτερο τμήμα),

συγκείμενο από τους E. Martins Ribeiro (εισηγήτρια), πρόεδρο, S. Gervasoni και L. Madise, δικαστές,

γραμματέας: J. Palacio González, κύριος υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 22ας Μαΐου 2015,

εκδίδει την ακόλουθη

* Γλώσσα διαδικασίας: η πορτογαλική.

Απόφαση

Ιστορικό της διαφοράς

1 Η υπό κρίση διαφορά, η οποία αφορά την απόφαση C(2013) 306 final της Επιτροπής, της 23ης Ιανουαρίου 2013, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (υπόθεση COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (στο εξής: προσβαλλόμενη απόφαση), προκλήθηκε από ρήτρα (στο εξής: ρήτρα) που είχε περιληφθεί στο άρθρο 9 της συμφωνίας αγοράς μετοχών (στο εξής: συμφωνία) η οποία υπεγράφη μεταξύ της Telefónica, SA (στο εξής: Telefónica) και της προσφεύγουσας, Portugal Telecom SGPS, SA (στο εξής: PT), στις 28 Ιουλίου 2010, με αντικείμενο τον αποκλειστικό έλεγχο από την Telefónica του βραζιλιάνικου φορέα κινητής τηλεφωνίας Vivo Participações, SA (στο εξής: Vivo). Η ρήτρα αυτή έχει ως εξής (αιτιολογική σκέψη 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως):

«Εννέα – Μη άσκηση ανταγωνισμού

Στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο, κάθε συμβαλλόμενος θα απέχει από τη συμμετοχή ή την επένδυση, άμεσα ή έμμεσα μέσω θυγατρικής, σε κάθε έργο που αφορά τον τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά για διάστημα από την ημερομηνία [περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010] έως τις 31 Δεκεμβρίου 2011.»

2 Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκρινε, όπως είχε διαπιστώσει και στο προκαταρκτικό της συμπέρασμα στην από 21 Οκτωβρίου 2011 ανακοίνωση αιτιάσεων, ότι, βάσει της ρήτρας και των περιστάσεων (του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσεται η υπόθεση και της συμπεριφοράς των μερών), η ρήτρα αυτή ισοδυναμούσε με συμφωνία κατανομής των αγορών με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά, κατά παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (αιτιολογικές σκέψεις 2 και 434 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

Α – *Παρουσίαση της PT και της Telefónica*

3 Ο όμιλος Portugal Telecom δημιουργήθηκε το 1994 μετά από συγχώνευση τριών δημόσιων εταιριών και ιδιωτικοποιήθηκε σε πέντε στάδια από το 1995 έως το 2000. Μετά το πέμπτο και τελευταίο στάδιο της ιδιωτικοποιήσεως, το 2000, το Πορτογαλικό Δημόσιο κατείχε 500 μετοχές κατηγορίας Α (στο εξής: προνομιούχες μετοχές) οι οποίες του έδιναν ορισμένα ειδικά δικαιώματα, όπως το δικαίωμα αρνησικυρίας για τροποποιήσεις του καταστατικού και λοιπές σημαντικές αποφάσεις. Στις 12 Δεκεμβρίου 2000 η Portugal Telecom, SA απέκτησε δομή εταιρίας χαρτοφυλακίου και την επωνυμία PT (αιτιολογικές σκέψεις 21, 22 και 23 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

4 Η PT είναι ο σημαντικότερος φορέας τηλεπικοινωνιών στην Πορτογαλία και διατηρεί στρατηγική παρουσία και σε άλλες χώρες, ιδίως στη Βραζιλία και την υποσαχάρια Αφρική. Στη Βραζιλία το σημαντικότερο τμήμα του ενεργητικού της PT ήταν το 50 % των μετοχών της κοινής επιχειρήσεως που ήλεγχε τη Vivo μέχρι την εξαγορά της από την Telefónica. Μετά την παύση της συμμετοχής της στη Vivo, στις 28 Ιουλίου 2010, η PT συνήψε συμφωνία στρατηγικής εταιρικής σχέσεως με την Oi, έναν από τους βασικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών στη Βραζιλία (αιτιολογικές σκέψεις 24 και 25 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

5 Η PT μεταβίβασε τη συμμετοχή της στην Telefónica, ύψους 0,20 %, το 2010 και δεν έχει στον έλεγχό της καμία ισπανική εταιρία. Παρέχει υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών σε πελάτες της πολυεθνικές πορτογαλικές εταιρίες που λειτουργούν στην ισπανική αγορά χρησιμοποιώντας τα δίκτυα άλλων εταιριών και, ιδίως, της Telefónica (αιτιολογικές σκέψεις 27, 28 και 233 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

6 Η Telefónica είναι το τέως κρατικό μονοπώλιο τηλεπικοινωνιών της Ισπανίας, το οποίο ιδιωτικοποιήθηκε πλήρως το 1997, και ο σημαντικότερος φορέας τηλεπικοινωνιών στην Ισπανία. Η Telefónica απέκτησε διεθνή παρουσία σε πολλές χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, της Λατινικής Αμερικής και της Αφρικής και αποτελεί έναν από τους μεγαλύτερους ευρωπαϊκούς ομίλους τηλεπικοινωνιών (αιτιολογικές σκέψεις 12 και 16 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

7 Κατά τον χρόνο εκδόσεως της αποφάσεως που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας διαφοράς η Telefónica κατείχε το 2 % του κεφαλαίου της PT. Κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών που αποτελούν το αντικείμενο της εν λόγω αποφάσεως η Telefónica κατείχε μειοψηφική συμμετοχή στη Zon Multimedia (στο εξής: Zon), ανταγωνίστρια της PT που δραστηριοποιείται στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, η οποία προέκυψε ως αποτέλεσμα της αποχωρήσεως, τον Νοέμβριο του 2007, της PT Multimedia από τη μητρική της, PT. Πέρα από τη συμμετοχή της σε πορτογαλικές εταιρίες, η Telefónica ανέπτυξε άμεση παρουσία στην Πορτογαλία με δύο από τις θυγατρικές της και το υποκατάστημα μίας εξ αυτών στην Πορτογαλία (αιτιολογικές σκέψεις 18 έως 20 και 215 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

8 Επίσης, η Telefónica όριζε ένα ή δύο, ανάλογα με τη σχετική ημερομηνία, από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της PT. Κατά τον χρόνο περατώσεως της συναλλαγής για την εξαγορά της Vivo, ήτοι στις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (βλ. σκέψη 25 ανωτέρω) η Telefónica είχε ορίσει δύο από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της PT (υποσημείωση 67 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

Β – *Οι διαπραγματεύσεις και η σύναψη της συμφωνίας*

9 Η Vivo είναι ένας από τους κύριους φορείς κινητών τηλεπικοινωνιών στη Βραζιλία. Κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας, στις 28 Ιουλίου 2010, η Vivo τελούσε υπό τον κοινό έλεγχο της Telefónica και της PT μέσω της Brasilcel NV (στο εξής: Brasilcel), εταιρίας επενδύσεων με έδρα στις Κάτω Χώρες (αιτιολογική σκέψη 33 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

10 Στις 6 Μαΐου 2010 η Telefónica προέβη σε δημόσια προσφορά επιθετικής εξαγοράς ύψους 5,7 δισεκατομμυρίων ευρώ για τη συμμετοχή της PT στη Brasilcel, που ανερχόταν στο 50 %. Η προσφορά αυτή προέβλεπε ότι «δεν θα επιβληθεί από την Telefónica στην Portugal Telecom καμία ρήτρα μη ανταγωνισμού ή μη προσέλκυσης». Η πρώτη αυτή προσφορά απερρίφθη ομόφωνα από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της PT (αιτιολογικές σκέψεις 35 και 36 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

11 Την 1η Ιουνίου 2010, στις 02:53, αφού είχε προηγηθεί σύσκεψη μεταξύ των μερών στις 31 Μαΐου 2010, η PT απέστειλε στην Telefónica μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με προσχέδιο δεύτερης προσφοράς για την εξαγορά της συμμετοχής της στη Vivo. Η ρήτρα περιελήφθη για πρώτη φορά στο προσχέδιο αυτό (αιτιολογική σκέψη 38 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

12 Στο πρώτο προσχέδιο της ρήτρας η ρήτρα είχε ως εξής (αιτιολογική σκέψη 39 της προσβαλλομένης αποφάσεως):

«Μη άσκηση ανταγωνισμού

Κάθε συμβαλλόμενος θα απέχει από τη συμμετοχή ή την επένδυση, άμεσα ή έμμεσα μέσω θυγατρικής, σε κάθε έργο που αφορά τον τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον

έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά για διάστημα από την ημερομηνία αποδοχής της προσφοράς έως i) την 31η Δεκεμβρίου 2011 ή ii) την ημερομηνία πραγματικής μεταβιβάσεως του τελευταίου τμήματος των μετοχών τύπου Β.»

13 Η Telefónica, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που απέστειλε στην PT την 1η Ιουνίου 2010 στις 12:21, πρότεινε να τροποποιηθεί η ρήτρα με την προσθήκη της φράσεως «εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας», ώστε να αποκλεισθούν από το πεδίο εφαρμογής της συμφωνίας υφιστάμενες δραστηριότητες κάθε μέρους στην εθνική αγορά του άλλου. Η τροποποίηση αυτή ενσωματώθηκε στη δεύτερη προσφορά, της 1ης Ιουνίου 2010 (αιτιολογική σκέψη 40 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

14 Η δεύτερη προσφορά, πέρα από το πρώτο προσχέδιο της ρήτρας, προέβλεπε αύξηση του τιμήματος στα 6,5 δισεκατομμύρια ευρώ, δικαίωμα εξαγοράς υπέρ της PT, βάσει του οποίου η PT μπορούσε να εξαγοράσει όσες μετοχές της κατείχε η Telefónica, και δέσμευση της Telefónica να αγοράσει τις μετοχές που κατείχε η PT στην εταιρία Dedic SA, βραζιλιάνικο φορέα διαχειρίσεως τηλεφωνικών κέντρων. Επίσης, στη δεύτερη προσφορά εξακολουθούσε να προβλέπεται η δέσμευση της Telefónica να μην επιβάλει «στην Portugal Telecom καμία ρήτρα μη ανταγωνισμού ή μη προσέλκυσης», δέσμευση η οποία περιλαμβανόταν ήδη στην πρώτη προσφορά (αιτιολογικές σκέψεις 41 και 42 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

15 Το απόγευμα της 1ης Ιουνίου 2010 το διοικητικό συμβούλιο της PT ανακοίνωσε ότι θεωρούσε ότι η δεύτερη προσφορά της Telefónica δεν ανταποκρινόταν στην πραγματική αξία της Vivo. Αποφάσισε, όμως, να υποβάλει το ζήτημα στη γενική συνέλευση της εταιρίας, της 30ής Ιουνίου 2010 (αιτιολογική σκέψη 45 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

16 Η δεύτερη προσφορά δημοσιοποιήθηκε από τα μέρη με την ανάρτησή της στον διαδικτυακό τόπο του κάθε μέρους και με την κοινοποίησή της στις χρηματιστηριακές αρχές της Ισπανίας και της Πορτογαλίας. Επιπλέον, το περιεχόμενο της ρήτρας που προστέθηκε στη δεύτερη προσφορά δημοσιοποιήθηκε επίσης σε φυλλάδιο που μοιράστηκε στις 9 Ιουνίου 2010 από το διοικητικό συμβούλιο της PT στους μετόχους της εταιρίας στο πλαίσιο της προετοιμασίας της γενικής συνέλευσης των μετόχων που είχε προγραμματισθεί για τις 30 Ιουνίου 2010 (αιτιολογικές σκέψεις 128 και 129 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

17 Στις 29 Ιουνίου 2010 η Telefónica παρουσίασε τρίτη προσφορά ύψους 7,15 δισεκατομμυρίων ευρώ, η οποία περιλάμβανε τους ίδιους όρους και τις ίδιες προϋποθέσεις με τη δεύτερη προσφορά (αιτιολογική σκέψη 46 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

18 Στις 30 Ιουνίου 2010 η τακτική γενική συνέλευση της PT ενέκρινε την τρίτη προσφορά της Telefónica. Η Πορτογαλική Κυβέρνηση άσκησε, όμως, το δικαίωμα που της έδιναν οι προνομιούχες μετοχές της PT τις οποίες κατείχε (βλ. σκέψη 3 ανωτέρω) για να εμποδίσει τη συναλλαγή και η Telefónica παρέτεινε την τρίτη προσφορά μέχρι τις 16 Ιουλίου 2010 (αιτιολογικές σκέψεις 47 και 48 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

19 Το Δικαστήριο, στην απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (C-171/08, Συλλογή, EU:C:2010:412), έκρινε ότι, διατηρώντας στην PT ειδικά δικαιώματα όπως αυτά που προβλέπει το καταστατικό της PT υπέρ του Δημοσίου και άλλων δημόσιων φορέων, τα οποία απορρέουν από προνομιούχες μετοχές του Δημοσίου στην PT, η Πορτογαλική Δημοκρατία παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 56 ΕΚ (αιτιολογική σκέψη 50 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

20 Στις 16 Ιουλίου 2010 η PT ζήτησε από την Telefónica να παρατείνει την προσφορά της μέχρι τις 28 Ιουλίου 2010, αλλά η Telefónica δεν έκανε δεκτό το αίτημα αυτό και η προσφορά έπαυσε να ισχύει (αιτιολογική σκέψη 51 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

21 Στις 27 Ιουλίου 2010 πραγματοποιήθηκε νέα σύσκεψη μεταξύ της PT και της Telefónica και η Telefónica πρότεινε στην PT, αφενός, να προστεθεί στην αρχή της ρήτρας η έκφραση «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο» και, αφετέρου, να οριστεί ότι η διάρκεια ισχύος της ρήτρας εκτείνεται από «την ημερομηνία [περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010] έως τις 31 Δεκεμβρίου 2011» (αιτιολογικές σκέψεις 52 και 53 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

22 Στις 28 Ιουλίου 2010 συνήφθη συμφωνία μεταξύ της Telefónica και της PT, βάσει της οποίας ο αποκλειστικός έλεγχος της Vivo περιερχόταν στην Telefónica, με την απόκτηση του 50 % του κεφαλαίου της Brasilcel, έναντι τιμήματος 7,5 δισεκατομμυρίων ευρώ (αιτιολογική σκέψη 54 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

23 Στο άρθρο 9 της συμφωνίας αυτής περιλαμβανόταν η ακόλουθη ρήτρα (αιτιολογική σκέψη 55 της προσβαλλομένης αποφάσεως):

«Εννέα – Μη άσκηση ανταγωνισμού

Στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο, κάθε συμβαλλόμενος θα απέχει από τη συμμετοχή ή την επένδυση, άμεσα ή έμμεσα μέσω θυγατρικής, σε κάθε έργο που αφορά τον τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά για διάστημα από την ημερομηνία [περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010] έως τις 31 Δεκεμβρίου 2011.»

24 Σε αντίθεση με τη δεύτερη προσφορά (σκέψη 14 ανωτέρω) η συμφωνία δεν προέβλεπε πλέον υπέρ της PT δικαίωμα εξαγοράς, βάσει του οποίου η PT θα μπορούσε να εξαγοράσει όσες μετοχές της κατείχε η Telefónica. Αντιθέτως, η συμφωνία προέβλεπε, μεταξύ άλλων, πρώτον, την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT τα οποία είχαν οριστεί από την Telefónica (άρθρο 3, παράγραφος 6, της συμφωνίας), δεύτερον, πρόγραμμα εταιρικής συνεργασίας μεταξύ των δύο επιχειρήσεων (άρθρο 6 της συμφωνίας) υπό την επιφύλαξη ότι αυτές δεν τελούν σε ανταγωνιστική σχέση στη Βραζιλία (άρθρο 7 της συμφωνίας) και, τρίτον, την πιθανή απόκτηση από την Telefónica της βραζιλιάνικης εταιρίας Dedic, η οποία εξειδικεύεται στην παροχή υπηρεσιών τηλεφωνικών κέντρων (άρθρο 10 της συμφωνίας) (αιτιολογικές σκέψεις 56 έως 61 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

25 Η περάτωση της συναλλαγής πραγματοποιήθηκε στις 27 Σεπτεμβρίου 2010, με «συμβολαιογραφική πράξη μεταβιβάσεως των μετοχών» και «συμβολαιογραφική βεβαιωτική πράξη» (αιτιολογική σκέψη 63 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

26 Κατά την ημερομηνία υπογραφής της συμφωνίας, στις 28 Ιουλίου 2010, η PT ανακοίνωσε, επίσης, ότι την ίδια ημερομηνία συνήψε πρωτόκολλο με το οποίο ρυθμίζονταν οι κανόνες εφαρμογές στρατηγικής συνεργασίας με την Oi (βλ. σκέψη 4 ανωτέρω) και ότι προσδοκούσε να αποκτήσει το 22,38 % των μετοχών του ομίλου Oi προκειμένου να διαδραματίσει σημαντικό ρόλο στη διοίκηση του ομίλου αυτού (αιτιολογική σκέψη 62 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

27 Η συναλλαγή που αφορούσε τη Vivo κοινοποιήθηκε, στις 29 Ιουλίου και στις 18 Αυγούστου 2010, στην Agência National de Telecommunicações (Anatel, ρυθμιστική αρχή τηλεπικοινωνιών της Βραζιλίας) και στο Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, αρχή ανταγωνισμού της Βραζιλίας) και, σε άρθρο που δημοσιεύτηκε στον Τύπο στις 23 Αυγούστου 2010, η Telefónica επιβεβαίωσε ότι η συμφωνία περιλάμβανε ρήτρα μη ανταγωνισμού (αιτιολογικές σκέψεις 103, 130 και 491 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

Γ – *Γεγονότα μεταγενέστερα της συνάψεως της συμφωνίας*

28 Στις 26 και στις 29 Οκτωβρίου 2010 πραγματοποιήθηκαν δύο τηλεφωνικές συνομιλίες μεταξύ της Telefónica και της PT (αιτιολογικές σκέψεις 113 και 124 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

29 Στις 4 Φεβρουαρίου 2011, μετά την κίνηση της διαδικασίας εκ μέρους της Επιτροπής στις 19 Ιανουαρίου 2011 (βλ. σκέψη 31 κατωτέρω), η Telefónica και η PT υπέγραψαν συμφωνία για την κατάργηση της ρήτρας (αιτιολογική σκέψη 125 της προσβαλλομένης αποφάσεως), η οποία είχε ως εξής:

«Προοίμιο:

Επειδή η [PT] και η Telefónica συνήψαν στις 28 Ιουνίου 2010 συμφωνία (στο εξής: συμφωνία) σχετικά με την πώληση από την [PT] προς την Telefónica του 50 % (πενήντα) τοις εκατό του κεφαλαίου της ολλανδικής εταιρίας [Brasilcel] (στο εξής: Brasilcel ή εταιρία).

Επειδή το άρθρο εννέα της συμφωνίας περιλάμβανε ρήτρα περί μη ανταγωνισμού, βάσει της οποίας κάθε συμβαλλόμενο μέρος [αναλάμβανε] την υποχρέωση, στο μέτρο που επιτρέπεται από το νόμο, να μην ανταγωνίζεται το άλλο συμβαλλόμενο μέρος στην ιβηρική αγορά, από την ημερομηνία περατώσεως της συναλλαγής (όπως αυτή προσδιορίζεται στη συμφωνία) και μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου 2011.

Επειδή τα μέρη είχαν προβλέψει το άρθρο εννέα της συμφωνίας στο πλαίσιο πιθανής εξαγοράς, από την PT, των μετοχών της PT που κατείχε η Telefónica και το άρθρο αυτό διατηρήθηκε στη συμφωνία υπό την επιφύλαξη της συμβατότητάς του με τον νόμο, παρότι τελικά εγκαταλείφθηκε η εν λόγω δυνατότητα εξαγοράς.

Επειδή τα μέρη επιθυμούν να επιβεβαιώσουν και εγγράφως το ότι το ανωτέρω άρθρο εννέα δεν εφαρμόζεται, ότι δεν εφαρμόσθηκε ποτέ και ότι, κατά συνέπεια, δεν έχει ασκήσει καμία επιρροή στις εμπορικές αποφάσεις των δύο συμβαλλομένων.

Επειδή η Telefónica και η PT ενημερώθηκαν, στις 24 Ιανουαρίου και στις 21 Ιανουαρίου 2011 αντιστοίχως, ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κίνησε σε βάρος τους επίσημη διαδικασία η οποία αφορά το ανωτέρω άρθρο εννέα.

Βάσει των ανωτέρω τα μέρη συμφωνούν τα εξής:

Άρθρο 1. Τροποποίηση της συμφωνίας και ανάκληση δικαιωμάτων

Η συμφωνία τροποποιείται και το άρθρο εννέα καταργείται στο σύνολό του. Το άρθρο αυτό θεωρείται ως μηδέποτε ισχύσαν.

Τα μέρη συμφωνούν οριστικά και αμετάκλητα ότι στο άρθρο εννέα δεν μπορεί να θεμελιωθεί ούτε δικαίωμα ούτε υποχρέωση των μερών ή τρίτων.

Άρθρο 2. Εφαρμοστέο δίκαιο

Η παρούσα συμφωνία και κάθε διαφωνία ως προς την εφαρμογή της και ως προς κάθε συνέπεια που απορρέει από παραβίαση των διατάξεών της διέπεται από το πορτογαλικό δίκαιο και ερμηνεύεται σύμφωνα με αυτό.»

Δ – *Διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής*

30 Η ρήτρα εντοπίσθηκε τον Σεπτέμβριο του 2010 από την ισπανική αρχή ανταγωνισμού, η οποία ενημέρωσε την πορτογαλική αρχή ανταγωνισμού και την Επιτροπή, και αποφασίσθηκε να ανατεθεί η έρευνα στην Επιτροπή (αιτιολογική σκέψη 3 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

31 Στις 19 Ιανουαρίου 2011 η Επιτροπή κίνησε διαδικασία κατά της Telefónica και της PT, κατ' εφαρμογήν των διατάξεων του άρθρου 11, παράγραφος 6, του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα [101 ΣΛΕΕ] και [102 ΣΛΕΕ] (ΕΕ 2003, L 1, σ. 1), και του άρθρου 2, παράγραφος 1, του κανονισμού (ΕΚ) 773/2004 της Επιτροπής, της 7ης Απριλίου 2004, σχετικά με τη διεξαγωγή από την Επιτροπή των διαδικασιών δυνάμει των άρθρων [101 ΣΛΕΕ] και [102 ΣΛΕΕ] (ΕΕ 2004, L 123, σ. 18) (αιτιολογική σκέψη 5 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

32 Στο πλαίσιο της έρευνας, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 18, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003, η Επιτροπή υπέβαλε αίτηση παροχής πληροφοριών στα μέρη στις 5 Ιανουαρίου, την 1η Απριλίου, στις 25 Μαΐου, στις 10 και στις 24 Ιουνίου 2011 και στις 5 Σεπτεμβρίου 2012, καθώς και σε ορισμένες από τις πολυεθνικές εταιρίες που ήταν πελάτες τους στις 20 Απριλίου 2011. Επίσης, πραγματοποιήθηκαν συναντήσεις με την PT, στις 17 Μαρτίου και στις 8 Σεπτεμβρίου 2011, καθώς και στις 27 Σεπτεμβρίου 2012, και με την Telefónica, στις 21 Μαρτίου και στις 7 Σεπτεμβρίου 2011, καθώς και στις 27 Σεπτεμβρίου 2012 (αιτιολογική σκέψη 6 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

33 Στις 21 Οκτωβρίου 2011 η Επιτροπή εξέδωσε ανακοίνωση αιτιάσεων, στις 4 Νοεμβρίου 2011 παρασχέθηκε στα μέρη πρόσβαση στον φάκελο και στις 7 Νοεμβρίου 2011 τα μέρη παρέλαβαν τα σχετικά έγγραφα. Στις 13 Ιανουαρίου 2012 η Telefónica και η PT απάντησαν στην ανακοίνωση αιτιάσεων, αλλά δεν ζήτησαν ακρόαση (αιτιολογικές σκέψεις 7, 8 και 9 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

34 Στις 23 Ιανουαρίου 2013 η Επιτροπή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση.

Προσβαλλομένη απόφαση

35 Η Επιτροπή επισήμανε ότι η υπόθεση για την οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση αφορούσε τη ρήτρα η οποία είχε περιληφθεί στη συμφωνία (σκέψεις 1, 22 και 23 ανωτέρω) (αιτιολογική σκέψη 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

36 Η Επιτροπή εξήγησε ότι στην ανακοίνωση αιτιάσεων είχε κρίνει ότι, βάσει της ρήτρας και των περιστάσεων (του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσεται η υπόθεση και της συμπεριφοράς των μερών), η ρήτρα ισοδυναμούσε με συμφωνία κατανομής των αγορών με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά, κατά παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, και ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση επιβεβαίωνε το συμπέρασμα αυτό (αιτιολογική σκέψη 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

37 Η Επιτροπή ανέλυσε, πρώτον, το ιστορικό των διαπραγματεύσεων μεταξύ των μερών που οδήγησαν στην εισαγωγή της ρήτρας στο τελικό κείμενο της συμφωνίας, τα πραγματικά περιστατικά που ακολούθησαν την υπογραφή της συμφωνίας (βλ. σκέψεις 10 έως 29 ανωτέρω) και τα επιχειρήματα που ανέπτυξαν τα μέρη ως προς το ιστορικό και τα πραγματικά περιστατικά (αιτιολογικές σκέψεις 29 έως 130 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

38 Δεύτερον, η Επιτροπή έκρινε, ως προς το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας και τις σχετικές αγορές, ότι, βάσει του γράμματος της ρήτρας (σκέψεις 1 και 23 ανωτέρω), η ρήτρα αυτή αφορούσε κάθε έργο σχετικά με υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, εφόσον ένα από τα δύο μέρη παρείχε ή θα μπορούσε να παράσχει τέτοιες υπηρεσίες. Κατά συνέπεια, και όπως προκύπτει από το γράμμα της

ρήτρας, η ρήτρα αυτή αφορούσε τις υπηρεσίες σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, καθώς και τις υπηρεσίες ραδιοτηλεοπτικής εκπομπής που θεωρούνται υπηρεσίες επικοινωνίας ακόμη και αν δεν μνημονεύονται στη ρήτρα. Αντιθέτως, η Επιτροπή διευκρίνισε ότι βάσει του γράμματος της ρήτρας, από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας εξαιρούνταν κάθε δραστηριότητα και επένδυση προγενέστερη της υπογραφής της συμφωνίας, ήτοι της 28ης Ιουλίου 2010 (αιτιολογικές σκέψεις 132 έως 136 και 185 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

39 Ως προς το ζήτημα αυτό η Επιτροπή επισήμανε ότι η παροχή παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και διεθνών υπηρεσιών φορητότητας χονδρικής εξαιρούνταν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας λόγω της παρουσίας κάθε μέρους στις αγορές των ανωτέρω υπηρεσιών στην Ιβηρική Χερσόνησο κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας (αιτιολογικές σκέψεις 173, 174, 184 και 185 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

40 Όσον αφορά τη γεωγραφική έκταση της ρήτρας, κατά την ερμηνεία της Επιτροπής η έκφραση «ιβηρική αγορά» αναφερόταν στην ισπανική και την πορτογαλική αγορά. Δεδομένων των εμπορικών δραστηριοτήτων των μερών, που χαρακτηρίζονταν από παρουσία στις περισσότερες από τις αγορές ηλεκτρονικών επικοινωνιών στη χώρα καταγωγής καθεμίας από αυτές και ισχνή ή και ανύπαρκτη παρουσία στη χώρα καταγωγής του άλλου μέρους (σκέψεις 3 έως 7 ανωτέρω), η Επιτροπή έκρινε ότι το γεωγραφικό πεδίο εφαρμογής της ρήτρας αφορούσε την Πορτογαλία, για την Telefónica, και την Ισπανία, για την PT (αιτιολογικές σκέψεις 137 έως 140 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

41 Κατά συνέπεια, η Επιτροπή έκρινε ότι η ρήτρα εφαρμοζόταν σε όλες τις αγορές παροχής υπηρεσιών ηλεκτρονικών τηλεπικοινωνιών και τηλεοπτικών υπηρεσιών στην Ισπανία και την Πορτογαλία, με την εξαίρεση των αγορών παροχής παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και διεθνών υπηρεσιών φορητότητας χονδρικής (αιτιολογική σκέψη 185 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

42 Τρίτον, κατά την Επιτροπή δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η ρήτρα αποτελεί συμφωνία υπό την έννοια του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, καθώς πρόκειται για γραπτή συμφωνία, που έχει συναφθεί μεταξύ των μερών και έχει υπογραφεί από αυτά, της οποίας η ύπαρξη δεν αμφισβητείται και η οποία, επιπλέον, αποτέλεσε το αντικείμενο συμβολαιογραφικής πράξεως, στο προοίμιο της οποίας αναφέρεται ότι στο παράρτημά της προσαρτάται αντίγραφο της συμφωνίας (αιτιολογική σκέψη 237 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

43 Πρώτον, βάσει της νομολογίας σχετικά με τους ως εκ του αντικειμένου περιορισμούς του ανταγωνισμού, η Επιτροπή έκρινε, αφού ανάλυσε τα επιχειρήματα των μερών, ότι η ρήτρα αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη του περιεχομένου της συμφωνίας, των σκοπών που επιδιώκει η ρήτρα, του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσεται, της πραγματικής διαγωγής και συμπεριφοράς των μερών και τέλος της προθέσεώς τους (αιτιολογικές σκέψεις 238 έως 242 και 243 έως 356 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

44 Η Επιτροπή κατέληξε, έτσι, στο συμπέρασμα, όσον αφορά το αντικείμενο της ρήτρας, ότι, βάσει του πεδίου εφαρμογής της, η ρήτρα απαγόρευε στην PT να διεισδύσει σε κάποια από τις ισπανικές αγορές τηλεπικοινωνιών και στην Telefónica να επεκτείνει την περιορισμένη της παρουσία στις πορτογαλικές αγορές τηλεπικοινωνιών, καθ' όλη τη διάρκεια εφαρμογής της ρήτρας, με αποτέλεσμα, αντί να ανταγωνίζονται μεταξύ τους και να συμπεριφέρονται σαν αντίπαλες εταιρίες, συμπεριφορά που αναμένεται υπό φυσιολογικές συνθήκες σε μια ανοιχτή αγορά όπου λειτουργεί ο ανταγωνισμός, η Telefónica και η PT συνεννοήθηκαν σκοπίμως, προκειμένου να αποκλείσουν και να περιορίσουν τον ανταγωνισμό στις αντίστοιχες αγορές, επομένως η ρήτρα αποτελεί συμφωνία κατανομής των αγορών (αιτιολογική σκέψη 353 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

45 Ως προς το τελευταίο αυτό ζήτημα, η Επιτροπή επισήμανε, ότι η ρήτρα μπορούσε, επιπλέον, να επιβραδύνει την ολοκλήρωση της αγοράς στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς η διαδικασία ολοκληρώσεως της αγοράς αυτής θα ζημιωνόταν σημαντικά αν παραδοσιακοί πάροχοι

όπως η Telefónica και η PT μπορούσαν να ενισχύσουν την ήδη πολύ ισχυρή τους θέση στην αγορά μετέχοντας σε πρακτικές συμπαιγνίας με αντικείμενο την προστασία των αγορών καταγωγής τους και την αποτροπή της εισόδου άλλων παρόχων στις αγορές αυτές (αιτιολογικές σκέψεις 354 και 355 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

46 Δεύτερον, η Επιτροπή, αφού υπενθύμισε ότι κατά τη νομολογία δεν απαιτείται να ληφθούν υπόψη συγκεκριμένα αποτελέσματα μιας συμφωνίας εφόσον αποδεικνύεται ότι η συμφωνία αυτή αποτελεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, κάτι που η ίδια θεωρούσε ότι συνέτρεχε εν προκειμένω, επισήμανε, πάντως, απαντώντας στα επιχειρήματα των μερών, ότι, καταρχάς, η ρήτρα είχε υιοθετηθεί από δύο ανταγωνιστές, με αποτέλεσμα να μπορεί να αναπτύξει αποτελέσματα περιοριστικά του ανταγωνισμού· ότι, ακόμη και αν θεωρούνταν ότι η ρήτρα δεν μπορεί να αναπτύξει αποτελέσματα, κάτι τέτοιο δεν θα μπορούσε να αποκλείσει τη δυνατότητα να θεωρηθεί ότι αυτή συνιστά ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, στο μέτρο που, αν μια συμφωνία είχε ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δεν έχει καμία σημασία για την ύπαρξη παραβάσεως αν η σύναψη της συμφωνίας ήταν προς το εμπορικό συμφέρον των συμβαλλομένων, και επομένως δεν ασκούσε καμία επιρροή το γεγονός ότι η ρήτρα με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού αποδείχθηκε ανίκανη να αναπτύξει αποτελέσματα προς το εμπορικό συμφέρον της Telefónica ή της PT· και ότι, τέλος, τα μέρη δεν απέδειξαν ότι είχαν αναπτύξει νέες δραστηριότητες στην Ισπανία ή στην Πορτογαλία που θα μπορούσαν να δείξουν ότι η ρήτρα δεν εφαρμόστηκε, στοιχείο που δεν αποδεικνύει αφεαυτού ότι η ρήτρα εφαρμόστηκε, αλλά αποτελεί πάντως ένδειξη περί αυτού (αιτιολογικές σκέψεις 240 και 357 έως 365 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

47 Η Επιτροπή έκρινε ότι δεν ήταν αναγκαίο εν προκειμένω να αποδειχθεί η ύπαρξη κάποιου αρνητικού αποτελέσματος για τον ανταγωνισμό, στο μέτρο που είχε αποδειχθεί το περιοριστικό του ανταγωνισμού αντικείμενο της ρήτρας, και ότι δεν υπήρχε, επομένως, λόγος να προβεί σε λεπτομερή εκτίμηση καθεμίας από τις επίμαχες αγορές τηλεπικοινωνιών και των αποτελεσμάτων της ρήτρας στις αγορές αυτές (αιτιολογική σκέψη 366 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

48 Τρίτον, η Επιτροπή επισήμανε ότι η ρήτρα δεν μπορούσε να αναλυθεί ως παρεπόμενος περιορισμός της συναλλαγής Vivo, καθώς η ρήτρα αφορούσε την ιβηρική αγορά ενώ η συναλλαγή Vivo αφορούσε πάροχο του οποίου η δραστηριότητα περιοριζόταν στη Βραζιλία, και ότι η ρήτρα δεν μπορούσε να θεωρηθεί αναγκαία για την υλοποίηση της πράξεως (αιτιολογικές σκέψεις 367 έως 433 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

49 Η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η ρήτρα επέβαλλε υποχρέωση μη ανταγωνισμού στα μέρη και αποτελούσε συμφωνία κατανομής των αγορών με σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά και ότι, ως εκ τούτου, παρέβαινε το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, δεδομένου του περιεχομένου της συμφωνίας (και, ιδίως, του γράμματος της ρήτρας, το οποίο καταλείπει ελάχιστες αμφιβολίες ως προς τη φύση της, έως καμία) καθώς και του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο αυτή εντασσόταν (παραδείγματος χάριν, τις αγορές ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίες είχαν απελευθερωθεί) και της διαγωγής και της πραγματικής συμπεριφοράς των μερών (ειδικότερα, της λύσεως της ρήτρας με δική τους πρωτοβουλία μόλις στις 4 Φεβρουαρίου 2011, μετά την κίνηση της διαδικασίας εκ μέρους της Επιτροπής στις 19 Ιανουαρίου 2011, και όχι μετά τις τηλεφωνικές συνομιλίες του Οκτωβρίου του 2010, σε αντίθεση προς όσα υποστήριξαν τα μέρη) (αιτιολογική σκέψη 434 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

50 Τέταρτον, η Επιτροπή διευκρίνισε ότι η ρήτρα δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του άρθρου 101, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ (αιτιολογικές σκέψεις 436 έως 446 της προσβαλλομένης αποφάσεως) και ότι μπορούσε να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών (αιτιολογικές σκέψεις 447 έως 453 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

51 Πέμπτον, όσον αφορά τη διάρκεια της παραβάσεως, η Επιτροπή έκρινε ότι η παράβαση διήρκεσε από την ημερομηνία περατώσεως της συναλλαγής, ήτοι τις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (βλ. σκέψη 25 ανωτέρω) έως την ημερομηνία κατά την οποία καταργήθηκε η ρήτρα, ήτοι τις 4 Φεβρουαρίου 2011 (βλ. σκέψη 29 ανωτέρω) (αιτιολογικές σκέψεις 454 έως 465 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

52 Έκτον, όσον αφορά τον υπολογισμό του ύψους των προστίμων, η Επιτροπή εφάρμοσε στην προσβαλλόμενη απόφαση τις διατάξεις των κατευθυντήριων γραμμών για τη μέθοδο υπολογισμού των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογήν του άρθρου 23 παράγραφος 2, σημείο α', του κανονισμού 1/2003 (ΕΕ 2006, C 210, σ. 2, στο εξής: κατευθυντήριες γραμμές).

53 Για τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου η Επιτροπή έλαβε υπόψη την αξία των πωλήσεων των υπηρεσιών που ενέπιπταν στη ρήτρα, όπως προσδιορίστηκαν στο τμήμα 5 της προσβαλλομένης αποφάσεως (βλ. σκέψεις 38 έως 40 ανωτέρω) και, ειδικότερα, για κάθε μέρος έλαβε υπόψη μόνο την αξία των δικών του πωλήσεων στη χώρα καταγωγής του (αιτιολογικές σκέψεις 478 έως 483 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

54 Η Επιτροπή υπενθύμισε, επίσης, ότι, κατά κανόνα, λαμβάνει υπόψη τις πωλήσεις των επιχειρήσεων κατά τη διάρκεια του τελευταίου πλήρους έτους της συμμετοχής τους στην παράβαση, αλλά ότι, εν προκειμένω, η παράβαση διήρκεσε λιγότερο από έτος και πραγματοποιήθηκε μεταξύ 2010 και 2011. Έτσι η Επιτροπή έλαβε υπόψη τις πωλήσεις που είχαν πραγματοποιήσει οι επιχειρήσεις το 2011, οι οποίες ήταν μικρότερες από τις πωλήσεις που είχαν καταγράψει τα μέρη το 2010 (αιτιολογική σκέψη 484 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

55 Όσον αφορά τη σοβαρότητα της παραβάσεως, η οποία προσδιορίζει το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που πρέπει να ληφθεί υπόψη για τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου, η Επιτροπή υπενθύμισε ότι η παράβαση συνίστατο σε συμφωνία περί μη ανταγωνισμού και κατανομής των αγορών των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και τηλεοράσεως στην Ισπανία και την Πορτογαλία και ότι η Telefónica και η PT ήταν οι παραδοσιακοί πάροχοι στις αντίστοιχες χώρες. Επίσης, η Επιτροπή επισήμανε ότι λάμβανε υπόψη το γεγονός ότι τα μέρη δεν είχαν κρατήσει κρυφή τη ρήτρα (βλ. σκέψεις 16 και 27 ανωτέρω). Βάσει των ανωτέρω στοιχείων η Επιτροπή εκτίμησε ότι το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που έπρεπε να ληφθεί υπόψη ήταν το 2 % για τις δύο εμπλεκόμενες επιχειρήσεις (αιτιολογικές σκέψεις 489 έως 491 και 493 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

56 Όσον αφορά τη διάρκεια της παραβάσεως, η Επιτροπή έλαβε υπόψη ότι η παράβαση διήρκεσε από τις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (ημερομηνία της συμβολαιογραφικής βεβαιωτικής πράξεως και, άρα, της περατώσεως της συναλλαγής) έως τις 4 Φεβρουαρίου 2011 (ημερομηνία της συμφωνίας των μερών να τερματίσουν τη ρήτρα) (αιτιολογική σκέψη 492 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

57 Η Επιτροπή δεν διαπίστωσε καμία επιβαρυντική περίσταση και έκρινε ότι ο χρόνος καταργήσεως της ρήτρας, στις 4 Φεβρουαρίου 2011, αποτελούσε ελαφρυντική περίσταση, δεδομένου ότι είχαν μεσολαβήσει δεκαέξι μόλις ημέρες από την κίνηση της διαδικασίας και 30 ημέρες από την αποστολή προς τα μέρη του πρώτου αιτήματος παροχής πληροφοριών. Εξάλλου, λόγω του ότι η ρήτρα δεν ήταν κρυφή, η Επιτροπή έκρινε ότι το βασικό ποσό του προστίμου έπρεπε να μειωθεί κατά 20 % (αιτιολογικές σκέψεις 496, 500 και 501 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

58 Το τελικό ύψος του προστίμου ανήλθε σε 66 894 000 ευρώ για την Telefónica και σε 12 290 000 ευρώ για την PT (αιτιολογική σκέψη 512 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Η Επιτροπή διευκρίνισε ότι το ποσό αυτό δεν υπερέβαινε το 10 % του συνολικού κύκλου εργασιών καθεμίας από τις οικείες εταιρίες (αιτιολογικές σκέψεις 510 και 511 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

59 Το διατακτικό της προσβαλλομένης αποφάσεως έχει ως εξής:

«*Άρθρο 1*

[Η Telefónica] και η [PT] παρέβησαν το άρθρο 101 [ΣΛΕΕ] με τη συμμετοχή τους σε συμφωνία μη άσκησης ανταγωνισμού, που περιλαμβανόταν στο άρθρο εννέα της συμφωνίας που συνήφθη μεταξύ των εταιριών αυτών στις 28 Ιουλίου 2010.

Η παράβαση διήρκεσε από τις 27 Σεπτεμβρίου 2010 έως τις 4 Φεβρουαρίου 2011.

Άρθρο 2

Λόγω της παραβάσεως που διαπιστώνεται στο άρθρο 1 επιβάλλονται τα ακόλουθα πρόστιμα:

α) [Telefónica]: 66 894 000 ευρώ

β) [PT]: 12 290 000 ευρώ

[…]».

Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων

60 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Γενικού Δικαστηρίου στις 9 Απριλίου 2013, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή.

61 Κατόπιν προτάσεως της εισηγήτριας δικαστή, το Γενικό Δικαστήριο (δεύτερο τμήμα) αποφάσισε να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία και, στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας που προβλέπονται στο άρθρο 64 του Κανονισμού Διαδικασίας του Γενικού Δικαστηρίου της 2ας Μαΐου 1991, ζητήθηκε από τους διαδίκους η προσκόμιση εγγράφων. Οι διάδικοι συμμορφώθηκαν εμπροθέσμως προς το αίτημα αυτό.

62 Οι διάδικοι αγόρευσαν και απάντησαν στις προφορικές ερωτήσεις του Γενικού Δικαστηρίου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 22ας Μαΐου 2015.

63 Η προσφεύγουσα ζητεί από το Γενικό Δικαστήριο:

— να κρίνει ότι η προσφυγή ακυρώσεως ασκήθηκε νόμιμα και είναι παραδεκτή βάσει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ και στο πλαίσιο του άρθρου 264 ΣΛΕΕ·

— να ακυρώσει την προσβαλλόμενη απόφαση·

— επικουρικά, να μειώσει το πρόστιμο που της επιβλήθηκε δυνάμει του άρθρου 2 της αποφάσεως αυτής·

— να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

64 Η Επιτροπή ζητεί από το Γενικό Δικαστήριο:

— να κρίνει την προσφυγή απαράδεκτη·

— επικουρικά, να κρίνει ότι η προσφυγή είναι νόμω αβάσιμη και να διατηρηθεί η απόφαση ως έχει και το πρόστιμο στο ύψος στο οποίο επιβλήθηκε·

— να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

Σκεπτικό

Α – *Επί του παραδεκτού*

65 Προς στήριξη της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει τυπικά δύο λόγους ακυρώσεως, εκ των οποίων ο πρώτος στηρίζεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου, και συγκεκριμένα σε έλλειψη αιτιολογίας και ανεπάρκεια αποδείξεων, και ο δεύτερος σε παραβίαση της Συνθήκης και του δικαίου εφαρμογής της, στο μέτρο που η απόφαση πάσχει πρόδηλη πλάνη ως προς τα πραγματικά περιστατικά, πλάνη ως προς τις αποδείξεις και την επάρκεια των αποδείξεων και πλάνη ως προς την ερμηνεία του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και, κατά συνέπεια, στηρίζεται σε παράβαση της διατάξεως αυτής, σε παράβαση της υποχρεώσεως διερευνήσεως της υποθέσεως και αποφάνσεως, σε παραβίαση της αρχής in dubio pro reo, σε παραβίαση των αρχών με τις οποίες αυτοδεσμεύτηκε η Επιτροπή ως προς την επιβολή προστίμων και σε παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

66 Πριν από την έκθεση των καθαυτό λόγων ακυρώσεως, η προσφυγή περιλαμβάνει τρία προκαταρκτικά τμήματα με τίτλο «Τα πραγματικά περιστατικά», «Το αντικείμενο της προσφυγής» και «Βασικό περιεχόμενο και κύριες πλημμέλειες της αποφάσεως».

67 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η προσφυγή πρέπει να κριθεί απαράδεκτη, βάσει του άρθρου 44 του Κανονισμού Διαδικασίας της 2ας Μαΐου 1991, επειδή δεν είναι σαφής και κατανοητή, καθώς και λόγω του τρόπου με τον οποίο εκτίθενται οι προβαλλόμενοι λόγοι. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι είναι πολύ δύσκολο να εντοπισθούν όσα επικαλείται η προσφεύγουσα ως λόγους ακυρώσεως, καθώς η παράθεση των λόγων ακυρώσεως που χαρακτηρίζονται ως τέτοιοι ξεκινά μόλις στο σημείο 276 της προσφυγής, του οποίου προηγούνται περισσότερα από 250 σημεία του κειμένου, στα οποία η προσφεύγουσα δεν διευκρινίζει σε τι συνίστανται, συγκεκριμένα, κατά την ίδια ένας ή περισσότεροι λόγοι ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως. Εξάλλου, κατά την ανάπτυξη των λόγων ακυρώσεως η προσφεύγουσα δεν διευκρινίζει σε ποιο βαθμό όσα αναφέρει είναι κρίσιμα για τη συγκεκριμενοποίηση των λόγων ακυρώσεως.

68 Υπενθυμίζεται ότι, βάσει του άρθρου 21 του Οργανισμού του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του άρθρου 44, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του Κανονισμού Διαδικασίας της 2ας Μαΐου 1991, το δικόγραφο της προσφυγής πρέπει να μνημονεύει το αντικείμενο της διαφοράς και να περιέχει συνοπτική έκθεση των ισχυρισμών των οποίων γίνεται επίκληση. Τα στοιχεία αυτά πρέπει να είναι αρκούντως σαφή και ακριβή, ώστε να μπορεί ο καθού διάδικος να προετοιμάσει την άμυνά του και το Γενικό Δικαστήριο να αποφανθεί επί της προσφυγής χωρίς να χρειάζεται ενδεχομένως άλλα στοιχεία (απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 2007, France Télécom κατά Επιτροπής, T-340/03, Συλλογή, EU:T:2007:22, σκέψη 166). Εξάλλου, ο δικαστής της Ένωσης έχει κρίνει ότι η διατύπωση των λόγων της προσφυγής δεν απαιτείται να ακολουθεί την ορολογία και την απαρίθμηση που παρατίθεται στον Κανονισμό Διαδικασίας και ότι η παρουσίαση των λόγων αυτών, όχι βάσει του νομικού τους χαρακτηρισμού αλλά βάσει της ουσίας τους, μπορεί να θεωρηθεί επαρκής, εφόσον οι λόγοι αυτοί προκύπτουν από το δικόγραφο της προσφυγής με επαρκή σαφήνεια (βλ. διάταξη της 21ης Μαΐου 1991, Asia Motor France κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-154/98, Συλλογή, EU:T:1999:109, σκέψη 55 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

69 Αντιθέτως, αν δεν ισχύει κάτι τέτοιο και στο δικόγραφο της προσφυγής δεν διατυπώνονται συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της προσβαλλομένης αποφάσεως, τότε η προσφυγή πρέπει να κριθεί απαράδεκτη (βλ., υπ' αυτή την έννοια, διάταξη της 20ής Ιανουαρίου 2012, Groupe Partouche κατά Επιτροπής, T-315/10, EU:T:2012:21, σκέψεις 22 επ.).

70 Έτσι, δεν θα μπορούσε να γίνει αποδεκτό να πρέπει τόσο το καθού θεσμικό όργανο όσο και το Γενικό Δικαστήριο να στηριχθούν σε εικασίες ως προς τη συγκεκριμένη συλλογιστική και τα επιχειρήματα, τόσο πραγματικά όσο και νομικά, που θα μπορούσαν να στηρίζουν όσα προβάλλει η προσφεύγουσα. Ακριβώς μια τέτοια κατάσταση, η οποία αποτελεί πηγή νομικής ανασφάλειας και δεν συμβιβάζεται με τη χρηστή απονομή της δικαιοσύνης, είναι αυτό που σκοπεί να αποτρέψει το άρθρο 44, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας της 2ας Μαΐου 1991 (βλ., υπ' αυτή την έννοια, διάταξη της 19ης Μαΐου 2008, TF1 κατά Επιτροπής, T-144/04, Συλλογή, EU:T:2008:155, σκέψη 57).

71 Τέλος, επισημαίνεται ότι στοιχεία που περιλαμβάνονται σε δικόγραφο προσφυγής και φέρουν τον τίτλο «Τα πραγματικά περιστατικά», «Το αντικείμενο της προσφυγής» ή και «Βασικό περιεχόμενο και κύριες πλημμέλειες της αποφάσεως» δεν προορίζονται, εκ πρώτης όψεως, να αποτελέσουν αυτόνομους λόγους που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην ακύρωση της προσβαλλομένης αποφάσεως, αλλά προορίζονται να περιγράψουν τα πραγματικά περιστατικά και την επίμαχη πράξη. Ωστόσο, δεν είναι δυνατόν να αποκλεισθεί a priori η δυνατότητα να περιλαμβάνεται σε αυτό το τμήμα του δικογράφου της προσφυγής η ανάπτυξη ενός ή περισσότερων λόγων ακυρώσεως. Εντούτοις, κάποιο χωρίο υπό τους τίτλους αυτούς μπορεί, ενδεχομένως, να θεωρηθεί ότι αποτελεί λόγο ακυρώσεως μόνον κατά το μέτρο που προκύπτει, κατά τρόπο σαφή και μονοσήμαντο, ότι, πέραν της περιγραφικής λειτουργίας του, το χωρίο αυτό βάλλει κατά του κύρους των διαπιστώσεων της προσβαλλομένης αποφάσεως, παρά τη δομή του δικογράφου και τη θέση του χωρίου στη γενική του οικονομία (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2005, Honeywell κατά Επιτροπής, T-209/01, Συλλογή, EU:T:2005:455, σκέψη 106, και της 1ης Ιουλίου 2008, Επιτροπή κατά D, T-262/06 P, Συλλογή Υπ.Υπ., EU:T:2008:239, σκέψη 52).

72 Εν προκειμένω διαπιστώνεται έλλειψη σαφήνειας του δικογράφου της προσφυγής, λόγω του ότι η προσφεύγουσα εκθέτει, σε περισσότερα από 200 σημεία, «[το β]ασικό περιεχόμενο και [τις] κύριες πλημμέλειες της αποφάσεως» πριν από τους καθαυτό «λόγους ακυρώσεως». Δεδομένου ότι αυτοί οι «λόγοι ακυρώσεως» εκτέθηκαν κατά τρόπο ιδιαίτερα συνοπτικό, απαιτείται στα προαναφερθέντα 200 και πλέον σημεία να αναζητηθούν αιτιάσεις και επιχειρήματα προς στήριξη των προβληθέντων λόγων.

73 Άλλωστε φαίνεται ότι αυτή ήταν και η πρόθεση της προσφεύγουσας, όπως βεβαίωσε και στο σημείο 69 του υπομνήματος απαντήσεως και επιβεβαίωσε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Σε αντίθεση προς όσα προβάλλει η Επιτροπή, στο τμήμα σχετικά με «[το β]ασικό περιεχόμενο και [τις] κύριες πλημμέλειες της αποφάσεως» μπορούν να εντοπισθούν οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλομένης αποφάσεως και οι διατάξεις οι οποίες θεωρεί ότι παραβιάστηκαν. Δεν μπορεί, επομένως, να υποστηριχθεί αυτό που προβάλλει η Επιτροπή, ότι δηλαδή «προκύπτει σαφώς από το δικόγραφο η συνολική απουσία νομικών επιχειρημάτων που θα μπορούσαν να αμφισβητήσουν τη νομιμότητα της [προσβαλλομένης] αποφάσεως». Σημειώνεται, εξάλλου, ότι η Επιτροπή μπόρεσε να απαντήσει στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας.

74 Επομένως, πρέπει να απορριφθεί η ένσταση απαραδέκτου της Επιτροπής και η προσφυγή πρέπει να κριθεί παραδεκτή.

75 Επισημαίνεται, πάντως, ότι, παρότι στα 200 περίπου σημεία που προηγούνται της προβολής των καθαυτό λόγων ακυρώσεως στο δικόγραφο της προσφυγής είναι δυνατόν να εντοπισθούν οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλομένης αποφάσεως και οι διατάξεις που προβάλλει ότι έχουν παραβιαστεί, στο δικόγραφό της εντούτοις δεν υπάρχει αντιστοιχία μεταξύ των αιτιάσεων αυτών και των προβαλλόμενων λόγων, το δε δικόγραφο δεν είναι ευσύνοπτο. Υπό τις συνθήκες αυτές, είναι χρήσιμο να υπομνησθεί ότι η υποχρέωση του Γενικού Δικαστηρίου να αιτιολογεί τις αποφάσεις του δεν μπορεί να ερμηνεύεται ως υποχρέωση να απαντά λεπτομερώς σε κάθε προβαλλόμενο επιχείρημα, ιδίως αν πρόκειται για επιχείρημα που δεν είναι αρκούντως σαφές και ακριβές και δεν στηρίζεται σε εμπεριστατωμένα αποδεικτικά στοιχεία (αποφάσεις της 11ης Σεπτεμβρίου 2003, Βέλγιο κατά Επιτροπής, C-197/99 P, Συλλογή, EU:C:2003:444, σκέψη 81, και της 11ης Ιανουαρίου 2007, Technische Glaswerke Ilmenau κατά Επιτροπής, C-404/04 P, EU:C:2007:6, σκέψη 90). Εξάλλου, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι η υποχρέωση αιτιολογήσεως δεν επιβάλλει στο Γενικό Δικαστήριο τη

δέσμευση να παρέχει αιτιολογία που ακολουθεί αναλυτικά έναν προς έναν όλους τους λόγους που προβάλλουν οι διάδικοι και ότι η αιτιολογία μπορεί, ως εκ τούτου, να συνάγεται εμμέσως, υπό την προϋπόθεση ότι επιτρέπει στους μεν ενδιαφερομένους να γνωρίζουν τους λόγους για τους οποίους το Γενικό Δικαστήριο δεν δέχθηκε τα επιχειρήματά τους, στο δε Δικαστήριο να διαθέτει επαρκή στοιχεία ώστε να ασκήσει τον έλεγχό του (βλ. απόφαση της 16ης Ιουλίου 2009, Επιτροπή κατά Schneider Electric, C-440/07 P, Συλλογή, EU:C:2009:459, σκέψη 135 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Β – *Επί της ουσίας*

1. *Επί του αιτήματος ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως*

76 Προς στήριξη του αιτήματος ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως η προσφεύγουσα προβάλλει έναν λόγο ακυρώσεως ο οποίος στηρίζεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου και έναν λόγο ακυρώσεως ο οποίος στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και παραβίαση των κανόνων που πρέπει να τηρούνται κατά την εφαρμογή του άρθρου αυτού.

α) Επί του λόγου που στηρίζεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου

77 Όσον αφορά την παράβαση ουσιώδους τύπου, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει έλλειψη αιτιολογίας και ανεπάρκεια αποδείξεων, η δεύτερη όμως αιτίαση, όπως επιβεβαίωσε η προσφεύγουσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, πρέπει να εξετασθεί στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου ακυρώσεως, ο οποίος στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

78 Όσον αφορά την προβαλλόμενη έλλειψη αιτιολογίας, πρέπει να υπομνησθεί ότι η υποχρέωση αιτιολογήσεως που προβλέπει το άρθρο 296 ΣΛΕΕ αποτελεί ουσιώδη τύπο που πρέπει να διακρίνεται από το ζήτημα του βασίμου της αιτιολογίας, δεδομένου ότι αυτή αφορά την ουσιαστική νομιμότητα της επίδικης πράξεως (αποφάσεις της 2ας Απριλίου 1998, Επιτροπή κατά Sytraval και Brink's France, C-367/95 P, Συλλογή, EU:C:1998:154, σκέψη 67· της 22ας Μαρτίου 2001, Γαλλία κατά Επιτροπής, C-17/99, Συλλογή, EU:C:2001:178, σκέψη 35, και της 29ης Σεπτεμβρίου 2011, Elf Aquitaine κατά Επιτροπής, C-521/09 P, Συλλογή, EU:C:2011:620, σκέψη 146).

79 Εν προκειμένω, διαπιστώνεται, πρώτον, ότι η προσφεύγουσα αναπτύσσει το ζήτημα της ελλείψεως αιτιολογίας της προσβαλλομένης αποφάσεως υπό τον τίτλο «Έλλειψη αιτιολογίας», στο τμήμα του δικογράφου της προσφυγής το οποίο τιτλοφορείται «Λόγοι ακυρώσεως». Στη συνέχεια πρέπει να εξεταστούν οι αιτιάσεις που έχουν διατυπωθεί κάτω από αυτόν τον τίτλο. Δεύτερον, φαίνεται ότι σε όλο το κείμενο του δικογράφου της προσφυγής η προσφεύγουσα έχει διατυπώσει κριτική που μπορεί να συσχετισθεί με αιτιάσεις σε βάρος της αιτιολογίας, οι οποίες όμως, με εξαίρεση τις αιτιάσεις που εξετάζονται στις σκέψεις 165 έως 168, 220 έως 224 και 254 έως 256 κατωτέρω, αφορούν στην πραγματικότητα το ζήτημα του βασίμου της προσβαλλομένης αποφάσεως και πρέπει, επομένως, να εξετασθούν κατά την ανάλυση των ζητημάτων ουσίας τα οποία αφορούν.

80 Η προσφεύγουσα, στο πλαίσιο της κριτικής που τυπικά εντάσσεται στον λόγο ακυρώσεως που αφορά την παράβαση της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, αφού θυμίζει ότι η υποχρέωση αυτή θεσπίζεται στο άρθρο 296 ΣΛΕΕ, επισημαίνει, απλώς, ότι «στην αιτιολογία της προσβαλλομένης αποφάσεως υπάρχουν ελλείψεις, ανακρίβειες και σφάλματα ως προς βασικά ζητήματα, κάτι που πλήττει ανεπανόρθωτα τα συμπεράσματα στα οποία καταλήγει» και αναφέρεται «παραδείγματος χάριν», στα συμπεράσματα της Επιτροπής στις αιτιολογικές σκέψεις 264 επ. και 353 επ. της προσβαλλομένης αποφάσεως. Από όσα εκθέτει, όμως, η προσφεύγουσα προκύπτει ότι στην πραγματικότητα δεν επικρίνει την αιτιολογία αλλά το βάσιμο όσων αναφέρονται στις ανωτέρω αιτιολογικές σκέψεις της αποφάσεως της Επιτροπής, όπως επιβεβαίωσε, εξάλλου, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, κάτι που καταχωρίσθηκε στα πρακτικά.

81 Επομένως, ο λόγος που στηρίζεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου, στο βαθμό που δεν συνδέεται με τις αιτιάσεις κατά του βασίμου της προσβαλλομένης αποφάσεως και υπό την επιφύλαξη των σκέψεων 165 έως 168, 220 έως 224 και 254 έως 256 κατωτέρω, πρέπει να απορριφθεί, χωρίς να απαιτείται να εξεταστούν τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας που τυπικά περιλαμβάνονται σε αυτόν τον λόγο ως προς την υποχρέωση αιτιολογήσεως.

β) Επί του λόγου που στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και των κανόνων που σχετίζονται με την εφαρμογή του

82 Κατά την προσφεύγουσα, βάσει της φύσεως της ρήτρας και των συνθηκών καθώς και του νομικού και οικονομικού πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται, ούτε η ρήτρα ούτε η υποχρέωση αποχής των μερών από πράξεις ανταγωνισμού στην ιβηρική αγορά πρέπει να θεωρηθούν ως εκ του αντικειμένου περιορισμοί του ανταγωνισμού.

83 Η προσφεύγουσα προσάπτει, έτσι, στην Επιτροπή ότι παρέβη το άρθρο 101 ΣΛΕΕ χαρακτηρίζοντας τη ρήτρα ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε την ύπαρξη της παραβάσεως και ότι υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη ως προς τα πραγματικά περιστατικά, την απόδειξη και την επάρκεια της αποδείξεως, σε εσφαλμένη εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και σε παραβίαση της Συνθήκης, σε παράβαση της υποχρεώσεως διερευνήσεως της υποθέσεως και αποφάνσεως και, τέλος, σε παραβίαση της αρχής in dubio pro reo.

84 Η προσφεύγουσα, όπως επιβεβαίωσε και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ανέπτυξε, κατ' ουσίαν, τα ακόλουθα νομικά και πραγματικά επιχειρήματα προς στήριξη του λόγου αυτού: η ρήτρα δεν συνδεόταν με τη συναλλαγή Vivo αλλά με το δικαίωμα της PT να εξαγοράσει όσες μετοχές της κατείχε η Telefónica (στο εξής: δικαίωμα εξαγοράς), το οποίο προβλεπόταν στη δεύτερη και την τρίτη προσφορά, αλλά δεν περιελήφθη στο τελικό κείμενο της συμφωνίας ή με την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν διοριστεί από την Telefónica, η οποία προβλεπόταν στη συμφωνία· η ρήτρα περιλάμβανε δύο διακριτές υποχρεώσεις, μια κύρια υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και μια δευτερεύουσα υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ενώ η δεσμευτικότητα της δεύτερης υποχρεώσεως εξαρτιόταν από τη διαπίστωση της νομιμότητάς της κατά την αυτοαξιολόγηση· η ρήτρα δεν μπορούσε να αποτελέσει ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, διότι η Επιτροπή δεν είχε αποδείξει ότι η Telefónica και η PT ήταν δυνητικοί ανταγωνιστές και ότι επομένως η ρήτρα αυτή μπορούσε να περιορίσει τον ανταγωνισμό και, τέλος, στο μέτρο που η ρήτρα δεν αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, η Επιτροπή έπρεπε να εξετάσει τα αποτελέσματά της.

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις:

85 Πρέπει να υπομνησθεί ότι, για να εμπίπτει συμφωνία, απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων ή εναρμονισμένη πρακτική στην απαγόρευση την οποία προβλέπει το άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, πρέπει αυτή να έχει «ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα» την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς.

86 Συναφώς, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι ορισμένα είδη συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων είναι τόσο επιζήμια για τον ανταγωνισμό ώστε να μην απαιτείται εξέταση των αποτελεσμάτων τους (βλ. απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, CB κατά Επιτροπής, C-67/13 P, Συλλογή, EU:C:2014:2204, σκέψη 49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

87 Η νομολογία αυτή στηρίζεται στο ότι ορισμένες μορφές συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων μπορούν να λογίζονται, ως εκ της φύσεώς τους, ως παραβλάπτουσες την ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού (βλ. απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

88 Συγκεκριμένα, δεν αμφισβητείται ότι ορισμένες μορφές συμπαιγνίας, όπως αυτές που οδηγούν στον οριζόντιο καθορισμό των τιμών εκ μέρους συμπράξεων, μπορούν να θεωρηθούν σε τέτοιο βαθμό ικανές να έχουν αρνητικά αποτελέσματα, ιδίως επί των τιμών, της ποσότητας ή της ποιότητας των προϊόντων και των υπηρεσιών, ώστε, για τους σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, να παρέλκει η απόδειξη συγκεκριμένων αποτελεσμάτων τους στην αγορά. Πράγματι, από την πείρα προκύπτει ότι τέτοιες πρακτικές επιφέρουν μειώσεις της παραγωγής και αυξήσεις τιμών, με τελικό αποτέλεσμα την κακή κατανομή των πόρων σε βάρος, ειδικότερα, των καταναλωτών (απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 51).

89 Αν από την ανάλυση του περιεχομένου ενός είδους συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων δεν προκύψει ότι αυτός είναι αρκούντως επιβλαβής για τον ανταγωνισμό, τότε πρέπει να εξεταστούν τα αποτελέσματά του, προκειμένου δε αυτός να απαγορευθεί, πρέπει να συντρέχουν στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι πράγματι ο ανταγωνισμός είτε παρεμποδίστηκε είτε περιορίστηκε είτε νοθεύτηκε αισθητά (βλ. απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 52 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

90 Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, προκειμένου να κριθεί αν συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων ή απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων είναι τόσο επιζήμια ώστε να θεωρείται ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, επιβάλλεται η συνεκτίμηση των όρων της συμφωνίας, των σκοπών της, καθώς και του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται. Κατά την αξιολόγηση του ανωτέρω πλαισίου πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη η φύση των επηρεαζόμενων από τη συμφωνία προϊόντων ή υπηρεσιών, καθώς και οι πραγματικές συνθήκες λειτουργίας και διαρθρώσεως της οικείας αγοράς ή των οικείων αγορών (βλ. απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 53 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

91 Επιπλέον, μολονότι η πρόθεση των μερών δεν συνιστά στοιχείο αναγκαίο για τη διαπίστωση του περιοριστικού χαρακτήρα συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων, ουδόλως απαγορεύεται στις αρμόδιες για τον ανταγωνισμό αρχές ή στα δικαιοδοτικά όργανα των κρατών μελών και της Ένωσης να τη λαμβάνουν υπόψη (βλ. απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 54 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

92 Τα επιχειρήματα που προβάλλει η προσφεύγουσα πρέπει να εξετασθούν υπό το πρίσμα αυτών των αρχών.

Επί των επιχειρημάτων που στηρίζονται στο ότι η ρήτρα συνδεόταν με το δικαίωμα εξαγοράς ή με την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica

93 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ρήτρα ουδόλως συνδεόταν με τη συναλλαγή Vivo αλλά συνδεόταν με το δικαίωμα εξαγοράς, το οποίο περιλαμβανόταν στη δεύτερη και στην τρίτη προσφορά –δεδομένου ότι η τρίτη προσφορά αύξανε απλώς το τίμημα, χωρίς να μεταβάλλει τους όρους της συμφωνίας– και όχι πλέον στο τελικό κείμενο της συμφωνίας, καθώς και με την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, η οποία προβλεπόταν από τη συμφωνία.

94 Η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι το δικαίωμα εξαγοράς και η ρήτρα εμφανίστηκαν συγχρόνως στη δεύτερη προσφορά και προβάλλει ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού συνηθίζεται σε περίπτωση αποκτήσεως στοιχείων του ενεργητικού, όπως το δικαίωμα εξαγοράς, που συνεπάγεται τον κίνδυνο ο μεταβιβάζων να εκμεταλλεύεται τον τομέα που μεταβιβάζει, του οποίου έχει καλή γνώση.

95 Λόγω της μειώσεως της συμμετοχής της Telefónica στο κεφάλαιο της PT σε περίπου 2 %, που ανακοινώθηκε στις 23 Ιουνίου 2010, η τέταρτη προσφορά δεν περιλάμβανε πλέον δικαίωμα εξαγοράς αλλά την υποχρέωση της Telefónica να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να

παραιτηθούν οι δύο εκπρόσωποί της στο διοικητικό συμβούλιο της PT. Λόγω δυσχερειών της διαπραγματεύσεως, ορισμένες διατάξεις που προέρχονταν από προηγούμενες προσφορές δεν έγιναν εκ νέου αντικείμενο συζητήσεως, με αποτέλεσμα να διατηρηθεί η ρήτρα, με την προσθήκη της φράσεως «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο».

96 Η προσφεύγουσα επισήμανε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, απαντώντας σε ερώτημα του Γενικού Δικαστηρίου, ότι δεν υποστήριζε ότι η ρήτρα έπρεπε να θεωρηθεί παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με την αποχώρηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχε ορίσει η Telefónica. Ωστόσο, αυτό που προκύπτει, κατ' ουσίαν, από τα λεγόμενά της είναι ότι η προσφεύγουσα προβάλλει ότι συνέδεσε τη δέσμευση περί μη ανταγωνισμού, αφενός, με το δικαίωμα εξαγοράς των μετοχών της που κατείχε η Telefónica και, αφετέρου, με την παραίτηση των μελών του διοικητικού της συμβουλίου που είχαν οριστεί από την Telefónica. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, όταν αφαιρέθηκε το δικαίωμα εξαγοράς από το προσχέδιο της συμφωνίας στην τέταρτη προσφορά, προστέθηκε η μνεία «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο» και έτσι η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού μετατράπηκε σε ρήτρα αυτοαξιολογήσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές και στο μέτρο που με τα επιχειρήματα αυτά η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η ρήτρα δεν εμπίπτει στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ, πρέπει να παρατηρηθούν τα εξής.

97 Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι αν συγκεκριμένη πράξη ή δραστηριότητα δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της αρχής της απαγορεύσεως που θεσπίζεται στο άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, λόγω του ουδέτερου ή θετικού αποτελέσματός της στον ανταγωνισμό, τότε περιορισμός της εμπορικής αυτονομίας ενός ή περισσοτέρων από τους μετέχοντες στην εν λόγω πράξη ή δραστηριότητα δεν εμπίπτει επίσης στο πεδίο εφαρμογής της ανωτέρω αρχής της απαγορεύσεως, αν ο περιορισμός αυτός είναι αντικειμενικά αναγκαίος για την υλοποίηση της πράξεως ή της δραστηριότητας αυτής και ανάλογος με τους σκοπούς που αυτή επιδιώκει (βλ. απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, MasterCard κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-382/12 P, Συλλογή, EU:C:2014:2201, σκέψη 89 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

98 Πράγματι, όταν δεν είναι δυνατόν να αποσυνδεθεί ένας τέτοιος περιορισμός από την κύρια πράξη ή δραστηριότητα χωρίς να τίθεται σε κίνδυνο η ύπαρξη και το αντικείμενό τους, τότε η συμβατότητα του περιορισμού αυτού με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ πρέπει να κριθεί από κοινού με τη συμβατότητα της κύριας πράξεως ή δραστηριότητας της οποίας αποτελεί παρεπόμενο, ακόμη κι αν, εξεταζόμενος αυτοτελώς ένας τέτοιος περιορισμός θα μπορούσε, εκ πρώτης όψεως, να φαίνεται ότι εμπίπτει στο πεδίο της αρχής της απαγορεύσεως που θεσπίζει το άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ (απόφαση MasterCard κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 97 ανωτέρω, EU:C:2014:2201, σκέψη 90).

99 Συνεπώς, η έννοια του παρεπόμενου περιορισμού καλύπτει κάθε περιορισμό που συνδέεται άμεσα με την πραγματοποίηση της κύριας πράξεως και είναι αναγκαίος για αυτή (αποφάσεις της 18ης Σεπτεμβρίου 2001, M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-112/99, Συλλογή, EU:T:2001:215, σκέψη 104, και της 29ης Ιουνίου 2012, E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, T-360/09, Συλλογή, EU:T:2012:332, σκέψη 62).

100 Ως περιορισμός άμεσα συνδεόμενος με την πραγματοποίηση της κύριας πράξεως νοείται κάθε περιορισμός δευτερεύουσας σημασίας σε σχέση με τη διενέργεια αυτής της πράξεως ο οποίος έχει προφανή σχέση με αυτή (αποφάσεις M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2001:215, σκέψη 105, και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 63).

101 Η προϋπόθεση που αφορά τον αναγκαίο χαρακτήρα ενός περιορισμού συνεπάγεται ότι πρέπει να εξετάζονται δύο ζητήματα. Ειδικότερα, πρέπει να εξετάζεται, αφενός, αν ο περιορισμός είναι αντικειμενικά αναγκαίος για την υλοποίηση της κύριας πράξεως και, αφετέρου, αν είναι αναλογική προς αυτή (αποφάσεις M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2001:215, σκέψη 106, και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 64).

102 Όσον αφορά τον αντικειμενικώς αναγκαίο χαρακτήρα ενός περιορισμού, υπογραμμίζεται ότι, καθόσον δεν μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη «κανόνα περί ελλόγου αιτίας» στο δίκαιο ανταγωνισμού της Ένωσης, θα ήταν εσφαλμένο να θεωρηθεί, στο πλαίσιο του χαρακτηρισμού των παρεπόμενων περιορισμών, ότι η προϋπόθεση της αντικειμενικής αναγκαιότητας συνεπάγεται στάθμιση των υπέρ και κατά του ανταγωνισμού αποτελεσμάτων μιας συμφωνίας (αποφάσεις M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2001:215, σκέψη 107, και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 65).

103 Η ορθότητα της απόψεως αυτής δεν απορρέει μόνον από την ανάγκη να διασφαλιστεί η πρακτική αποτελεσματικότητα του άρθρου 101, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ, αλλά και από λόγους συνέπειας. Ειδικότερα, εφόσον το άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ δεν συνεπάγεται την εξέταση των θετικών και αρνητικών αποτελεσμάτων ενός κύριου περιορισμού για τον ανταγωνισμό, η ίδια διαπίστωση επιβάλλεται όσον αφορά την εξέταση των περιορισμών που τον συνοδεύουν (αποφάσεις M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2001:215, σκέψη 108, και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 66).

104 Συνεπώς, η εξέταση του αντικειμενικώς αναγκαίου χαρακτήρα ενός περιορισμού σε σχέση με την κύρια πράξη δεν μπορεί παρά να είναι κάπως αφηρημένη. Το ζήτημα δεν είναι να εξακριβωθεί αν, βάσει της καταστάσεως του ανταγωνισμού στην επίμαχη αγορά, ο περιορισμός είναι αναγκαίος για την εμπορική επιτυχία της κύριας πράξεως, αλλά αντιθέτως να εξακριβωθεί αν, στο ιδιαίτερο πλαίσιο της κύριας πράξεως, ο περιορισμός είναι αναγκαίος για την υλοποίηση αυτής της πράξεως. Αν χωρίς τον περιορισμό είναι δύσκολη, αν όχι αδύνατη, η υλοποίηση της κύριας πράξεως, ο περιορισμός μπορεί να θεωρηθεί ως αντικειμενικώς αναγκαίος για την υλοποίησή της (αποφάσεις M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2001:215, σκέψη 109, και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 67).

105 Όταν ένας περιορισμός είναι αντικειμενικά αναγκαίος για την υλοποίηση της κύριας πράξεως, πρέπει ακόμη να επαληθεύεται αν η διάρκειά του και το καθ' ύλην και κατά τόπον πεδίο εφαρμογής του υπερβαίνουν αυτό που είναι αναγκαίο για την υλοποίηση της εν λόγω πράξεως. Αν η διάρκεια ή το πεδίο εφαρμογής του περιορισμού υπερβαίνουν αυτό που είναι αναγκαίο για την υλοποίηση της πράξεως, ο περιορισμός πρέπει να αποτελέσει το αντικείμενο χωριστής αναλύσεως στο πλαίσιο του άρθρου 101, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ (απόφαση και E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 68).

106 Επισημαίνεται ότι, καθόσον η εκτίμηση του παρεπόμενου χαρακτήρα μιας ιδιαίτερης δεσμεύσεως σε σχέση με την κύρια πράξη προϋποθέτει περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις εκ μέρους της καθής, ο δικαστικός έλεγχος της εκτιμήσεως αυτής περιορίζεται στην επαλήθευση της τηρήσεως των διαδικαστικών κανόνων, της επάρκειας της αιτιολογήσεως και της αλήθειας των πραγματικών περιστατικών, της μη συνδρομής πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και καταχρήσεως εξουσίας (απόφαση E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 69).

107 Όταν διαπιστώνεται ότι ένας περιορισμός συνδέεται άμεσα με την υλοποίηση της κύριας πράξεως και είναι αναγκαίος γι' αυτήν, το συμβατό του περιορισμού αυτού προς τους κανόνες ανταγωνισμού πρέπει να εξετάζεται μαζί με το συμβατό της κύριας πράξεως. Έτσι, όταν η κύρια πράξη δεν εμπίπτει στην απαγόρευση που θεσπίζεται στο άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, το ίδιο ισχύει για τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα με την πράξη αυτή και είναι αναγκαίοι γι' αυτήν. Αν πάλι η κύρια πράξη συνιστά περιορισμό κατά την έννοια αυτής της διατάξεως, αλλά εμπίπτει σε εξαίρεση βάσει του άρθρου 101, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ, η εξαίρεση αυτή καλύπτει και τους εν λόγω παρεπόμενους περιορισμούς (απόφαση E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 70).

108 Σημειώνεται, επίσης, ότι στην απόφαση της 11ης Ιουλίου 1985, Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής (42/84, Συλλογή, EU:C:1985:327, σκέψεις 17 έως 20), το Δικαστήριο εξέτασε ρήτρα περί μη ανταγωνισμού που είχε περιληφθεί σε σύμβαση μεταβιβάσεως επιχειρήσεως. Το Δικαστήριο, αφού διαπίστωσε ότι

ρήτρες περί μη ανταγωνισμού δεν εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ απλώς και μόνον επειδή περιλαμβάνονται σε σύμβαση μεταβιβάσεως επιχειρήσεως, επισήμανε ότι, προκειμένου να κριθεί αν τέτοιες ρήτρες εμπίπτουν ή όχι στην απαγόρευση που θεσπίζει το άρθρο αυτό, πρέπει να εξετασθεί ποια θα ήταν η κατάσταση του ανταγωνισμού σε περίπτωση απουσίας τους. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι σε μια τέτοια περίπτωση, αν ο πωλητής και ο αγοραστής παρέμεναν σε κατάσταση ανταγωνισμού μετά τη μεταβίβαση, τότε η συμφωνία μεταβιβάσεως επιχειρήσεως δεν θα μπορούσε να υλοποιηθεί, καθώς ο πωλητής, γνωρίζοντας άριστα τις ιδιαιτερότητες της μεταβιβαζόμενης επιχειρήσεως, θα διατηρούσε τη δυνατότητα να προσελκύσει εκ νέου την προηγούμενη πελατεία του, με αποτέλεσμα σε μια τέτοια περίπτωση οι ρήτρες περί μη ανταγωνισμού να έχουν, κατ' αρχήν, την αξία ότι εγγυώνται τη δυνατότητα και την αποτελεσματικότητα της μεταβιβάσεως, με τη επισήμανση ότι πρέπει, πάντως, να είναι αναγκαίες για τη μεταφορά της μεταβιβαζόμενης επιχειρήσεως και η διάρκεια και το πεδίο εφαρμογής τους να περιορίζεται αυστηρά βάσει του σκοπού αυτού.

109 Όσον αφορά το δικαίωμα εξαγοράς και την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα υποστηρίζει, στα σημεία 20 και 76 του δικογράφου της προσφυγής, ότι ως προς τα δύο αυτά στοιχεία η ρήτρα είχε σκοπό συγκρίσιμο με αυτό των ρητρών περί μη ανταγωνισμού που περιλαμβάνονται στις συμφωνίες μεταβιβάσεως επιχειρήσεως, ήτοι να μην έχει η Telefónica τη δυνατότητα να χρησιμοποιεί, προκειμένου να ανταγωνιστεί την PT, πληροφορίες που αποκτά λόγω της παρουσίας της στο διοικητικό συμβούλιο της PT.

110 Όσον αφορά, αφενός, το δικαίωμα εξαγοράς, επισημαίνεται ότι το δικαίωμα αυτό δεν περιλαμβανόταν πλέον στο τελικό κείμενο της συμφωνίας, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να δικαιολογήσει τη ρήτρα, για τον λόγο δε αυτόν η Επιτροπή δεν εξέτασε αν η ρήτρα μπορούσε να χαρακτηρισθεί ως παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς (βλ. αιτιολογική σκέψη 390 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Εξάλλου, και σε κάθε περίπτωση, διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα αρκείται, απλώς, πρώτον στο να προβάλλει ότι «η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ήταν προς το συμφέρον της PT και ήταν κάτι που συνηθίζεται σε περιπτώσεις αποκτήσεως μετοχών με τα χαρακτηριστικά αυτής που θα προέκυπτε από την άσκηση του δικαιώματος εξαγοράς, ιδίως σε απόκτηση που συνεπάγεται ενίσχυση του ελέγχου, απαιτεί σημαντική επένδυση και συνεπάγεται τον κίνδυνο αυτός που παραχωρεί την επιχείρηση να εξακολουθήσει να εκμεταλλεύεται τον τομέα που παραχωρεί, του οποίου έχει καλή γνώση», δεύτερον, να υπογραμμίζει τη σημασία της συμμετοχής που θα αποτελούσε το αντικείμενο αγοράς (10 %) και, τρίτον, να επισημαίνει ότι «η PT συνήθιζε να συνδέει τέτοιες ρήτρες με συμφωνίες αγοράς και πωλήσεως μετοχών, εφόσον ήταν χρονικά περιορισμένες και δεν έθιγαν τις τρέχουσες δραστηριότητες» και ότι «η PT είχε συμφέρον να προστατευθεί βραχυπρόθεσμα μετά την άσκηση του δικαιώματος εξαγοράς».

111 Η προσφεύγουσα δεν εξηγεί, όμως, για ποιο λόγο και με ποιον τρόπο, εν προκειμένω, θα μπορούσε η πώληση, εκ μέρους της Telefónica, των μετοχών που κατείχε στην PT να συνεπάγεται τον κίνδυνο η μεταβιβάζουσα να εξακολουθήσει να εκμεταλλεύεται τον οικείο τομέα του οποίου είχε καλή γνώση, ούτε εξηγεί από τι συγκεκριμένα έπρεπε να προστατευθεί λόγω της ασκήσεως του δικαιώματος εξαγοράς.

112 Εξάλλου, η προσφεύγουσα, ενώ επιμένει ότι το δικαίωμα εξαγοράς και η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού εμφανίσθηκαν συγχρόνως στο πλαίσιο της δεύτερης προσφοράς, γεγονός από το οποίο θα προέκυπτε σύνδεση μεταξύ τους, δεν αποδεικνύει ότι υπήρχε σχέση μεταξύ της εισαγωγής του πρώτου και της εισαγωγής της δεύτερης στο κείμενο. Η προσφεύγουσα προβάλλει, απλώς, ότι η σύνδεση μεταξύ της ρήτρας και του δικαιώματος εξαγοράς προκύπτει από την ανταλλαγή αλληλογραφίας μεταξύ της Telefónica και της PT την 1η Ιουνίου 2010 μεταξύ 2:53 και 17:00, η οποία κατέληξε στην αύξηση της τιμής στη δεύτερη προσφορά. Η αλληλογραφία αυτή, την οποία προσκόμισε η Επιτροπή απαντώντας σε ερώτημα του Γενικού Δικαστηρίου, συνίσταται σε ανταλλαγή μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου μεταξύ της Telefónica και της PT τα οποία περιλαμβάνουν διαδοχικές αναθεωρήσεις

του κειμένου της συμφωνίας με εμφανείς τροποποιήσεις. Στα κείμενα αυτά της συμφωνίας περιλαμβάνεται το δικαίωμα εξαγοράς και η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού, όμως δεν προκύπτει από αυτά ότι η ρήτρα εξαρτάται από το δικαίωμα εξαγοράς.

113 Υπό τις συνθήκες αυτές διαπιστώνεται ότι δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η ρήτρα μπορούσε να χαρακτηρισθεί παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς.

114 Όσον αφορά, αφετέρου, την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, η προσφεύγουσα επιμένει ως προς το ότι τα πρόσωπα αυτά είχαν πρόσβαση σε ευαίσθητες πληροφορίες, χωρίς όμως να αποδεικνύει ότι συνέτρεχε πραγματικός κίνδυνος η Telefónica να εκμεταλλευθεί σε βάρος της PT τις πληροφορίες που θα αποκτούσε από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την ίδια μετά την αποχώρηση των μελών αυτών.

115 Εξάλλου, διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει στοιχεία που θα μπορούσαν να αναιρέσουν τα συμπεράσματα της Επιτροπής στις αιτιολογικές σκέψεις 391 έως 401 της προσβαλλομένης αποφάσεως, κατά τις οποίες η ρήτρα δεν μπορούσε να δικαιολογηθεί ως παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT τα οποία είχαν οριστεί από την Telefónica.

116 Η Επιτροπή επισήμανε, μεταξύ άλλων, ότι το πορτογαλικό εταιρικό δίκαιο και, ειδικότερα, τα άρθρα 64, 254 και 398 του πορτογαλικού κώδικα εμπορικών εταιριών επιβάλλουν στα μέλη του διοικητικού συμβουλίου την υποχρέωση να μη χρησιμοποιούν τις πληροφορίες που περιήλθαν στη γνώση τους στο πλαίσιο αυτό για σκοπούς άλλους από όσους σχετίζονται με την καλή λειτουργία της εταιρίας (αιτιολογική σκέψη 395 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Η προσφεύγουσα δεν εξηγεί, όμως, για ποιο λόγο, παρά την ύπαρξη της ανωτέρω εκ του νόμου υποχρεώσεως, ήταν αναγκαία η επίμαχη ρήτρα για την προστασία των πληροφοριών που περιέρχονταν σε γνώση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica μετά την αποχώρηση των μελών αυτών από το εν λόγω διοικητικό συμβούλιο.

117 Ομοίως, η Επιτροπή επισήμανε, όσον αφορά την προβληθείσα ανάγκη προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών στις οποίες θα είχαν πρόσβαση τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, ότι τα πρόσωπα αυτά είχαν πρόσβαση στις πληροφορίες πριν από τη συναλλαγή Vivo, ότι κατά τον χρόνο εκείνο δεν είχε κριθεί αναγκαία καμία ρήτρα περί μη ανταγωνισμού και ότι τα μέρη δεν είχαν αποδείξει για ποιο λόγο η αποχώρηση της Telefónica από το διοικητικό συμβούλιο της PT δημιουργούσε την ανάγκη να υιοθετηθεί δέσμευση περί μη ανταγωνισμού (αιτιολογικές σκέψεις 393 και 394 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

118 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι η ρήτρα ήταν παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχε ορίσει η Telefónica.

119 Εξάλλου, επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε τα συμπεράσματα της Επιτροπής στις αιτιολογικές σκέψεις 402 έως 404 της προσβαλλομένης αποφάσεως, κατά τα οποία, ακόμη και αν υποτεθεί ότι ήταν αναγκαία μια δέσμευση περί μη ανταγωνισμού για την εφαρμογή της αποχωρήσεως των διοικητικών μελών της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, προκειμένου να διασφαλιστεί η προστασία εμπιστευτικών πληροφοριών που τέθηκαν στη διάθεση του οργάνου αυτού, μια τέτοια δέσμευση θα έπρεπε να περιορίζεται μόνο σε ό,τι ήταν απολύτως αναγκαίο, κάτι που δεν ισχύει ως προς τη ρήτρα, η οποία έχει διμερή χαρακτήρα και άρα δεν απαγορεύει μόνο στην Telefónica να ανταγωνίζεται την PT, αλλά και στην PT να ανταγωνίζεται την Telefónica.

120 Τέλος, σε κάθε περίπτωση, σημειώνεται ότι, όπως ορθώς υπογράμμισε η Επιτροπή στις αιτιολογικές σκέψεις 386 και 387 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το ζήτημα αν ένας περιορισμός μπορεί να χαρακτηριστεί παρεπόμενος περιορισμός πρέπει να εξετασθεί σε σχέση με την κύρια υποχρέωση. Εν

προκειμένω, όμως, η κύρια υποχρέωση σε σχέση με την οποία πρέπει να αξιολογηθεί η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού δεν είναι ούτε το δικαίωμα εξαγοράς ούτε η αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, αλλά η συναλλαγή Vivo. Η προσφεύγουσα δεν προβάλλει, όμως, κανένα στοιχείο που θα μπορούσε να αποδείξει ότι η ρήτρα ήταν αναγκαία για την υλοποίηση της πράξεως αυτής.

121 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι η ρήτρα έπρεπε να χαρακτηρισθεί ως παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς όσο αυτό περιλαμβανόταν στη συμφωνία, κάτι που έπρεπε να ληφθεί υπόψη κατά την εκτίμηση των περιστάσεων της συμφωνίας. Ομοίως, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι η ρήτρα αποτελούσε παρεπόμενο περιορισμό σε σχέση με την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, η οποία προβλεπόταν στο τελικό κείμενο της συμφωνίας, και ότι για τον λόγο αυτό δεν ενέπιπτε στην απαγόρευση που θεσπίζεται στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ.

Επί τον επιχειρημάτων που στηρίζονται στο ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως

122 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ρήτρα δεν περιλάμβανε καμία υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού αντίθετη προς το άρθρο 101 ΣΛΕΕ: η υποχρέωση μη ανταγωνισμού που θέσπιζε η ρήτρα εξαρτήθηκε από την προϋπόθεση της αξιολογήσεώς της και της επικυρώσεώς της από τα δύο μέρη και, εφόσον μετά την πραγματοποίηση της αξιολογήσεως προέκυπτε το συμπέρασμα ότι δεν μπορούσε να γίνει δεκτή η υποχρέωση μη ανταγωνισμού, τότε θα εξαλειφόταν χωρίς να έχει αναπτύξει αποτελέσματα. Αυτή η ερμηνεία ήταν, από κάθε άποψη, η πιο λογική εξήγηση της επίμαχης διατάξεως.

123 Κατά την προσφεύγουσα, λόγω της φράσεως «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο», η ρήτρα περιλάμβανε στην πραγματικότητα δύο υποχρεώσεις, και συγκεκριμένα τη δευτερεύουσα υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού και την κύρια υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, βάσει της οποίας τα μέλη όφειλαν να αξιολογήσουν τη νομιμότητα της υποχρεώσεως περί μη ανταγωνισμού και, σε περίπτωση που η προβλεπόμενη από τη ρήτρα αυτοαξιολόγηση κατέληγε στο συμπέρασμα ότι η υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού δεν ήταν νόμιμη, τότε θα καθίστατο αυτομάτως ανίσχυρη.

124 Κατά τις τηλεφωνικές διασκέψεις της 26ης και της 29ης Οκτωβρίου 2010 τα μέρη πραγματοποίησαν την αυτοαξιολόγηση που προέβλεπε η ρήτρα και κατέληξαν στο συμπέρασμα ότι δεν μπορούσε να γίνει δεκτός ο περιορισμός του ανταγωνισμού. Εξέτασαν τότε το ζήτημα αν έπρεπε να καταργήσουν τη ρήτρα, αλλά θεώρησαν ότι μια τέτοια λύση δεν συμβιβαζόταν με την ύπαρξη της υποχρεώσεως αυτοαξιολογήσεως που περιλαμβανόταν στη ρήτρα. Η PT δέχθηκε τότε ότι η υποχρέωση που επιβαλλόταν από τη ρήτρα είχε τηρηθεί με την πραγματοποίηση της αυτοαξιολογήσεως, και ότι οι αρμόδιες αρχές έπρεπε να ενημερωθούν για το αποτέλεσμα της αυτοαξιολογήσεως. Σε αυτό το πλαίσιο πρέπει να γίνει αντιληπτή η συμφωνία που συνήφθη στις 4 Φεβρουαρίου 2011 μεταξύ των μερών, η οποία καταργούσε τη ρήτρα και βεβαίωνε ότι η ρήτρα αυτή δεν είχε επιβάλει ποτέ υποχρέωση μη ανταγωνισμού σε κανένα από τα μέρη.

125 Τέλος, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεν μπορούσε να παράξει αποτελέσματα πριν επικυρωθεί και, κατά συνέπεια, δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν ίσχυε κάτι τέτοιο, η ρήτρα κατέστη ανίσχυρη στις 29 Οκτωβρίου 2010, ημερομηνία μετά την οποία ήταν σαφές για τα μέρη ότι δεν μπορούσαν να επικαλεστούν τη συμφωνία για να απέχουν από πράξεις ανταγωνισμού μεταξύ τους.

126 Στο πλαίσιο της παρούσας προσφυγής η προσφεύγουσα αμφισβητεί ορισμένα από τα συμπεράσματα της Επιτροπής που παρατίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση, χωρίς όμως να προσκομίζει συγκεκριμένα στοιχεία ή, έστω, να προβάλλει σχετικά επιχειρήματα που θα μπορούσαν να κλονίσουν τα συμπεράσματα αυτά. Η προσφεύγουσα προβάλλει, κατ' ουσίαν, τα ακόλουθα σημεία στο πλαίσιο της επιχειρηματολογίας της: πρώτον, είναι εσφαλμένο το συμπέρασμα που παρατίθεται στην αιτιολογική σκέψη 255 της προσβαλλομένης αποφάσεως, κατά το οποίο το γράμμα της ρήτρας

αποδείκνυε τον αντιανταγωνιστικό της χαρακτήρα, δεύτερον, τα μέρη βασίμως διατηρούσαν αμφιβολίες ως προς την πιθανότητα η επίμαχη ρήτρα να είναι νόμιμη ως παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς ή την αποχώρηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου που είχε ορίσει η Telefónica, τρίτον, οι συνθήκες διαπραγματεύσεως της συμφωνίας δικαιολογούσαν να μεταφερθεί σε μεταγενέστερο χρόνο η εξέταση της δυνατότητας αυτής, τέταρτον, οι τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010 αποδείκνυαν ότι πραγματοποιήθηκε η αυτοαξιολόγηση που προβλεπόταν από τη ρήτρα, πέμπτον, η συμφωνία καταργήσεως της ρήτρας, η οποία συνήφθη στις 4 Φεβρουαρίου 2011, επιβεβαίωνε ότι η αυτοαξιολόγηση πραγματοποιήθηκε και ότι η ρήτρα δεν ανέπτυξε ποτέ αποτελέσματα, έκτον, η Επιτροπή ερμήνευε εσφαλμένα τις απαντήσεις της PT στο από 5 Ιανουαρίου 2011 αίτημα παροχής πληροφοριών και, τέλος, έβδομον, τα μέρη σε κάθε περίπτωση είχαν αρκετά επιχειρήματα για τη μη τήρηση της ρήτρας.

127 Καταρχάς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι είναι εσφαλμένο το συμπέρασμα που παρατίθεται στην αιτιολογική σκέψη 255 της προσβαλλομένης αποφάσεως συνδέεται με την επιχειρηματολογία της περί του ότι, σε αντίθεση προς όσα υποστηρίζει η Επιτροπή, η προσφεύγουσα δεν προσεγγίζει τη ρήτρα ως μια απλή υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, αλλά υποστηρίζει ότι η ρήτρα περιλάμβανε δύο υποχρεώσεις, μία προκαταρκτική και μία τελική: η προκαταρκτική υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως συνίστατο στην εκτίμηση του κατά πόσον ήταν δυνατή η επιβολή μιας υποχρεώσεως περί μη ανταγωνισμού, η οποία θα μπορούσε να επιβληθεί μόνο σε περίπτωση που τα μέρη διαπίστωναν ότι ήταν όντως δυνατή η επιβολή της. Η εισαγωγή της φράσεως «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο» είχε την έννοια ότι κανένα από τα μέρη δεν είχε το δικαίωμα να απαιτήσει από το άλλο να μην το ανταγωνίζεται χωρίς να έχει προηγουμένως εξετασθεί η νομιμότητα της συμπεριφοράς αυτής, καθώς η υποχρέωση αποχής από πράξεις ανταγωνισμού εξαρτιόταν από την τήρηση της υποχρεώσεως αξιολογήσεως της νομιμότητας του περιορισμού αυτού.

128 Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού είναι διακριτή από την υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και το αποτέλεσμα της αυτοαξιολογήσεως, κατά τις τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010, ήταν ότι δεν ήταν σύννομη η υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Η συμφωνία καταργήσεως της ρήτρας είχε ως σκοπό να εξαλειφθεί η ρήτρα για την άρση τυχόν αμφιβολιών και την οριστική εγκατάλειψη της ιδέας ότι μεταξύ των μερών υφίστατο κάποια συμφωνία περί μη ανταγωνισμού, και όχι να παύσει η υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως.

129 Επισημαίνεται ότι, όπως παρατήρησε και η Επιτροπή, δεν ασκεί καμία επιρροή η διαφοροποίηση στην οποία προβαίνει η προσφεύγουσα μεταξύ της διαπιστώσεως στην αιτιολογική σκέψη 76 της προσβαλλομένης αποφάσεως ότι «τα μέρη υποστηρίζουν [ότι] η ρήτρα δεν επιβάλλει υποχρέωση μη ανταγωνισμού, αλλά θεσπίζει απλώς υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως ως προς τη νομιμότητα και το περιεχόμενο της δεσμεύσεως περί μη ανταγωνισμού» και της διαπιστώσεως ότι «η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση μη ανταγωνισμού, η νομιμότητα της οποίας εξαρτιόταν από την επικύρωσή της από τα μέρη». Αυτό που επισημαίνεται, κατ' ουσίαν, με τις δύο ανωτέρω διαπιστώσεις, είναι ότι, λόγω της φράσεως «στο μέτρο που επιτρέπεται από το νόμο», η υποχρέωση μη ανταγωνισμού που θεσπίζει η ρήτρα δεν μπορούσε να ισχύσει πριν εξετασθεί από τα μέρη η νομιμότητά της. Εξάλλου, σε αντίθεση προς αυτό που φαίνεται να υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η διευκρίνιση κατά την οποία η ρήτρα δεν περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως αλλά μια προκαταρκτική υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και μια επακόλουθη υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεν κλονίζει τα επιχειρήματα που παραθέτει η Επιτροπή στην προσβαλλόμενη απόφαση.

130 Όσον αφορά το συμπέρασμα της Επιτροπής που διατυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη 255 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η διευκρίνιση της προσφεύγουσας ότι η ρήτρα δεν περιλάμβανε, κατά την άποψή της, απλώς την υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως αλλά και μια –δευτερεύουσα– υποχρέωση μη ανταγωνισμού, δεν αναιρεί το ότι, καταφανώς, η διατύπωση της ρήτρας δεν κάνει καμία αναφορά σε αυτοαξιολόγηση και συνεπώς δεν μπορεί να στηρίξει την επιχειρηματολογία των μερών ότι η ρήτρα περιλάμβανε την υποχρέωση πραγματοποιήσεως αυτοαξιολογήσεως.

131 Δεύτερον, διαπιστώνεται ότι δεν μπορούν να γίνουν δεκτά ούτε τα λοιπά επιχειρήματα της προσφεύγουσας. Πράγματι, από την εξέταση των στοιχείων που επικαλείται η προσφεύγουσα στο πλαίσιο της παρούσας προσφυγής προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν αντικρούει πειστικά την ανάλυση της Επιτροπής κατά την οποία δεν μπορεί να γίνει δεκτή η ιδέα ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, ότι αυτή η αυτοαξιολόγηση πραγματοποιήθηκε και ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεν ενεργοποιήθηκε ποτέ, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, απλώς, ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού εξαρτιόταν από την προηγούμενη διαπίστωση ότι είναι δυνατή η επιβολή μιας τέτοιας υποχρεώσεως, αλλά δεν προβάλλει κανένα στοιχείο ικανό να κλονίσει τα στοιχεία που προέβαλε η Επιτροπή για να καταδείξει ότι δεν υφίσταται καμία ένδειξη περί του ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως από την οποία εξαρτιόταν η ισχύς της υποχρεώσεως περί μη ανταγωνισμού.

132 Πρώτον, η προσφεύγουσα προβάλλει στοιχεία προς απόδειξη του ότι η ερμηνεία κατά την οποία η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως ως προς τη νομιμότητα της υποχρεώσεως περί μη ανταγωνισμού ενισχύεται από το ότι υφίσταντο εύλογες αμφιβολίες σχετικά με τη δυνατότητα χαρακτηρισμού της υποχρεώσεως μη ανταγωνισμού ως παρεπόμενου περιορισμού σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς ή την αποχώρηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, έτσι, ότι, δεδομένου του πλαισίου και της πιέσεως της διαπραγματεύσεως, της φάνηκε εύλογο να αναβληθεί το ζήτημα της υποχρεώσεως μη ανταγωνισμού έως ότου εξετασθούν οι συνέπειες της απαλοιφής του δικαιώματος εξαγοράς και της διατηρήσεως της υποχρεώσεως παραιτήσεως από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica.

133 Η επιχειρηματολογία αυτή πρέπει να απορριφθεί.

134 Όσον αφορά, αφενός, το δικαίωμα εξαγοράς, υπενθυμίζεται ότι το δικαίωμα αυτό είχε προβλεφθεί στη δεύτερη και στην τρίτη προσφορά (αιτιολογικές σκέψεις 41 και 46 της προσβαλλομένης αποφάσεως) και δεν προβλεπόταν πλέον στην τέταρτη προσφορά, καθώς η Telefónica είχε εν τω μεταξύ πωλήσει το μεγαλύτερο μέρος της συμμετοχής της στην PT, το οποίο ανερχόταν αρχικά σε 10 % περίπου (αιτιολογική σκέψη 18 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

135 Έτσι η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, λόγω του σύντομου χρονικού διαστήματος που μεσολάβησε μεταξύ της παραλαβής της τέταρτης προσφοράς και της υπογραφής της συμφωνίας, διαστήματος δηλαδή 24 ωρών, τα μέρη δεν είχαν τον χρόνο να ελέγξουν αν η ρήτρα εξακολουθούσε να είναι νόμιμη παρότι δεν προβλεπόταν πλέον το δικαίωμα εξαγοράς, με αποτέλεσμα να μετατρέψουν τη ρήτρα αυτή σε ρήτρα αυτοαξιολογήσεως, προκειμένου να μετατεθεί για το μέλλον η εξέταση της νομιμότητάς της.

136 Από όσα διαπιστώθηκαν, όμως, στις σκέψεις 110 έως 113 ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν κατόρθωσε να αποδείξει ότι η ρήτρα μπορούσε να χαρακτηρισθεί παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς κατά τον χρόνο που αυτό περιλαμβανόταν στη συμφωνία ή ότι μπορούσαν να υφίστανται εύλογες αμφιβολίες ως προς αυτό, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να γίνει δεκτό κανένα επιχείρημα που στηρίζεται σε αυτή την παραδοχή.

137 Όσον αφορά, αφετέρου, την προβλεπόμενη στη συμφωνία αποχώρηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica, διαπιστώθηκε, επίσης, στις σκέψεις 114 έως 118 ανωτέρω ότι δεν αποδείχθηκε ότι η ρήτρα αποτελούσε παρεπόμενο περιορισμό σε σχέση με την αποχώρηση αυτή, με αποτέλεσμα οι προβαλλόμενες αμφιβολίες ως προς το ζήτημα αυτό να μην μπορούν να στηρίξουν την άποψη ότι η ρήτρα θέσπισε στην πραγματικότητα υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως της νομιμότητας ενός τέτοιου περιορισμού.

138 Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται, επίσης, ότι, όπως επισήμανε η Επιτροπή στην αιτιολογική σκέψη 376, υπό β, της προσβαλλομένης αποφάσεως, η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας είναι αντιφατική, στο μέτρο που οι εκτιμήσεις βάσει των οποίων η ρήτρα θα μπορούσε να θεωρηθεί παρεπόμενος

περιορισμός σε σχέση με την αποχώρηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica, αφενός, και οι εκτιμήσεις κατά τις οποίες η άσκηση της αυτοαξιολογήσεως θα επέτρεπε να καθοριστεί αν η ρήτρα ήταν σύμφωνη με το δίκαιο του ανταγωνισμού, αφετέρου, δεν συμβιβάζονται μεταξύ τους, καθώς, αν η ρήτρα ήταν νόμιμη ως παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με την αποχώρηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica, τότε η πραγματοποίηση της αυτοαξιολογήσεως δεν θα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι η ρήτρα αυτή ήταν παράνομη.

139 Εξάλλου, επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα, ενώ επέμενε ως προς τη δυσχέρεια που παρουσίαζε το νομικό ζήτημα κατά πόσον η ρήτρα αυτή μπορούσε να θεωρηθεί παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefónica, ποτέ δεν υποστήριξε, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή, ότι η αξιολόγηση της νομιμότητας της ρήτρας κατά τις τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010 ήταν μακρά ή δυσχερής, υποστηρίζοντας, αντιθέτως, ότι δύο τηλεφωνικές κλήσεις ήταν επαρκείς προκειμένου τα μέρη να καταλήξουν σε συμφωνία ως προς το ζήτημα αυτό.

140 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προβληθείσα νομική πολυπλοκότητα ζητημάτων που αφορούσαν τη δυνατότητα η ρήτρα να θεωρηθεί παρεπόμενος περιορισμός σε σχέση με το δικαίωμα εξαγοράς ή την παραίτηση από το διοικητικό συμβούλιο της PT των μελών που είχαν οριστεί από την Telefónica δεν μπορεί να γίνει δεκτή ως στοιχείο υπέρ της επιχειρηματολογίας ότι η φράση «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο» θέσπισε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως ως προς τη νομιμότητα της υποχρεώσεως μη ανταγωνισμού που προβλεπόταν στη ρήτρα.

141 Δεύτερον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι συνθήκες της διαπραγματεύσεως της συμφωνίας δικαιολογούσαν την προσθήκη της υποχρεώσεως αυτοαξιολογήσεως ως προκαταρκτικής υποχρεώσεως σε σχέση με την υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Κατά την εξέταση της τέταρτης προσφοράς τα μέρη δεν επανεξέτασαν τις ρήτρες που προέρχονταν από τις προηγούμενες προσφορές και τις τροποποίησαν μόνο στις περιπτώσεις που κάτι τέτοιο ήταν αναγκαίο για να προσαρμοσθεί η πρόταση στα ουσιώδη χαρακτηριστικά της συναλλαγής. Η εισαγωγή της φράσεως «στο μέτρο που επιτρέπεται από τον νόμο» οφειλόταν, έτσι, στο ότι είχαν μεταβληθεί οι συνθήκες με την εγκατάλειψη του δικαιώματος εξαγοράς, αλλά δεν ήταν δυνατόν, λόγω των πολλαπλών περιορισμών της διαπραγματεύσεως, να ελεγχθεί εκ των προτέρων η νομιμότητα της διατηρήσεως της συμφωνίας περί μη ανταγωνισμού υπό τους όρους που είχαν αρχικά προβλεφθεί.

142 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, εξάλλου, ότι η συμφωνία υπεγράφη μέσα σε λιγότερο από 24 ώρες από την παραλαβή της τέταρτης προσφοράς. Κατά το διάστημα αυτό, δεδομένου ότι το κρίσιμο ζήτημα ήταν η ολοκλήρωση της αποκτήσεως της Vivo και της Oi, η ρήτρα ήταν το τελευταίο που απασχολούσε την PT, τίποτα δεν αποδείκνυε ότι τα μέρη συζήτησαν την τελική διατύπωση της ρήτρας, αντιθέτως δε από όλα τα στοιχεία προέκυπτε ότι δεν ασχολήθηκαν με αυτή.

143 Ούτε αυτή η επιχειρηματολογία είναι πειστική.

144 Καταρχάς, όσον αφορά την απαλοιφή του δικαιώματος εξαγοράς, υπενθυμίζεται ότι από τις 23 Ιουνίου η Telefónica είχε ανακοινώσει ότι μείωσε τη συμμετοχή της στην PT σε περίπου 2 % με αποτέλεσμα, όπως ορθώς υπογραμμίζει η Επιτροπή, ήδη από αυτή την ημερομηνία, ήτοι περισσότερο από ένα μήνα πριν από την αποστολή της τέταρτης προσφοράς στις 27 Ιουλίου και την υπογραφή της συμφωνίας στις 28 Ιουλίου 2010, τα μέρη να γνωρίζουν τη διακοπή κάθε συνδέσεως μεταξύ του δικαιώματος εξαγοράς και της ρήτρας. Επομένως, η προσφεύγουσα δεν μπορούσε να υποστηρίξει ότι τα μέρη διέθεταν προθεσμία μόλις 24 ωρών για να εκτιμήσουν τις συνέπειες της απαλοιφής του δικαιώματος εξαγοράς.

145 Επίσης, σημειώνεται ότι η προσφεύγουσα δεν αντικρούει τα στοιχεία που προέβαλε η Επιτροπή για να αποδείξει ότι τα μέρη τροποποιούσαν τους όρους της συμφωνίας μέχρι το πέρας των διαπραγματεύσεων, δηλαδή το ότι οι ρήτρες 6 και 7 της συμφωνίας τροποποιήθηκαν κατά το

διάστημα μεταξύ της παρουσιάσεως της τέταρτης προσφοράς και της υπογραφής της συμφωνίας και ότι και η ίδια η ρήτρα υπήρξε αντικείμενο συζητήσεων και τροποποιήσεων ως προς τη διάρκειά της λίγο πριν από την υπογραφή της συμφωνίας. Η προσφεύγουσα αρκείται απλώς στην επισήμανση ότι «τίποτα δεν αποδεικνύει ότι τα μέρη συζήτησαν την τελική διατύπωση της ρήτρας και αντιθέτως από όλα τα στοιχεία προέκυπτε ότι δεν ασχολήθηκαν με αυτή». Εξάλλου, δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας στο σημείο 34 του δικογράφου της προσφυγής, κατά τον οποίο η τροποποίηση της ρήτρας που συνίστατο στην αντικατάσταση της ημερομηνίας ενάρξεως ισχύος αυτής από την «ημερομηνία υπογραφής της παρούσας» στην «ημερομηνία [της περατώσεως της συναλλαγής]» ήταν μια τροποποίηση που επέβαλε η κοινή λογική, ήτοι μια αυτόματη διόρθωση. Συγκεκριμένα, η διατύπωση «ημερομηνία υπογραφής της παρούσας» θα είχε την έννοια ότι η ρήτρα θα καθίστατο ενεργή τη στιγμή της υπογραφής της συμφωνίας, δηλαδή στις 28 Ιουλίου 2010, ενώ η διατύπωση «ημερομηνία [της περατώσεως της συναλλαγής]» έχει την έννοια ότι η ρήτρα καθίστατο ενεργή κατά τον χρόνο περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (βλ. σκέψεις 22 και 25 ανωτέρω).

146 Τέλος, γενικότερα η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας που στηρίζεται στο ότι οι συνθήκες διαπραγματεύσεως ήταν δύσκολες πρέπει να απορριφθεί. Ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή στην αιτιολογική σκέψη 249 της προσβαλλομένης αποφάσεως και στο σημείο 49 του υπομνήματος αντικρούσεως ότι δεν μπορεί να γίνει πιστευτό για επιχειρήσεις όπως η Telefónica και η PT, οι οποίες έχουν πρόσβαση σε εξειδικευμένες νομικές υπηρεσίες και τις χρησιμοποιούν, ότι αντιμετώπισαν με προχειρότητα τη συζήτηση και την τροποποίηση του γράμματος της συμφωνίας και, ειδικότερα, της ρήτρας. Εξάλλου η προσφεύγουσα δεν αποκρούει τα ανωτέρω και αρκείται απλώς στην επισήμανση ότι «η πιθανότητα τα μέρη να προσέφυγαν αρχικά σε εξειδικευμένες νομικές συμβουλές παρίσταται, τουλάχιστον αβέβαιη και αντικειμενικά μικρή».

147 Τρίτον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αυτοαξιολόγηση που προβάλλει ότι προβλεπόταν από τη ρήτρα πραγματοποιήθηκε κατά τη διάρκεια των τηλεδιασκέψεων που πραγματοποιήθηκαν στις 26 και στις 29 Οκτωβρίου 2010. Στο μέτρο, όμως, που η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί εκ νέου την ανάλυση που έκανε η Επιτροπή, ιδίως, στις αιτιολογικές σκέψεις 102 έως 124 της προσβαλλομένης αποφάσεως, κατά την οποία τα στοιχεία που προέβαλαν τα μέρη δεν οδηγούσαν στο συμπέρασμα ότι αποδείχθηκε το «ανίσχυρο» της ρήτρας από τις 29 Οκτωβρίου 2010, ότι είχε προβλεφθεί από τη ρήτρα αυτοαξιολόγηση ή ότι αυτή η αυτοαξιολόγηση είχε κάποιο αποτέλεσμα (αιτιολογική σκέψη 124 της προσβαλλομένης αποφάσεως), οι ισχυρισμοί της πρέπει να απορριφθούν και πάλι. Η προσφεύγουσα στην πραγματικότητα υποστηρίζει, απλώς, ότι «η απόδειξη των επαφών είναι η ίδια με την απόδειξη του περιεχομένου τους και ότι αυτές συγκλίνουν μεταξύ τους», ότι «δεν παρίσταται εύλογο να θεωρεί κανείς ότι [οι τηλεδιασκέψεις] είχαν άλλον σκοπό από το να συζητηθεί [η ρήτρα] και ότι προέκυψε από αυτές η επιβεβαίωση ότι η υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού ήταν νόμιμη», ότι «κανένα αποδεικτικό στοιχείο δεν συνηγορεί υπέρ μιας τόσο παράλογης θέσεως» και ότι, «αντιθέτως, όλα δείχνουν ότι η από κοινού εξέταση του ζητήματος δεν μπορούσε παρά να οδηγήσει σε ένα συμπέρασμα [ήτοι] ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ήταν παράνομη και αναποτελεσματική».

148 Ομοίως, η προσφεύγουσα δεν αντικρούει την επιχειρηματολογία της Επιτροπής κατά την οποία, αν η ρήτρα είχε πράγματι προβλέψει υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, θα ήταν λογικό να μην κάνει απλώς αναφορά σε αυτή αλλά να προβλέπει και ημερομηνία για την αυτοαξιολόγηση και όχι συγκεκριμένη ημερομηνία ενάρξεως ισχύος της ρήτρας, ή, ελλείψει τέτοιας ημερομηνίας, τα μέρη να προβούν τουλάχιστον σε αυτή την αυτοαξιολόγηση το συντομότερο δυνατό μετά την υπογραφή της συμφωνίας και, σε κάθε περίπτωση, πριν από την προβλεπόμενη έναρξη ισχύος της ρήτρας κατά τον χρόνο της περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (αιτιολογικές σκέψεις 250 έως 255 και 309 επ. της προσβαλλομένης αποφάσεως). Στο μέτρο που η προσφεύγουσα αρκείται στην επισήμανση ότι «τα μέρη μπορούν να κρίνουν ότι απαιτείται να προβλεφθεί συγκεκριμένη προθεσμία όπως και το αντίθετο», ότι, καθώς η υποχρέωση μη ανταγωνισμού που προβλεπόταν από τη ρήτρα δεν ήταν δεσμευτική ενόσω δεν είχε επικυρωθεί η νομιμότητά της, η PT δεν είχε θεωρήσει επείγον να διευκρινιστεί το ζήτημα αυτό και το θέμα «ξεχάστηκε», και ότι, υπό τις περιστάσεις της υπό κρίση

υποθέσεως, «είναι κατανοητό το ότι τα μέρη δεν επέδειξαν υπερβάλλοντα ζήλο για τη διευκρίνιση του ζητήματος», διαπιστώνεται ότι δεν κατόρθωσε να εξηγήσει την απουσία ημερομηνίας για την πραγματοποίηση της αυτοαξιολογήσεως και την καθυστέρηση της εφαρμογής της.

149 Η ένορκη δήλωση της M. R. S. S. N., υπεύθυνης της διευθύνσεως ανταγωνισμού της PT κατά τον χρόνο συνάψεως της συμφωνίας και κατά τον χρόνο της συμφωνίας καταργήσεως της ρήτρας, την οποία προσκόμισε η Επιτροπή ως παράρτημα Β.1 στο υπόμνημα αντικρούσεως, δεν αναιρεί τη διαπίστωση αυτή. Η M. R. S. S. N. δηλώνει, βέβαια, στην ανωτέρω δήλωση ότι, κατά τη διάρκεια των τηλεφωνικών διασκέψεων μεταξύ της Telefónica και της PT κατά τον Οκτώβριο του 2010, αξιολογήθηκε το συμβατό της ρήτρας προς το δίκαιο του ανταγωνισμού, ότι το συμπέρασμα που συνήχθη ήταν ότι τα μέρη δεν μπορούσαν να δεσμευτούν υπό τους όρους που είχαν αρχικά προβλεφθεί και ότι από τις διασκέψεις αυτές προκύπτει, επίσης, ότι η υποχρέωση που είχε θεσπιστεί στη ρήτρα μπορούσε να θεωρηθεί ότι είχε εκπληρωθεί αφ' ης στιγμής τα μέρη προέβησαν στην εξέταση της νομιμότητάς της και κατέληξαν ότι το αντικείμενό της είναι αδύνατο (βλ. επίσης αιτιολογική σκέψη 117 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Όπως υπογραμμίζει, όμως, η Επιτροπή (αιτιολογικές σκέψεις 120 και 122 της προσβαλλομένης αποφάσεως), η δήλωση αυτή δεν αποτελεί απόδειξη του περιεχομένου των συζητήσεων του Οκτωβρίου του 2010 σύγχρονη με τα πραγματικά περιστατικά, κάτι που θα της έδινε μεγαλύτερη αποδεικτική αξία (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 11ης Μαρτίου 1999, Ensidesa κατά Επιτροπής, T-157/94, Συλλογή, EU:T:1999:54, σκέψη 312, και της 16ης Δεκεμβρίου 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie κατά Επιτροπής, T-5/00 και T-6/00, Συλλογή, EU:T:2003:342, σκέψη 181). Εξάλλου, ακόμη και αν η μαρτυρία ενός άμεσου μάρτυρα των περιστατικών που κατέθεσε πρέπει κατ' αρχήν να θεωρηθεί αποδεικτικό στοιχείο με υψηλή αποδεικτική αξία (απόφαση της 3ης Μαρτίου 2011, Siemens κατά Επιτροπής, T-110/07, Συλλογή, EU:T:2011:68, σκέψη 75), πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η επίμαχη δήλωση έγινε εν προκειμένω από πρόσωπο το οποίο θα μπορούσε να έχει άμεσο συμφέρον στην υπόθεση και δεν μπορεί να θεωρηθεί ανεξάρτητο από την προσφεύγουσα (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προαναφερθείσα απόφαση Siemens κατά Επιτροπής, EU:T:2011:68, σκέψεις 69 και 70).

150 Κατά συνέπεια, βάσει όλων των υπαρχόντων στοιχείων, η δήλωση αυτή ως μοναδικό αποδεικτικό στοιχείο δεν επαρκεί για να αποδειχθεί ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, υπενθυμίζεται δε ότι, όσον αφορά την αποδεικτική αξία που πρέπει να αναγνωρίζεται στα διάφορα αποδεικτικά στοιχεία, το μόνο πρόσφορο κριτήριο για την εκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων που προσκομίζονται ελεύθερα έγκειται στην αξιοπιστία τους (βλ. απόφαση της 8ης Ιουλίου 2004, Mannesmannröhren-Werke κατά Επιτροπής, T-44/00, Συλλογή, EU:T:2004:218, σκέψη 84 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία· αποφάσεις της 8ης Ιουλίου 2004, Dalmine κατά Επιτροπής, T-50/00, Συλλογή, EU:T:2004:220, σκέψη 72, και JFE Engineering κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-67/00, T-68/00, T-71/00 και T-78/00, Συλλογή, EU:T:2004:221, σκέψη 273) και ότι, βάσει των γενικών κανόνων που διέπουν την απόδειξη, η αξιοπιστία και, άρα, η αποδεικτική αξία ενός εγγράφου εξαρτάται από την προέλευσή του, τις περιστάσεις υπό τις οποίες καταρτίστηκε, τον αποδέκτη του και το κατά πόσον το περιεχόμενό του είναι λογικό και αξιόπιστο (απόφαση της 15ης Μαρτίου 2000, Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-25/95, T-26/95, T-30/95 έως T-32/95, T-34/95 έως T-39/95, T-42/95 έως T-46/95, T-48/95, T-50/95 έως T-65/95, T-68/95 έως T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 και T-104/95, Συλλογή, EU:T:2000:77, σκέψη 1053).

151 Τέταρτον, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της εκτιμήσεως της Επιτροπής (αιτιολογικές σκέψεις 313 έως 323 της προσβαλλομένης αποφάσεως) σε σχέση με τη συμφωνία καταργήσεως της ρήτρας (βλ. σκέψη 29 ανωτέρω). Κατά την Επιτροπή, κατ' ουσίαν, η συμφωνία καταργήσεως δεν επιτρέπει να υποστηριχθεί η θέση ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως η οποία εκπληρώθηκε κατά τις τηλεφωνικές διασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010, ιδίως διότι από κανένα σημείο του γράμματος της συμφωνίας περί καταργήσεως δεν μπορεί να συσχετισθεί η απόφαση να καταργηθεί η ρήτρα με κάποια υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως (αιτιολογική σκέψη 315 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Οι αιτιολογικές σκέψεις της συμφωνίας περί καταργήσεως της ρήτρας εξηγούν τις περιστάσεις υπό τις οποίες τα μέρη κατέληξαν στην απόφαση να «καταργήσουν» τη ρήτρα, χωρίς να

γίνεται όμως αναφορά στις τηλεφωνικές διασκέψεις του Οκτωβρίου (αιτιολογική σκέψη 316 της προσβαλλομένης αποφάσεως), και το γράμμα της συμφωνίας περί καταργήσεως της ρήτρας αναφέρει ακριβώς ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση μη ανταγωνισμού και όχι υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως (αιτιολογικές σκέψεις 317 έως 322 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

152 Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ερμηνεία της Επιτροπής εκκινεί από την εσφαλμένη παραδοχή ότι τα μέρη υποστήριξαν ότι η ρήτρα περιλάμβανε μόνο την υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, ενώ η PT υποστήριζε παγίως ότι η ρήτρα περιλάμβανε δύο υποχρεώσεις, μία προκαταρκτική υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και μία δευτερεύουσα υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Υπό το πρίσμα της ανωτέρω ερμηνείας της καταστάσεως, η συμφωνία περί καταργήσεως δεν αντέβαινε στην άποψη ότι η ρήτρα θέσπιζε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως.

153 Η επιχειρηματολογία αυτή πρέπει να απορριφθεί. Ακόμη και αν έπρεπε να ληφθεί υπόψη η ερμηνεία κατά την οποία η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και υποχρέωση μη ανταγωνισμού, διαπιστώνεται ότι δεν αναιρείται η επιχειρηματολογία της Επιτροπής που συνοψίσθηκε στη σκέψη 151 ανωτέρω. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, απλώς, ότι η συμφωνία περί καταργήσεως «επιβεβαιώνει» την ερμηνεία των μερών κατά τις τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010 και ότι η επισήμανση στη συμφωνία αυτή ότι η ρήτρα «δεν μπορεί να εκτελεσθεί και δεν έχει ήδη εκτελεστεί» φαίνεται αντιφατική μόνον αν η ρήτρα περιοριστεί σε μια υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, καθώς θα ήταν αντιφατικό να υποστηριχθεί ότι η υποχρέωση δεν μπορεί να εκτελεσθεί και δεν έχει ήδη εκτελεσθεί, ενώ τα μέρη υποστηρίζουν ακριβώς ότι η άσκηση της αυτοαξιολογήσεως που είχε προβλεφθεί από τη ρήτρα πραγματοποιήθηκε, αλλά ένας τέτοιος ισχυρισμός δεν θα ήταν αντιφατικός αν γινόταν δεκτό ότι η ρήτρα περιλάμβανε μία υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και μία υποχρέωση μη ανταγωνισμού, εφόσον, στην περίπτωση αυτή, δεν θα ήταν αντιφατικό να υποστηριχθεί ότι η υποχρέωση που προβλέπεται από τη ρήτρα δεν μπορεί να εκτελεσθεί και δεν έχει ήδη εκτελεσθεί.

154 Η επιχειρηματολογία, όμως, αυτή δεν αναιρεί το ότι η συμφωνία δεν κάνει μνεία των τηλεδιασκέψεων του Οκτωβρίου του 2000, της υποτιθέμενης ερμηνείας της ρήτρας που έγινε δεκτή κατά τις τηλεδιασκέψεις αυτές, του γεγονότος ότι η συμφωνία αυτή επιβεβαίωνε το υποτιθέμενο αποτέλεσμα των διασκέψεων ή, εν γένει, του γεγονότος ότι η ρήτρα περιλάμβανε την υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως. Ακόμη και αν γίνει δεκτή η προβληθείσα από την PT διαφοροποίηση μεταξύ της απόψεως ότι η ρήτρα περιλάμβανε μία υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και της απόψεως ότι η ρήτρα περιλάμβανε μία υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως και μία υποχρέωση μη ανταγωνισμού, οι όροι της συμφωνίας καταργήσεως και ιδίως η δήλωση ότι η ρήτρα δεν μπορεί να εκτελεσθεί και δεν έχει ήδη εκτελεσθεί παραμένουν αντιφατικά βάσει μιας τέτοιας ερμηνείας.

155 Πέμπτον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η Επιτροπή εσφαλμένα υποστηρίζει, στην αιτιολογική σκέψη 115 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η απάντηση της PT στην από 5 Ιανουαρίου 2011 αίτηση παροχής πληροφοριών δεν αναφέρει ότι η ρήτρα πρέπει να ερμηνευθεί ως συνοδευόμενη από την υποχρέωση να πραγματοποιηθεί αυτοαξιολόγηση και εσφαλμένα επισημαίνει, στην αιτιολογική σκέψη 303 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι τα μέρη πριν από τις απαντήσεις τους στην ανακοίνωση αιτιάσεων δεν είχαν αναφέρει ότι η ρήτρα προέβλεπε την υποχρέωση πραγματοποιήσεως αυτοαξιολογήσεως.

156 Σημειώνεται ότι στα σημεία 30, 31 και 32 της απαντήσεώς της στην αίτηση παροχής πληροφοριών η PT ανέφερε ότι «[γ]εγονός είναι ότι, παρότι η ύπαρξη του όρου αυτού δημοσιοποιήθηκε [με δική της μέριμνα] στις 9 Ιουνίου 2010 (βλ. παράρτημα 10), στη συνέχεια η ο όρος ξεχάστηκε, καθώς η επιχείρηση δεν είχε πλέον την αίσθηση ότι δεσμευόταν από αυτόν και δεν είχε την προσδοκία να απαιτήσει οποιαδήποτε συμπεριφορά εκ μέρους της Telefónica βάσει αυτού, τουλάχιστον πριν πραγματοποιηθεί αξιολόγηση της νομιμότητας του όρου». Προσέθεσε ότι «το ζήτημα αυτό άρχισε εκ νέου να απασχολεί όταν παρουσιάστηκαν οι ειδήσεις στις εφημερίδες της 23ης και της 24ης Αυγούστου και της 19ης [Οκτωβρίου] 2010», ότι, «[κ]ατόπιν αυτών των δημοσιευμάτων, έδωσε οδηγίες στους δικηγόρους της να επικοινωνήσουν με τους δικηγόρους της Telefónica προκειμένου να διευκρινιστεί το ζήτημα» και ότι «πραγματοποιήθηκαν δύο τηλεδιασκέψεις στις 26 και στις

29 Οκτωβρίου 2010 οι οποίες κατέληξαν στο ότι δεν συνέτρεχαν επαρκείς λόγοι για τη ρήτρα μη ανταγωνισμού και ότι δεν είχε καμία χρησιμότητα, με αποτέλεσμα να είναι προτιμότερο να καταργηθεί».

157 Ακόμη και αν η PT δεν ανέφερε ρητά ότι η βασική υποχρέωση που θέσπιζε η ρήτρα ήταν η υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως, δήλωσε πάντως ότι «δεν είχε [...] την αίσθηση ότι δεσμευόταν από τη ρήτρα και δεν είχε την προσδοκία να απαιτήσει οποιαδήποτε συμπεριφορά εκ μέρους της Telefónica βάσει της ρήτρας, τουλάχιστον πριν πραγματοποιηθεί αξιολόγηση της νομιμότητας του όρου αυτού», κάτι που συνεπάγεται την ιδέα της αξιολογήσεως της νομιμότητας της ρήτρας πριν αυτή τεθεί σε ισχύ.

158 Ακόμη κι αν μπορούσε να μετριαστεί η επισήμανση της Επιτροπής ότι τα μέρη δεν είχαν αναφέρει, πριν από τις απαντήσεις τους στην ανακοίνωση αιτιάσεων, ότι η ρήτρα περιλάμβανε την υποχρέωση να προβούν σε αυτοαξιολόγηση, πάντως οι επίμαχες δηλώσεις δεν βεβαιώνουν ότι η ρήτρα θα καθίστατο ανίσχυρη μετά την πραγματοποίηση της αυτοαξιολογήσεως και, άλλωστε, το ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε στο πλαίσιο της υπό κρίση προσφυγής ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου ούτε ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως ούτε ότι η ρήτρα θα καθίστατο ανίσχυρη μετά την πραγματοποίηση της αυτοαξιολογήσεως τον Οκτώβριο του 2010, δεν αναιρείται από το ότι η PT είχε ήδη υπαινιχθεί στην απάντησή της επί της αιτήσεως παροχής πληροφοριών της 5ης Ιανουαρίου 2011 ότι η νομιμότητα της ρήτρας έπρεπε να επικυρωθεί πριν αυτή τεθεί σε ισχύ.

159 Τέλος, έκτον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, σε κάθε περίπτωση, η Επιτροπή έπρεπε να κρίνει ότι η ρήτρα δεν ήταν αποτελεσματική, διότι τα μέρη είχαν αρκετά επιχειρήματα προκειμένου να μην τηρήσουν την υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Έτσι, κατά την προσφεύγουσα, καθίσταται προφανές, από την ανάγνωση των διευκρινίσεων της Telefónica και της PT, ότι τα μέρη δεν είχαν τα ίδια συμφέροντα ως προς τη ρήτρα αυτή, καθώς η Telefónica υποστήριζε ότι την είχε αποδεχτεί για να γίνει εφικτή η συναλλαγή Vivo, ενώ η PT είχε συμφέρον να υιοθετηθεί η ρήτρα για να προστατευθεί λόγω του δικαιώματος εξαγοράς. Επομένως, τα δύο μέρη είχαν διαφορετική άποψη ως προς αυτό που επιτρεπόταν από τον νόμο και κατά συνέπεια διέθεταν αρκετά επιχειρήματα το ένα σε βάρος του άλλου προκειμένου να μην τηρήσουν την υποχρέωση μη ανταγωνισμού.

160 Η επιχειρηματολογία αυτή πρέπει να απορριφθεί χωρίς να απαιτείται να εξετασθούν οι λόγοι που προβάλλονται υπέρ του ότι τα μέρη διέθεταν αρκετά επιχειρήματα για να μην τηρήσουν την υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Ως προς το ζήτημα αυτό αρκεί να υπομνησθεί ότι, βάσει του άρθρου 101, παράγραφος 2, ΣΛΕΕ, οι συμφωνίες που απαγορεύονται δυνάμει του άρθρου αυτού είναι αυτοδικαίως άκυρες, με αποτέλεσμα καμία επιχείρηση να μην έχει την υποχρέωση να τις τηρήσει. Δεδομένου ότι η ακυρότητα που προβλέπει το άρθρο 101, παράγραφος 2, είναι απόλυτη, η άκυρη δυνάμει αυτής της διατάξεως συμφωνία δεν παράγει αποτελέσματα μεταξύ των συμβαλλομένων και δεν μπορεί να αντιταχθεί έναντι τρίτων (βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση της 25ης Νοεμβρίου 1971, Béguelin Import, 22/71, Συλλογή, EU:C:1971:113, σκέψη 29). Επομένως, το ότι προβάλλεται ότι υπήρχαν «επιχειρήματα για την μη τήρηση της υποχρεώσεως μη ανταγωνισμού» δεν απαλλάσσει μια συμφωνία από την απαγόρευση που θεσπίζεται στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ.

161 Από όλα τα ανωτέρω προκύπτει ότι το επιχείρημα που στηρίζεται στο ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως πρέπει να απορριφθεί.

Επί του επιχειρήματος που στηρίζεται στην παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ λόγω της παραλείψεως εξετάσεως των όρων του δυνητικού ανταγωνισμού

162 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη παραλείποντας να ελέγξει τους όρους του δυνητικού ανταγωνισμού προκειμένου να κρίνει κατά πόσο, δεδομένης της διαρθρώσεως των σχετικών αγορών και του οικονομικού και νομικού πλαισίου, υφίσταντο πραγματικές και συγκεκριμένες δυνατότητες ανταγωνισμού μεταξύ της Telefónica και της PT στις σχετικές αγορές τις

οποίες προβάλλεται ότι αφορούσε η ρήτρα. Ο χαρακτηρισμός, όμως, ενός περιορισμού του ανταγωνισμού ως «περιορισμού ως εκ του αντικειμένου» εξαρτάται, επίσης, από το κατά πόσον είναι ικανός να αναπτύξει περιοριστικά αποτελέσματα.

163 Ως προς το ζήτημα αυτό η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, λόγω νομικών και κανονιστικών εμποδίων για την είσοδο και την επέκταση στην πορτογαλική αγορά ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και λόγω των εμποδίων που είναι εγγενή στην ίδια τη διάρθρωση, τα χαρακτηριστικά και τις ιδιαιτερότητες των επίμαχων αγορών, τα μέρη δεν μπορούσαν να θεωρηθούν δυνητικοί ανταγωνιστές.

164 Η προσφεύγουσα προσάπτει, επίσης, στην Επιτροπή ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση παρέβλεψε τη λεπτομερή ανάλυση στην οποία είχε προβεί η προσφεύγουσα στην απάντησή της επί της ανακοινώσεως αιτιάσεων σχετικά με τις αγορές ηλεκτρονικών επικοινωνιών στην Πορτογαλία και τα εμπόδια που καθιστούν αδύνατο τον ανταγωνισμό στις αγορές αυτές, αρκέστηκε σε μια γενική επιχειρηματολογία που δεν ανταποκρίνεται στις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη νομολογία και δεν αντέκρουσε μεγάλο μέρος των επιχειρημάτων τα οποία είχαν προβληθεί από την προσφεύγουσα.

165 Πρώτον, από την επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας προκύπτει ότι αυτό κατά του οποίου βάλλει στην πραγματικότητα δεν είναι η τυπική αιτιολογία της προσβαλλομένης αποφάσεως, αλλά το γεγονός ότι η Επιτροπή παρέλειψε, εσφαλμένα κατά την προσφεύγουσα, να μελετήσει τη διάρθρωση των επηρεαζόμενων αγορών και των πραγματικών δυνατοτήτων να υπάρξει ανταγωνισμός μεταξύ των μερών στις αγορές αυτές.

166 Σε κάθε περίπτωση, βάσει των αιτιολογικών σκέψεων 265 έως 278 της προσβαλλομένης αποφάσεως, φαίνεται ότι η Επιτροπή εξήγησε τους λόγους για τους οποίους δεν έκρινε αναγκαίο να προβεί σε λεπτομερή ανάλυση της διαρθρώσεως των επηρεαζόμενων αγορών και ότι απάντησε στα επιχειρήματα που είχαν διατυπώσει τα μέρη στις απαντήσεις τους επί της ανακοινώσεως αιτιάσεων σχετικά με την ύπαρξη δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ τους, όπως αυτές συνοψίσθηκαν στις αιτιολογικές σκέψεις 268 έως 270 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Επομένως, στο μέτρο που η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας μπορεί να θεωρηθεί ότι βάλλει, κατά γενικό τρόπο, κατά της ελλείψεως αιτιολογίας της προσβαλλομένης αποφάσεως ως προς το ζήτημα αυτό, δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

167 Ειδικότερα, αφενός, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, στις σκέψεις 136 και 318 του δικογράφου της προσφυγής, ότι η Επιτροπή δεν αντέκρουσε στην προσβαλλόμενη απόφαση το επιχείρημα που επαναλήφθηκε στην αιτιολογική της σκέψη 169, κατά το οποίο, αν εξαιρούνταν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας ορισμένες αγορές λιανικής, έπρεπε να εξαιρεθούν και οι αντίστοιχες αγορές χονδρικής, καθώς ο πραγματικός ή ο δυνητικός ανταγωνισμός στις αγορές λιανικής καθορίζει τον ανταγωνισμό στις αγορές χονδρικής, και αν η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεν καταλαμβάνει τις πρώτες τότε δεν περιλαμβάνει ούτε τις δεύτερες. Από την ανάγνωση των αιτιολογικών σκέψεων 153, 154 και 169 της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει, όμως, ότι η Επιτροπή έκρινε ότι τα μέρη έπρεπε να θεωρηθούν δυνητικοί ανταγωνιστές στο σύνολο των αγορών των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και των τηλεοπτικών υπηρεσιών και ότι, επομένως, στο μέτρο που δεν έκανε δεκτή την παραδοχή ότι ορισμένες αγορές λιανικής έπρεπε να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, δεν χρειαζόταν να αντικρουσθεί το επιχείρημα ότι οι αγορές χονδρικής που αντιστοιχούσαν σε αυτές τις αγορές λιανικής έπρεπε να αποκλεισθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας.

168 Αφετέρου, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν γίνεται καθόλου ή γίνεται ελάχιστα αναφορά στο ζήτημα ποιες αγορές μπορούσαν πράγματι να αποτελούν αντικείμενο της επίμαχης συμφωνίας. Στο μέτρο που η αιτίαση αυτή αφορά και την τήρηση εκ μέρους της Επιτροπής της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, πρέπει να απορριφθεί καθώς, στο τμήμα 5.3 της προσβαλλομένης αποφάσεως (αιτιολογικές σκέψεις 186 έως 197), η Επιτροπή παρέθεσε τις «σχετικές αγορές προϊόντων», αναφερόμενη, σε αντίθεση προς όσα προβάλλει η προσφεύγουσα, όχι μόνο στις κατευθύνσεις που είχε διατυπώσει στην από 17 Δεκεμβρίου 2007 σύστασή της αναφορικά με τις σχετικές αγορές προϊόντων και υπηρεσιών στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίες

επιδέχονται εκ των προτέρων κανονιστική ρύθμιση, σύμφωνα με την οδηγία 2002/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με κοινό κανονιστικό πλαίσιο για δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών (ΕΕ 2002, L 344, σ. 65), αλλά και στις προγενέστερες αποφάσεις της και τη νομολογία (αιτιολογική σκέψη 186 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Εξάλλου, στο τμήμα 5.5 της προσβαλλομένης αποφάσεως (αιτιολογικές σκέψεις 200 έως 233 της προσβαλλομένης αποφάσεως), η Επιτροπή ανέλυσε την «παρουσία των μερών στις επίμαχες αγορές». Τέλος, επισήμανε ότι, λόγω της εκτάσεως του πεδίου εφαρμογής της ρήτρας, μπορούσαν να παραμείνουν ανοιχτά τα ακριβή όρια καθεμίας από τις σχετικές αγορές.

169 Δεύτερον, όσον αφορά την αιτίαση που στηρίζεται στην εσφαλμένη εκτίμηση της «δυνατότητας» της ρήτρας να περιορίσει τον ανταγωνισμό μεταξύ της PT και της Telefónica λόγω της θέσεως της Επιτροπής κατά την οποία, εν προκειμένω, δεν ήταν υποχρεωμένη να προβεί σε λεπτομερή ανάλυση της δομής των σχετικών αγορών, πρέπει να επισημανθούν, όπως προκύπτουν από την προσβαλλόμενη απόφαση, τρία στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι δεν παρίστατο αναγκαία καμία λεπτομερής ανάλυση του δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών για κάθε ειδική αγορά για να κριθεί αν η συμφωνία αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού (αιτιολογική σκέψη 278 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

170 Καταρχάς, η Επιτροπή επισήμανε ότι η σύναψη συμφωνίας περί μη ανταγωνισμού ή η εξέταση της ανάγκης να γίνει αυτοαξιολόγηση της νομιμότητας και του πεδίου εφαρμογής παρεπόμενης δεσμεύσεως περί μη ανταγωνισμού, αν γινόταν δεκτή η ερμηνεία της ρήτρας που προτείνεται από τα μέρη, αποτελούσε αναγνώριση εκ μέρους των μερών ότι ήταν έστω δυνητικοί ανταγωνιστές ως προς ορισμένες υπηρεσίες. Πράγματι, αν δεν υπήρχε κανένας δυνητικός ανταγωνισμός, δεν θα υπήρχε λόγος να συναφθεί κανενός είδους συμφωνία περί μη ανταγωνισμού ή να εξετασθεί το ενδεχόμενο πραγματοποιήσεως αυτοαξιολογήσεως σχετικά με δέσμευση μη ανταγωνισμού (αιτιολογική σκέψη 271 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

171 Ακολούθως η Επιτροπή επισήμανε ότι το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας ήταν ευρύ, δεδομένου ότι η ρήτρα εφαρμοζόταν για το σύνολο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθώς και για τις τηλεοπτικές υπηρεσίες (αιτιολογικές σκέψεις 141, 265 και 278 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

172 Τέλος, η Επιτροπή επισήμανε ότι οι υπηρεσίες αυτές είχαν απελευθερωθεί σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της Ένωσης, το οποίο επέτρεπε και ενθάρρυνε τον ανταγωνισμό των παρόχων (αιτιολογική σκέψη 265 της προσβαλλομένης αποφάσεως), και ότι το πλαίσιο αυτής της απελευθερώσεως, εντός του οποίου ο ανταγωνισμός ήταν πιθανός και ενθαρρυνόταν η ύπαρξή του, έπρεπε να αποτελέσει το σημείο αφετηρίας για την αξιολόγηση της ρήτρας (αιτιολογική σκέψη 267 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

173 Υπενθυμίζεται, άλλωστε, ότι, πράγματι, για να έχει η συμφωνία αντικείμενο το οποίο στρέφεται κατά του ανταγωνισμού, πρέπει να είναι ικανή να προκαλέσει αρνητικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό, ήτοι να είναι εν τοις πράγμασι ικανή να παρεμποδίσει, να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό εντός της εσωτερικής αγοράς (απόφαση της 14ης Μαρτίου 2013, Allianz Hungária Biztosító κ.λπ., C-32/11, Συλλογή, EU:C:2013:160, σκέψη 38).

174 Εξάλλου, υπενθυμίζεται εκ νέου (βλ. σκέψη 90 ανωτέρω) ότι, προκειμένου να κριθεί αν συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων ή απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων είναι αρκούντως επιζήμια ώστε να θεωρείται ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, επιβάλλεται η συνεκτίμηση των όρων της, των σκοπών της, καθώς και του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται. Στο πλαίσιο της αξιολόγησης του ανωτέρω πλαισίου πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη η φύση των επηρεαζόμενων από τη συμφωνία προϊόντων ή υπηρεσιών, καθώς και οι πραγματικές συνθήκες λειτουργίας και διαρθρώσεως της οικείας αγοράς ή των οικείων αγορών (βλ. απόφαση CB κατά Επιτροπής, σκέψη 86 ανωτέρω, EU:C:2014:2204, σκέψη 53 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

175 Παρότι, όμως, κατά την ερμηνεία του πλαισίου μιας συμφωνίας πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι πραγματικές συνθήκες της λειτουργίας και της διαρθρώσεως της οικείας αγοράς ή των οικείων αγορών, η Επιτροπή δεν οφείλει να προβαίνει πάντα σε ακριβή ορισμό της επίμαχης αγοράς ή των επίμαχων αγορών. Πράγματι, ο προσδιορισμός της σχετικής αγοράς δεν έχει την ίδια σημασία όταν εφαρμόζεται το άρθρο 101 ΣΛΕΕ και όταν εφαρμόζεται το άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, ο προσήκων ορισμός της σχετικής αγοράς αποτελεί απαραίτητο και προαπαιτούμενο όρο κάθε κρίσεως αναφερομένης σε συμπεριφορά που θεωρείται αντίθετη προς τον ανταγωνισμό (αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1992, SIV κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-68/89, T-77/89 και T-78/89, Συλλογή, EU:T:1992:38, σκέψη 159, και της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Adriatica di Navigazione κατά Επιτροπής, T-61/99, Συλλογή, EU:T:2003:335, σκέψη 27), αφού, προκειμένου να αποδειχθεί η ύπαρξη καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως, πρέπει προηγουμένως να αποδειχθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως εντός συγκεκριμένης αγοράς, πράγμα που σημαίνει ότι η αγορά αυτή πρέπει προηγουμένως να έχει οριοθετηθεί. Αντιθέτως, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ακριβώς για να εξακριβωθεί αν η οικεία συμφωνία μπορεί να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και αν έχει ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρακώλυση, τον περιορισμό ή τη νόθευση των όρων του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς πρέπει να προσδιοριστεί η σχετική αγορά (αποφάσεις της 21ης Φεβρουαρίου 1995, SPO κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-29/92, Συλλογή, EU:T:1995:34, σκέψη 74, και Adriatica di Navigazione κατά Επιτροπής, προαναφερθείσα, EU:T:2003:335, σκέψη 27· βλ., επίσης, απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2007, Prym και Prym Consumer κατά Επιτροπής, T-30/05, EU:T:2007:267, σκέψη 86 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

176 Έτσι, στο πλαίσιο του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ δεν επιβάλλεται προηγούμενος καθορισμός της σχετικής αγοράς όταν το ίδιο το αντικείμενο της συμφωνίας είναι αντίθετο προς τον ανταγωνισμό, δηλαδή όταν η Επιτροπή ορθώς κατέληξε, χωρίς προηγούμενη οριοθέτηση της αγοράς, ότι η εν λόγω συμφωνία νοθεύει τον ανταγωνισμό και μπορεί να επηρεάζει αισθητά το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών. Πρόκειται, ιδίως, για τους πλέον επιζήμιους περιορισμούς του ανταγωνισμού, που απαγορεύονται ρητώς στο άρθρο 101, παράγραφος 1, στοιχεία α′ έως ε′, ΣΛΕΕ (προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Υ. Bot στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Erste Group Bank κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P και C-137/07 P, Συλλογή, EU:C:2009:192, σκέψεις 168 έως 175). Αν το ίδιο το αντικείμενο μιας συμφωνίας είναι να περιορίσει τον ανταγωνισμό με μια «κατανομή των αγορών», δεν απαιτείται να οριστούν οι επίμαχες αγορές με ακρίβεια, από τη στιγμή που ο πραγματικός ή δυνητικός ανταγωνισμός έχει κατ' ανάγκην περιοριστεί (απόφαση Mannesmannröhren-Werke κατά Επιτροπής, σκέψη 150 ανωτέρω, EU:T:2004:218, σκέψη 132).

177 Επομένως, στο μέτρο που η Επιτροπή διαπίστωσε εν προκειμένω ότι η ρήτρα για την οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση είχε ως αντικείμενο κατανομή αγορών, η προσφεύγουσα δεν μπορούσε να υποστηρίξει ότι ήταν αναγκαία η λεπτομερής ανάλυση των οικείων αγορών για να καθοριστεί αν η ρήτρα αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού.

178 Συγκεκριμένα, επιχειρήσεις οι οποίες συνάπτουν συμφωνία με σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού δεν μπορούν, κατ' αρχήν, να αποφύγουν την εφαρμογή του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ υποστηρίζοντας ότι η συμφωνία αυτή δεν αναμένεται να έχει σημαντική επίπτωση στον ανταγωνισμό (απόφαση Mannesmannröhren-Werke κατά Επιτροπής, σκέψη 150 ανωτέρω, EU:T:2004:218, σκέψη 130). Η συμφωνία για την οποία επιβλήθηκαν κυρώσεις στην υπό κρίση υπόθεση συνίστατο σε ρήτρα μη ανταγωνισμού, για την οποία τα μέρη είχαν ορίσει ότι εφαρμόζεται «σε κάθε έργο που αφορά των τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά», η δε ύπαρξη της ρήτρας αυτής δεν θα είχε κανένα νόημα αν δεν υφίστατο ανταγωνισμός που θα μπορούσε να περιοριστεί (αποφάσεις Mannesmannröhren-Werke κατά Επιτροπής, σκέψη 150 ανωτέρω, EU:T:2004:218, σκέψη 131, και της 21ης Μαΐου 2014, Toshiba κατά Επιτροπής, T-519/09, EU:T:2014:263, σκέψη 231).

179 Επομένως, η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας κατά την οποία η ύπαρξη μιας υποτιθέμενης συμφωνίας περί μη ανταγωνισμού δεν μπορούσε να αποτελέσει απόδειξη για την ύπαρξη δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών δεν ασκεί κάποια επιρροή.

180 Πράγματι, από τη νομολογία προκύπτει ότι η σύναψη μιας τέτοιας συμφωνίας αποτελεί τουλάχιστον ισχυρή ένδειξη περί της υπάρξεως δυνητικής σχέσεως ανταγωνισμού (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Toshiba κατά Επιτροπής, σκέψη 178 ανωτέρω, EU:T:2014:263, σκέψη 231). Όπως ορθώς υπογραμμίζει η Επιτροπή στην αιτιολογική σκέψη 271 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η σύναψη συμφωνίας περί μη ανταγωνισμού αποτελεί αναγνώριση εκ μέρους των μερών ότι είναι δυνητικοί, έστω, ανταγωνιστές ως προς ορισμένες υπηρεσίες. Εξάλλου, η ύπαρξη της συμφωνίας περί μη ανταγωνισμού είναι ένα μόνον από τα στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι υπήρχε δυνητικός ανταγωνισμός μεταξύ των μερών (βλ. σκέψεις 169 έως 172 ανωτέρω και σκέψη 182 κατωτέρω).

181 Ως προς το ζήτημα αυτό, από τη νομολογία προκύπτει ότι, όταν πρόκειται για απελευθερωμένη αγορά, όπως εν προκειμένω, η Επιτροπή δεν οφείλει να προβεί σε ανάλυση της διαρθρώσεως της οικείας αγοράς και του ζητήματος κατά πόσον η είσοδος στην αγορά αυτή αποτελούσε για καθένα από τα μέρη, βιώσιμη οικονομική στρατηγική (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψεις 89 έως 93), αλλά οφείλει να εξετάσει αν υφίστανται ανυπέρβλητα εμπόδια εισόδου στην αγορά, κάτι που θα απέκλειε κάθε δυνητικό ανταγωνισμό (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Toshiba κατά Επιτροπής, σκέψη 178 ανωτέρω, EU:T:2014:263, σκέψη 230).

182 Εν προκειμένω, όμως, η Επιτροπή δεν διαπίστωσε απλώς ότι η αγορά υπηρεσιών τηλεπικοινωνίας και τηλεοράσεως στην Ισπανία και την Πορτογαλία ήταν πλήρως απελευθερωμένη (βλ. σκέψη 172 ανωτέρω), αλλά επισήμανε επίσης ότι, καθ' ομολογίαν των ίδιων των μερών, τα μέρη είχαν παρουσία στις αγορές παροχής παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και στις αγορές διεθνών υπηρεσιών φορητότητας χονδρικής στο σύνολο της ιβηρικής αγοράς (αιτιολογικές σκέψεις 173, 174 και 272 της προσβαλλομένης αποφάσεως)· ότι δεν είχαν αποδείξει ότι η διάρκεια εφαρμογής που προβλεπόταν από τη ρήτρα είχε αποδειχθεί ανεπαρκής για την απόκτηση υφιστάμενου φορέα τηλεπικοινωνιών, ως μέσου για να αποκτήσουν ορισμένα δίκτυα χωρίς να χρειαστεί να τα αναπτύξουν (αιτιολογική σκέψη 273 της προσβαλλομένης αποφάσεως)· ότι δεν μπορούσε να γίνει επίκληση της σημερινής καταστάσεως της ισπανικής και της πορτογαλικής αγοράς για να αποκλειστεί η δυνατότητα επενδύσεων στον τομέα αυτό, στο μέτρο που, παρά την κρίση, οι επενδύσεις είχαν καταγράψει αύξηση ή ήταν πάντως σταθερές (αιτιολογική σκέψη 274 της προσβαλλομένης αποφάσεως)· και, τέλος, ότι η ίδια η Telefónica είχε παραδεχτεί ότι εξέταζε το ενδεχόμενο μιας δημόσιας προσφοράς εξαγοράς για εταιρία όπως η PT, με την ευκαιρία των διαπραγματεύσεων που αφορούσαν τη συναλλαγή Vivo, με αποτέλεσμα να είναι επίσης πιθανή η απόκτηση ανταγωνιστή της PT (αιτιολογικές σκέψεις 37 και 275 έως 277 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

183 Η προσφεύγουσα δεν προβάλλει στο δικόγραφο της προσφυγής κανένα στοιχείο που θα μπορούσε να καταδείξει ότι, παρά τα ανωτέρω στοιχεία, ήταν αναγκαία η λεπτομερής ανάλυση των επίμαχων αγορών προκειμένου να κριθεί αν η ρήτρα αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού ή προκειμένου να κριθεί ότι κανένα ανυπέρβλητο εμπόδιο δεν εμπόδιζε την είσοδο των μερών στις αντίστοιχες γειτονικές αγορές.

184 Επισημαίνεται, μάλιστα, ότι, πέραν της επιχειρηματολογίας της προσφεύγουσας που εξετάσθηκε ήδη στις σκέψεις 162 έως 181 ανωτέρω, η προσφεύγουσα αρκείται στα δικόγραφά της στην αμφισβήτηση της επιχειρηματολογίας της Επιτροπής η οποία συνοψίστηκε στη σκέψη 182 ανωτέρω, χωρίς η αμφισβήτηση αυτή να μπορεί να κλονίσει την ανάλυση της Επιτροπής κατά την οποία, εν προκειμένω, δεν όφειλε να προβεί σε λεπτομερή ανάλυση του δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών στις αγορές τις οποίες αφορούσε η ρήτρα.

185 Ομοίως, δεν μπορεί να γίνει δεκτή ούτε η πρόσθετη επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας, με την οποία προβλήθηκαν στοιχεία που θα αποδείκνυαν ότι η είσοδος στις οικείες αγορές δεν αποτελούσε στρατηγική προτεραιότητα των μερών ή δεν ήταν οικονομικά συμφέρουσα ή ελκυστική.

186 Πράγματι, χωρίς να απαιτείται να εξετασθεί αναλυτικά η επιχειρηματολογία αυτή, επισημαίνεται ότι, μολονότι η πρόθεση της επιχειρήσεως να διεισδύσει σε αγορά αποτελεί ενδεχομένως κρίσιμο στοιχείο προκειμένου να εξακριβωθεί αν μπορεί να θεωρηθεί δυνητικός ανταγωνιστής στην εν λόγω αγορά, εντούτοις το βασικό στοιχείο επί του οποίου πρέπει να στηρίζεται ένα τέτοιο συμπέρασμα είναι η ικανότητά της να διεισδύσει στην εν λόγω αγορά (βλ. απόφαση E.ON Ruhrgas και E.ON κατά Επιτροπής, σκέψη 99 ανωτέρω, EU:T:2012:332, σκέψη 87 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

187 Τέλος, όσον αφορά την επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας ότι, προδήλως, τίποτα στη συμφωνία περί μη ανταγωνισμού δεν εμπόδιζε την Telefónica να ενισχύσει την παρουσία της στη Zon και ότι, άρα, ήταν εξαιρετικά απίθανο η Telefónica να αναπτύξει και δική της υποδομή στην πορτογαλική αγορά, καθώς κάτι τέτοιο θα ζημίωνε τη δραστηριότητα της Zon, αφενός, επισημαίνεται ότι, όπως βεβαίωσε η Επιτροπή στην αιτιολογική σκέψη 164 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το επιχείρημα ότι η ρήτρα αυτή δεν εμπόδιζε την Telefónica να ενισχύσει την παρουσία της στη Zon δεν μπορεί να γίνει δεκτό, καθώς η ρήτρα περιλαμβάνει ρητώς απαγόρευση για «τη συμμετοχή ή την επένδυση, άμεσα ή έμμεσα μέσω θυγατρικής, σε κάθε έργο που αφορά τον τομέα των τηλεπικοινωνιών», κάτι που καταλαμβάνει και την αύξηση της συμμετοχής της Telefónica στη Zon. Αφετέρου, το ότι η Telefónica κατέχει ήδη μειοψηφική συμμετοχή στη Zon, της οποίας η αύξηση απαγορευόταν από τη ρήτρα, δεν μπορεί να αποδείξει ότι η Telefónica δεν αποτελεί δυνητικό ανταγωνιστή στην πορτογαλική αγορά, αλλά δείχνει ότι, αν δεν υπήρχε η ρήτρα, η Telefónica θα μπορούσε να αυξήσει τη συμμετοχή αυτή ή και να αποκτήσει συμμετοχή σε άλλους παρόχους.

188 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η Επιτροπή, παρά το ότι η ίδια η ύπαρξη της ρήτρας είναι ισχυρή ένδειξη περί υπάρξεως δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών, το αντικείμενό της αποτελεί συμφωνία κατανομής αγορών, είχε ευρύ πεδίο εφαρμογής και εντασσόταν σε πλαίσιο απελευθερωμένης αγοράς, έπρεπε να προβεί σε λεπτομερή ανάλυση της δομής των οικείων αγορών και του δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών στις αγορές αυτές, προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η ρήτρα αποτελούσε ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού. Επομένως, η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας η οποία στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ λόγω παραλείψεως εξετάσεως των συνθηκών δυνητικού ανταγωνισμού πρέπει να απορριφθεί.

Επί των επιχειρημάτων που στηρίζονται στην απουσία αποτελεσμάτων

189 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, πέραν του ότι η ρήτρα δεν περιλάμβανε κανέναν ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, η Επιτροπή δεν μπόρεσε να αποδείξει ούτε ότι η ρήτρα είχε αναπτύξει αποτελέσματα περιοριστικά για τον ανταγωνισμό ούτε ότι ήταν ικανή να αναπτύξει τέτοια αποτελέσματα.

190 Στο μέτρο που από την εξέταση των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας που αναφέρθηκαν στις σκέψεις 93 έως 188 ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι είναι εσφαλμένο το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι η ρήτρα αποτελεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας που συνοψίσθηκε στη σκέψη 189 ανωτέρω στηρίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι η επίμαχη συμπεριφορά δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού και, επομένως, η επιχειρηματολογία αυτή πρέπει να απορριφθεί. Από το ίδιο το γράμμα του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ προκύπτει ότι οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων απαγορεύονται, ανεξαρτήτως αποτελέσματος, εφόσον έχουν αντικείμενο αντίθετο προς τον ανταγωνισμό. Συνεπώς, εφόσον αποδεικνύεται το αντίθετο προς τον ανταγωνισμό αντικείμενο των προσαπτόμενων συμπεριφορών, δεν απαιτείται απόδειξη πραγματικών

αποτελεσμάτων αντίθετων προς τον ανταγωνισμό (βλ. απόφαση της 3ης Μαρτίου 2011, Siemens και VA Tech Transmission & Distribution κατά Επιτροπής, T-122/07 έως T-124/07, Συλλογή, EU:T:2011:70, σκέψη 75 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

191 Πράγματι, για την εφαρμογή του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, η λήψη υπόψη των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων μιας συμφωνίας είναι περιττή όταν είναι προφανές ότι η συμφωνία αυτή έχει ως αντικείμενο την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού. Τούτο ισχύει, μεταξύ άλλων, όσον αφορά συμφωνίες που συνεπάγονται πρόδηλους περιορισμούς του ανταγωνισμού όπως ο καθορισμός των τιμών και η κατανομή των αγορών (απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-389/10 P, Συλλογή, EU:C:2011:816, σκέψη 75).

192 Κατά τα λοιπά, πρέπει να απορριφθεί το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι η Επιτροπή, υποστηρίζοντας ότι αποτελεί ένδειξη, μη αποφασιστικής σημασίας, περί της εφαρμογής της ρήτρας το ότι τα μέρη δεν ανέπτυξαν νέες δραστηριότητες στην Ισπανία και στην Πορτογαλία (αιτιολογική σκέψη 365 της προσβαλλομένης αποφάσεως), απαιτεί από τα μέρη «probatio diabolica» ως προς το ότι η απουσία νέων δραστηριοτήτων δεν οφείλεται στη ρήτρα. Στο μέτρο που η Επιτροπή δεν στηρίζεται στο στοιχείο αυτό για να αποδείξει ότι η ρήτρα αποτελεί παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, αλλά στο ότι η ρήτρα είναι ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού και στο μέτρο που, επιπρόσθετα, η Επιτροπή επισήμανε ότι το ότι τα μέρη δεν ανέπτυξαν νέες δραστηριότητες στις επίμαχες αγορές είναι «ένδειξη μη αποφασιστικής σημασίας» ως προς το ότι η ρήτρα αυτή ενδέχεται να εκτελέσθηκε, η προσφεύγουσα δεν μπορεί να προσάψει στην Επιτροπή ότι απαίτησε από τα μέρη probatio diabolica.

193 Επομένως, η επιχειρηματολογία που στηρίζεται στο ότι η Επιτροπή δεν εξέτασε τα αποτελέσματα της ρήτρας πρέπει να απορριφθεί.

2. *Επί των αιτημάτων που αφορούν το ύψος του προστίμου*

194 Η προσφεύγουσα βάλλει επικουρικώς κατά του ύψους του προστίμου που της επιβλήθηκε και υποστηρίζει ότι το πρόστιμο πρέπει να μειωθεί διότι, ακόμη και αν η ρήτρα ήταν ικανή να αναπτύξει αποτελέσματα περιοριστικά για τον ανταγωνισμό, η Επιτροπή δεν αξιολόγησε σωστά την έκταση και τη διάρκεια των αποτελεσμάτων αυτών κατά τον καθορισμό του προστίμου, παραβιάζοντας τις αρχές που διέπουν τον υπολογισμό των προστίμων και την αρχή της αναλογικότητας.

α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

Επί των αρχών που διέπουν τον υπολογισμό των προστίμων

195 Υπενθυμίζεται ότι, κατά πάγια νομολογία, η Επιτροπή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τη μέθοδο υπολογισμού των προστίμων. Η μέθοδος αυτή, της οποίας το περίγραμμα δίνεται από τις κατευθυντήριες γραμμές, προβλέπει ορισμένο περιθώριο ευελιξίας, το οποίο παρέχει στην Επιτροπή τη δυνατότητα να ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003 (βλ., στο ίδιο πνεύμα και κατ' αναλογίαν, απόφαση της 3ης Σεπτεμβρίου 2009, Papierfabrik August Koehler κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-322/07 P, C-327/07 P και C-338/07 P, Συλλογή, EU:C:2009:500, σκέψη 112 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

196 Η σοβαρότητα των παραβιάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού της Ένωσης πρέπει να αποδεικνύεται βάσει ικανού αριθμού στοιχείων όπως είναι, μεταξύ άλλων, τα ιδιαίτερα περιστατικά της υποθέσεως, το πλαίσιό της και ο αποτρεπτικός χαρακτήρας των προστίμων, τούτο δε χωρίς να υφίσταται δεσμευτικός ή εξαντλητικός κατάλογος κριτηρίων που πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνονται υπόψη (αποφάσεις της

19ης Μαρτίου 2009, Archer Daniels Midland κατά Επιτροπής, C-510/06 P, Συλλογή, EU:C:2009:166, σκέψη 72, και της 3ης Σεπτεμβρίου 2009, Prym και Prym Consumer κατά Επιτροπής, C-534/07 P, Συλλογή, EU:C:2009:505, σκέψη 54).

197 Όπως αναφέρθηκε στη σκέψη 52 ανωτέρω, η Επιτροπή καθόρισε εν προκειμένω το ποσό των προστίμων εφαρμόζοντας τη μέθοδο που προβλέπεται στις κατευθυντήριες γραμμές.

198 Καίτοι οι κατευθυντήριες αυτές γραμμές δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως κανόνας δικαίου τον οποίο οφείλει να τηρεί σε κάθε περίπτωση η Διοίκηση, εντούτοις περιέχουν κανόνα συμπεριφοράς που υποδεικνύει την ακολουθητέα τακτική, από την οποία η Διοίκηση δεν μπορεί να παρεκκλίνει σε κάποια συγκεκριμένη περίπτωση χωρίς να προσδιορίσει τους λόγους, οι οποίοι πρέπει να συμβιβάζονται με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως (βλ., κατ' αναλογίαν, αποφάσεις της 28ης Ιουνίου 2005, Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P έως C-208/02 P και C-213/02 P, Συλλογή, EU:C:2005:408, σκέψη 209 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, και της 8ης Οκτωβρίου 2008, Carbone-Lorraine κατά Επιτροπής, T-73/04, Συλλογή, EU:T:2008:416, σκέψη70).

199 Η Επιτροπή, υιοθετώντας τέτοιους κανόνες συμπεριφοράς και αναγγέλλοντας, με τη δημοσίευσή τους, ότι στο εξής θα τους εφαρμόζει στις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους, αυτοπεριορίζεται κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας και δεν μπορεί να αποστεί από τους κανόνες αυτούς, χωρίς να κινδυνεύει να υποστεί τις συνέπειες της παραβιάσεως γενικών αρχών του δικαίου, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης (βλ., κατ' αναλογίαν, αποφάσεις Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 198 ανωτέρω, EU:C:2005:408, σκέψη 211 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, και Carbone-Lorraine κατά Επιτροπής, σκέψη 198 ανωτέρω, EU:T:2008:416, σκέψη 71).

200 Εξάλλου, οι κατευθυντήριες γραμμές ορίζουν, κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, τη μεθοδολογία που η Επιτροπή αυτοβούλως δεσμεύθηκε να ακολουθεί κατά τον καθορισμό του ύψους των προστίμων και, κατά συνέπεια, εγγυώνται την ασφάλεια δικαίου για τις επιχειρήσεις (βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 98 ανωτέρω, EU:C:2005:408, σκέψεις 211 και 213).

201 Τα σημεία 4 και 5 των κατευθυντήριων γραμμών ορίζουν τα εξής:

«4. Η εξουσία της Επιτροπής να επιβάλει πρόστιμα σε επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων οι οποίες, εκ προθέσεως ή εξ αμελείας, παραβιάζουν τις διατάξεις των άρθρων [101 ΣΛΕΕ] ή [102 ΣΛΕΕ], αποτελεί ένα από τα μέσα που διαθέτει η Επιτροπή για τη διεκπεραίωση της αποστολής εποπτείας που της αναθέτει η Συνθήκη. Η αποστολή αυτή δεν περιλαμβάνει μόνο το καθήκον να διερευνά και να επιβάλλει κυρώσεις επί συγκεκριμένων παραβάσεων, αλλά επίσης το καθήκον να ακολουθεί μια γενική πολιτική εφαρμογής, στον τομέα του ανταγωνισμού, των αρχών που θεσπίζονται από τη Συνθήκη και να κατευθύνει τη συμπεριφορά των επιχειρήσεων προς την τήρηση των αρχών αυτών. Για το σκοπό αυτό, η Επιτροπή πρέπει να διασφαλίζει ότι η δράση της έχει τον αναγκαίο αποτρεπτικό χαρακτήρα. Κατά συνέπεια, όταν η Επιτροπή διαπιστώνει παράβαση των διατάξεων των άρθρων [101 ΣΛΕΕ] ή [102 ΣΛΕΕ], η επιβολή προστίμου προς εκείνους που παραβίασαν τις διατάξεις αυτές μπορεί να είναι απαραίτητη. Τα πρόστιμα πρέπει να έχουν ένα επαρκώς αποτρεπτικό αποτέλεσμα, όχι μόνο ως κύρωση που επιβάλλεται στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις (ειδικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα), αλλά επίσης για την αποτροπή άλλων επιχειρήσεων να υιοθετήσουν συμπεριφορές που αντίκεινται προς τις διατάξεις των άρθρων [101 ΣΛΕΕ] και [102 ΣΛΕΕ] ή να συνεχίσουν τέτοιου είδους συμπεριφορές (γενικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα).

5. Για την επίτευξη των στόχων αυτών, ενδείκνυται η Επιτροπή να αναφέρεται στην αξία των πωλήσεων των προϊόντων ή υπηρεσιών με τις οποίες σχετίζεται η παράβαση, ως βάση για τον υπολογισμό των προστίμων. Η διάρκεια της παράβασης θα πρέπει επίσης να διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στον υπολογισμό του κατάλληλου ύψους του προστίμου. Οι ενδεχόμενες

επιπτώσεις της παράβασης στην αγορά αποτελούν, σε κάθε περίπτωση, συνάρτηση της διάρκειας της παράβασης. Κατά συνέπεια, θεωρείται σημαντικό το πρόστιμο να αντικατοπτρίζει και τον αριθμό των ετών, κατά τη διάρκεια των οποίων η επιχείρηση συμμετείχε στην παράβαση.»

202 Οι κατευθυντήριες γραμμές καθορίζουν μέθοδο υπολογισμού η οποία αποτελείται από δύο στάδια (σημείο 9 των κατευθυντήριων γραμμών). Ορίζουν ότι, στο πρώτο στάδιο υπολογισμού, η Επιτροπή καθορίζει το βασικό ποσό του προστίμου για κάθε επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων και περιλαμβάνουν τις κατωτέρω διατάξεις:

«12. Το βασικό ποσό καθορίζεται σε συνάρτηση με την αξία των πωλήσεων, σύμφωνα με την ακόλουθη μεθοδολογία.

[…]

13. Για τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου, η Επιτροπή θα χρησιμοποιεί την αξία των πωλήσεων των προϊόντων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν από την επιχείρηση, με τις οποίες η παράβαση σχετίζεται άμεσα ή έμμεσα, στον σχετικό γεωγραφικό χώρο εντός του ΕΟΧ. Η Επιτροπή θα χρησιμοποιεί κατά κανόνα τις πωλήσεις της επιχείρησης κατά τη διάρκεια του τελευταίου πλήρους οικονομικού έτους της συμμετοχής της στην παράβαση.

[…]

19. Το βασικό ποσό του προστίμου θα συνδέεται με ορισμένο ποσοστό επί της αξίας των πωλήσεων, το οποίο θα καθορίζεται σε συνάρτηση με τον βαθμό σοβαρότητας της παράβασης, πολλαπλασιασμένο με τον αριθμό των ετών της παράβασης.

20. Η εκτίμηση της σοβαρότητας θα γίνεται κατά περίπτωση για κάθε είδος παράβασης, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις σχετικές συνθήκες της υπόθεσης.

21. Κατά γενικό κανόνα, το ποσοστό επί της αξίας των πωλήσεων που θα λαμβάνεται υπόψη θα μπορεί να ανέλθει έως το 30 % της αξίας των πωλήσεων.

22. Για να αποφασιστεί εάν το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων, το οποίο θα λαμβάνεται υπόψη σε μια συγκεκριμένη υπόθεση θα πρέπει να είναι χαμηλά ή υψηλά στην κλίμακα αυτή, η Επιτροπή θα συνεκτιμά διάφορους παράγοντες, όπως το είδος της παραβάσεως, το συνολικό μερίδιο αγοράς όλων των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, τη γεωγραφική έκταση της παράβασης και το εάν η παράνομη συμπεριφορά έχει εκδηλωθεί στην πράξη ή όχι.

23. Οι οριζόντιες συμφωνίες καθορισμού τιμών, κατανομής αγορών και περιορισμού της παραγωγής, που είναι κατά κανόνα μυστικές, είναι, από την ίδια τη φύση τους, μεταξύ των πλέον επιζήμιων περιορισμών του ανταγωνισμού. Ως ζήτημα πολιτικής θα τιμωρούνται με βαριά πρόστιμα. Κατά συνέπεια, το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που θα λαμβάνεται υπόψη για τέτοιου είδους παραβάσεις κατά κανόνα θα ορίζεται στα υψηλότερα όρια της παραπάνω κλίμακας.

24. Για να ληφθεί πλήρως υπόψη η διάρκεια της συμμετοχής κάθε επιχείρησης στην παράβαση, το ποσό που θα καθορίζεται σε συνάρτηση με την αξία των πωλήσεων (βλέπε παραπάνω τα σημεία 20 έως 23) θα πολλαπλασιάζεται με τον αριθμό των ετών συμμετοχής στην παράβαση. Περίοδοι μικρότερες του ενός εξαμήνου θα υπολογίζονται ως μισό έτος· περίοδοι που θα υπερβαίνουν το εξάμηνο αλλά θα είναι μικρότερες του έτους θα υπολογίζονται ως ένα πλήρες έτος.

25. Επιπρόσθετα, ανεξαρτήτως της διάρκειας της συμμετοχής μιας επιχείρησης στην παράβαση, η Επιτροπή θα περιλαμβάνει στο βασικό ποσό ένα ποσό που θα κυμαίνεται μεταξύ 15 % και 25 % της αξίας των πωλήσεων όπως αυτή ορίζεται παραπάνω στην Ενότητα Α, προκειμένου να

αποτρέπονται οι επιχειρήσεις και από το να εισέρχονται απλώς σε οριζόντιες συμφωνίες καθορισμού των τιμών, κατανομής της αγοράς και περιορισμού της παραγωγής. Η Επιτροπή θα μπορεί επίσης να επιβάλει ένα τέτοιο επιπρόσθετο ποσό και σε περιπτώσεις άλλων παραβάσεων. Για τον καθορισμό του ποσοστού επί της αξίας των πωλήσεων που θα ληφθεί υπόψη σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, η Επιτροπή θα λαμβάνει υπόψη της διάφορους παράγοντες και ιδίως εκείνους που προβλέπονται στο σημείο 22.

[…]»

203 Οι κατευθυντήριες γραμμές προβλέπουν, κατά το δεύτερο στάδιο υπολογισμού, ότι η Επιτροπή δύναται να αυξάνει ή να μειώνει το βασικό ποσό βάσει συνολικής εκτιμήσεως, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις σχετικές περιστάσεις (σημεία 11 και 27 των κατευθυντήριων γραμμών).

204 Ως προς τις περιστάσεις αυτές το σημείο 29 των κατευθυντήριων γραμμών ορίζει τα εξής:

«Το βασικό ποσό του προστίμου θα μπορεί να μειωθεί όταν η Επιτροπή θα διαπιστώνει την ύπαρξη ελαφρυντικών περιστάσεων, όπως:

— όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση αποδεικνύει ότι έπαυσε την παράβαση αμέσως μετά την πρώτη παρέμβαση της Επιτροπής. Αυτό δεν θα εφαρμόζεται στις μυστικές συμφωνίες ή πρακτικές (ιδίως στην περίπτωση καρτέλ)·

— όταν η επιχείρηση αποδεικνύει ότι η παράβαση διαπράχθηκε από αμέλεια·

— όταν η επιχείρηση αποδεικνύει ότι η συμμετοχή της στην παράβαση είναι ιδιαίτερα περιορισμένη και, κατά συνέπεια ότι, κατά τη διάρκεια της περιόδου κατά την οποία συμμετείχε στην παράνομη συμφωνία, απείχε κατ' ουσία από την εφαρμογή αυτής, ακολουθώντας ανταγωνιστική συμπεριφορά στην αγορά· το γεγονός ότι μια επιχείρηση συμμετείχε σε παράβαση για μικρότερη διάρκεια από τις λοιπές επιχειρήσεις δεν θα θεωρείται ελαφρυντική περίσταση, καθώς η περίσταση αυτή ήδη θα έχει ληφθεί υπόψη κατά τον καθορισμό του βασικού ποσού·

— όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση συνεργάστηκε αποτελεσματικά με την Επιτροπή, πέραν του πεδίου εφαρμογής της Ανακοίνωσης περί Επιείκειας και πέραν των νόμιμων υποχρεώσεών της να συνεργαστεί·

— όταν η αντιανταγωνιστική συμπεριφορά επετράπη ή ενθαρρύνθηκε από τις δημόσιες αρχές ή με νομοθετικά μέτρα.»

205 Τέλος, όπως υπενθύμισε το Δικαστήριο στις αποφάσεις KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 191 ανωτέρω (EU:C:2011:816, σκέψη 129), και της 8ης Δεκεμβρίου 2011, KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-272/09 P, Συλλογή, EU:C:2011:810, σκέψη 102), απόκειται στον δικαστή της Ένωσης να διενεργήσει τον έλεγχο νομιμότητας για τον οποίο είναι αρμόδιος βάσει των στοιχείων που προσκομίζει ο προσφεύγων προς στήριξη των λόγων που προβάλλει. Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού ο δικαστής δεν μπορεί να στηρίζεται στη διακριτική ευχέρεια που διαθέτει η Επιτροπή ούτε όσον αφορά την επιλογή των στοιχείων που λαμβάνονται υπόψη κατά την εφαρμογή των κριτηρίων τα οποία προβλέπουν οι κατευθυντήριες γραμμές ούτε όσον αφορά την αξιολόγηση των στοιχείων αυτών, προκειμένου να απόσχει από τη διενέργεια εμπεριστατωμένου ελέγχου τόσο των νομικών όσο και των πραγματικών ζητημάτων.

206 Ο έλεγχος νομιμότητας συμπληρώνεται από την πλήρη δικαιοδοσία που αναγνωριζόταν στον δικαστή της Ένωσης από το άρθρο 17 του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων [81 ΕΚ] και [82 ΕΚ] (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25), και που σήμερα εξασφαλίζεται από το άρθρο 31 του κανονισμού 1/2003, σύμφωνα με το άρθρο 261 ΣΛΕΕ. Η εν λόγω πλήρης δικαιοδοσία παρέχει στον δικαστή την εξουσία, πέραν του απλού ελέγχου νομιμότητας της

κυρώσεως, να υποκαθιστά την Επιτροπή προβαίνοντας στη δική του εκτίμηση και, κατά συνέπεια, να εξαλείφει, να μειώνει ή να αυξάνει το πρόστιμο ή τη χρηματική ποινή που επιβλήθηκαν (απόφαση KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 205 ανωτέρω, EU:C:2011:810, σκέψη 103).

Προσβαλλόμενη απόφαση

207 Η Επιτροπή έκρινε ότι, βάσει των πραγματικών περιστατικών που περιγράφονται στην προσβαλλόμενη απόφαση, η παράβαση είχε διαπραχθεί με δόλο και συνίστατο σε συμφωνία, προδήλως παράνομη, περί μη ανταγωνισμού και καταμερισμού, μεταξύ των μερών, της ισπανικής και της πορτογαλικής αγοράς ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Κατά την Επιτροπή, για τέτοιου είδους προφανείς παραβάσεις τα μέρη δεν μπορούν να υποστηρίξουν ότι δεν έδρασαν με δόλο (αιτιολογική σκέψη 477 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

208 Όσον αφορά την αξία των πωλήσεων που αποτελεί μέγεθος αναφοράς για τον καθορισμό του βασικού ποσού, η Επιτροπή έκρινε ότι η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού εφαρμοζόταν σε όλες τις υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθώς και στις υπηρεσίες τηλεοράσεως που παρέχονταν στην Ισπανία και την Πορτογαλία, με την εξαίρεση των παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και των διεθνών υπηρεσιών φορητότητας χονδρικής, για τις οποίες τα μέρη ήταν ανταγωνιστές στην Ιβηρική Χερσόνησο κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας και οι οποίες εξαιρέθηκαν για τον λόγο αυτό από την εφαρμογή της. Εξάλλου, δεδομένου ότι η ρήτρα απέκλειε από το πεδίο εφαρμογής της κάθε επένδυση και κάθε δραστηριότητα που ήταν ήδη σε εξέλιξη κατά την ημερομηνία της συμφωνίας οι οποίες θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι ανταγωνίζονται δραστηριότητες και επενδύσεις του άλλου μέρους στην ιβηρική αγορά, η Επιτροπή έλαβε υπόψη, για το κάθε μέρος, μόνο την αξία των δικών του πωλήσεων στη χώρα καταγωγής του. Επομένως δεν έλαβε υπόψη, ιδίως, την αξία των πωλήσεων κάθε μέρους στη χώρα καταγωγής του άλλου μέρους, στο μέτρο που τα σχετικά ποσά αντιστοιχούσαν, κατ' αρχήν, σε προϋφιστάμενες δραστηριότητες που δεν ενέπιπταν στη ρήτρα. Τούτο συνεπάγεται ότι, όσον αφορά την Telefónica, η αξία των πωλήσεων καθορίστηκε από την Επιτροπή βάσει της αξίας των πωλήσεων της εταιρίας αυτής στην Ισπανία, ενώ, όσον αφορά την PT, η αξία αυτή καθορίστηκε βάσει της αξίας των πωλήσεων της εταιρίας αυτής στην Πορτογαλία (αιτιολογικές σκέψεις 482 και 483 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

209 Η Επιτροπή επισήμανε στη συνέχεια ότι, κατά κανόνα, λαμβάνει υπόψη τις πωλήσεις που πραγματοποιούν οι επιχειρήσεις κατά τη διάρκεια του τελευταίου πλήρους έτους της συμμετοχής τους στην παράβαση. Γνωρίζοντας ότι εν προκειμένω η παράβαση διήρκεσε λιγότερο από έτος και ότι πραγματοποιήθηκε μεταξύ 2010 και 2011, η Επιτροπή έλαβε υπόψη τις πωλήσεις των επιχειρήσεων κατά το έτος 2011, οι οποίες ήταν μικρότερες από αυτές που είχαν καταγράψει τα μέρη το 2010 (αιτιολογική σκέψη 484 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

210 Όσον αφορά τη σοβαρότητα της παραβάσεως, η οποία καθορίζει το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που πρέπει να ληφθεί υπόψη για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου, η Επιτροπή επισήμανε ότι εν προκειμένω η παράβαση συνίστατο σε συμφωνία περί μη ανταγωνισμού και περί καταμερισμού της ισπανικής και της πορτογαλικής αγοράς ηλεκτρονικών επικοινωνιών μεταξύ των μερών και ότι η Telefónica και η PT ήταν οι παραδοσιακοί πάροχοι στις χώρες τους (αιτιολογική σκέψη 489 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

211 Η Επιτροπή επισήμανε ότι λάμβανε υπόψη το γεγονός ότι η ρήτρα δεν είχε κρατηθεί μυστική από τα μέρη, από τον χρόνο εισαγωγής της στο κείμενο, για πρώτη φορά, στην προσφορά της 1ης Ιουνίου 2010. Συγκεκριμένα, όπως εκτίθεται στις αιτιολογικές σκέψεις 128 έως 130 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η δεύτερη προσφορά, στην οποία περιλαμβανόταν το πρώτο σχέδιο της ρήτρας, είχε δημοσιευθεί στο διαδίκτυο από τα μέρη στους ιστοτόπους τους και είχε κοινοποιηθεί στην ισπανική και την πορτογαλική χρηματιστηριακή αρχή, οι οποίες τη δημοσίευσαν με τη σειρά τους στους δικούς τους ιστότοπους. Εξάλλου, στις 9 Ιουνίου 2010 η PT διένειμε στους μετόχους της φυλλάδιο με επεξηγήσεις ως προς τη συναλλαγή και τη ρήτρα. Επίσης, η συμφωνία στην οποία περιλαμβανόταν το

τελικό κείμενο της ρήτρας αποτελούσε αναπόσπαστο τμήμα του φακέλου που είχε κατατεθεί από την Telefónica και την PT στην Anatel και το CADE. Τέλος, σε άρθρο που δημοσιεύθηκε από τη *Jornal de Negócios* στις 23 Αυγούστου 2010, η Telefónica επιβεβαίωσε ότι η συμφωνία περιλάμβανε ρήτρα περί μη ανταγωνισμού (αιτιολογική σκέψη 491 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

212 Όσον αφορά τη διάρκεια της παραβάσεως, η Επιτροπή έλαβε υπόψη το ότι η παράβαση διήρκεσε από τις 27 Σεπτεμβρίου 2010, ημερομηνία της συμβολαιογραφικής βεβαιωτικής πράξεως και άρα της περατώσεως της συναλλαγής, έως τις 4 Φεβρουαρίου 2011, ημερομηνία της συμφωνίας των μερών για την παύση ισχύος της ρήτρας (αιτιολογική σκέψη 492 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

213 Βάσει των στοιχείων αυτών, του μεγέθους των επιχειρήσεων και της σύντομης διάρκειας της περιοριστικής συμφωνίας, η Επιτροπή έκρινε ότι, υπό τις ειδικές περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως, ήταν σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας και αρκούντως αποτρεπτικό να ληφθεί υπόψη χαμηλό ποσοστό της αξίας των πωλήσεων για τον υπολογισμό του βασικού ποσού των προστίμων. Η Επιτροπή έκρινε, έτσι, ότι το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που έπρεπε να ληφθεί υπόψη ήταν 2 % για τις δύο εμπλεκόμενες επιχειρήσεις (αιτιολογική σκέψη 493 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων που καθορίστηκε για κάθε επιχείρηση πολλαπλασιάστηκε με τον συντελεστή που έγινε δεκτός βάσει της διάρκειας, ήτοι 0,33, που αντιστοιχεί σε τέσσερις μήνες ενός πλήρους έτους.

214 Η Επιτροπή όρισε τα ποσά που υπολογίστηκαν κατ' αυτόν τον τρόπο ως τελικά ποσά βάσεως, με αποτέλεσμα να πρέπει να διαπιστωθεί ότι δεν προσέθεσε εν προκειμένω σταθερό ποσό αποτροπής (δικαίωμα εισόδου), όπως προβλέπεται στο σημείο 25 των κατευθυντήριων γραμμών (βλ. σκέψη 202 ανωτέρω), όπως, άλλωστε, επιβεβαίωσε στην επ' ακροατηρίου συζήτηση.

215 Όσον αφορά την προσαρμογή του βασικού ποσού, αφενός, η Επιτροπή έκρινε ότι δεν συνέτρεχε εν προκειμένω καμία επιβαρυντική περίσταση (αιτιολογική σκέψη 496 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

216 Αφετέρου, η Επιτροπή υπενθύμισε ότι τα μέρη είχαν αποφασίσει να καταργήσουν τη ρήτρα στις 4 Φεβρουαρίου 2011, θέτοντας έτσι τέρμα στην επίμαχη πρακτική κατά του ανταγωνισμού. Κατά την Επιτροπή, δεδομένου ότι η ρήτρα καταργήθηκε δεκαέξι μόλις ημέρες μετά την κίνηση της διαδικασίας εκ μέρους της Επιτροπής και 30 μέρες αφού έστειλε την πρώτη αίτηση παροχής πληροφοριών προς τα μέρη και ότι η ρήτρα δεν ήταν μυστική, έπρεπε να θεωρηθεί ότι η κατάργηση της ρήτρας αποτελούσε ελαφρυντική περίσταση που έπρεπε να ισχύσει για τα δύο μέρη (αιτιολογική σκέψη 500 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

217 Βάσει των περιστάσεων αυτών, η Επιτροπή έκρινε ότι το βασικό ποσό του προστίμου σε βάρος των μερών έπρεπε να μειωθεί κατά 20 % (αιτιολογική σκέψη 501 της προσβαλλομένης αποφάσεως) και απέρριψε το σύνολο των επιχειρημάτων των μερών με τα οποία προβλήθηκαν άλλες ελαφρυντικές περιστάσεις (αιτιολογικές σκέψεις 502 έως 507 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

218 Κατά συνέπεια, το τελικό ποσό του προστίμου ανέρχεται σε 66 894 400 ευρώ για την Telefónica και σε 12 290 400 ευρώ για την PT.

Επί των πωλήσεων που ελήφθησαν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου

219 Η προσφεύγουσα βάλλει κατά των συμπερασμάτων της Επιτροπής ως προς το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας και υποστηρίζει ότι, στο μέτρο που η εξαίρεση ορισμένων δραστηριοτήτων από το πεδίο εφαρμογής θα οδηγούσε σε μείωση του κύκλου εργασιών που θα λαμβανόταν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου, το ύψος του προστίμου που της επιβλήθηκε πρέπει να μειωθεί. Η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη τη λεπτομερή ανάλυση των ηλεκτρονικών αγορών επικοινωνιών στην

Πορτογαλία, την οποία έκανε η προσφεύγουσα στην απάντηση επί της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, καθώς ούτε εξέτασε ούτε απέκρουσε μεγάλο τμήμα των επιχειρημάτων που αναπτύχθηκαν από την προσφεύγουσα.

Επί της αιτιολογήσεως

220 Στο μέτρο που η επιχειρηματολογία αυτή της προσφεύγουσας πρέπει να θεωρηθεί ότι βάλλει κατά της παραβάσεως, εκ μέρους της Επιτροπής, της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, υπενθυμίζεται ότι η αιτιολογία πρέπει να είναι προσαρμοσμένη στη φύση της οικείας πράξεως και πρέπει να διαφαίνεται από αυτήν, κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο, η συλλογιστική του θεσμικού οργάνου που εκδίδει την πράξη, ώστε οι ενδιαφερόμενοι να γνωρίζουν τους λόγους που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου και το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο να μπορεί να ασκεί τον έλεγχό του (βλ. απόφαση Elf Aquitaine κατά Επιτροπής, σκέψη 78 ανωτέρω, EU:C:2011:620, σκέψη 147 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Η αιτιολογία δεν απαιτείται να διασαφηνίζει όλα τα ουσιώδη πραγματικά και νομικά στοιχεία, καθόσον το ζήτημα αν η αιτιολογία μιας πράξεως ικανοποιεί τις απαιτήσεις του άρθρου 296 ΣΛΕΕ πρέπει να εκτιμάται όχι μόνο βάσει του περιεχομένου της, αλλά και βάσει του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται καθώς και του συνόλου των κανόνων δικαίου που διέπουν το σχετικό θέμα (βλ. απόφαση Επιτροπή κατά Sytraval και Brink's France, σκέψη 78 ανωτέρω, EU:C:1998:154, σκέψη 63 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

221 Όσον αφορά το περιεχόμενο της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, σχετικά με τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου που επιβάλλεται για παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού της Ένωσης, σημειώνεται ότι το άρθρο 23, παράγραφος 3του κανονισμού 1/2003 ορίζει ότι «[ο] καθορισμός του ύψους του προστίμου γίνεται με βάση τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης». Ως προς το ζήτημα αυτό οι κατευθυντήριες γραμμές καθώς και η ανακοίνωση σχετικά με τη μη επιβολή και τη μείωση των προστίμων σε υποθέσεις συμπράξεων (ΕΕ 2006, C 298, σ. 17) περιλαμβάνουν ενδεικτικούς κανόνες ως προς τα στοιχεία εκτιμήσεως που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από την Επιτροπή για τον υπολογισμό της σοβαρότητας και της διάρκειας της παραβάσεως (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 9ης Ιουλίου 2003, Cheil Jedang κατά Επιτροπής, T-220/00, Συλλογή, EU:T:2003:193, σκέψη 217 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

222 Υπ' αυτές τις συνθήκες, ο ουσιώδης τύπος που συνίσταται στην υποχρέωση αιτιολογήσεως υφίσταται εφόσον η Επιτροπή εκθέτει στην απόφασή της στοιχεία εκτιμήσεως τα οποία έλαβε υπόψη κατά την εφαρμογή των κατευθυντήριων γραμμών και, ενδεχομένως, της ανακοινώσεώς της σχετικά με τη μη επιβολή και τη μείωση των προστίμων σε υποθέσεις συμπράξεων τα οποία της έδωσαν τη δυνατότητα να υπολογίσει τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παραβάσεως προκειμένου να προσδιορίσει το ύψος του προστίμου (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Cheil Jedang κατά Επιτροπής, σκέψη 221 ανωτέρω, EU:T:2003:193, σκέψη 218).

223 Εν προκειμένω, στα τμήματα 5 και 6.3.3.2 της προσβαλλομένης αποφάσεως και ειδικότερα στις αιτιολογικές σκέψεις 153, 184, 185 και 278 αυτής, η Επιτροπή επισήμανε ότι τα μέρη έπρεπε να θεωρηθούν δυνητικοί, έστω, ανταγωνιστές στο σύνολο των αγορών υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και υπηρεσιών τηλεοράσεως στην Ισπανία και στην Πορτογαλία, ότι τα επιχειρήματά τους με τα οποία εξαιρούσαν ορισμένες δραστηριότητες από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας δεν μπορούσαν να γίνουν δεκτά και ότι, δεδομένης της απορρίψεως των επιχειρημάτων των μερών ως προς την ύπαρξη δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ τους και λαμβανομένου υπόψη ότι το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας ήταν ευρύ, δεν κρινόταν αναγκαία εν προκειμένω καμία λεπτομερής ανάλυση ως προς το αν τα μέρη ήταν δυνητικοί ανταγωνιστές βάσει κάθε ειδικής αγοράς προκειμένου να κριθεί αν η συμφωνία έπρεπε να θεωρηθεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμός του ανταγωνισμού. Στη συνέχεια η Επιτροπή σημείωσε, στην αιτιολογική σκέψη 482 της προσβαλλομένης αποφάσεως, υπό τον τίτλο «Η αξία των πωλήσεων», ότι φρονούσε ότι η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού εφαρμοζόταν για κάθε είδος υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και στις τηλεοπτικές υπηρεσίες, με την εξαίρεση των παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και των διεθνών υπηρεσιών

φορητότητας χονδρικής, και ότι, έτσι, η παράβαση αφορούσε άμεσα ή έμμεσα όλες τις υπηρεσίες που παρέχονται στην Ισπανία ή την Πορτογαλία και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα των αγορών που έχουν απαριθμηθεί στο τμήμα 5.3, με εξαίρεση τις παγκόσμιες υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών και τις διεθνείς υπηρεσίες φορητότητας χονδρικής.

224 Επομένως η Επιτροπή παρέθεσε επαρκείς εξηγήσεις ως προς τον τρόπο με τον οποίο προσδιόρισε την αξία των πωλήσεων που έπρεπε να ληφθεί υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου και ως προς τους λόγους για τους οποίους έκρινε ότι δεν ήταν αναγκαίο να εξετασθεί καθεμία από τις υπηρεσίες για τις οποίες στην απάντησή της επί της ανακοινώσεως αιτιάσεων η προσφεύγουσα είχε ζητήσει να μη ληφθούν υπόψη κατά τον υπολογισμό του προστίμου. Στο μέτρο που η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας μπορεί να θεωρηθεί ότι στηρίζεται σε παράβαση της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως πρέπει, επομένως, να απορριφθεί.

Επί της ουσίας

225 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αξία ορισμένων πωλήσεων πρέπει να μη ληφθεί υπόψη κατά τον υπολογισμό του προστίμου, και συγκεκριμένα η αξία των πωλήσεων που πραγματοποιήθηκαν στις αγορές στις οποίες τα μέρη δεν ήταν δυνητικοί ανταγωνιστές, των πωλήσεων που αφορούσαν τρέχουσες δραστηριότητες και των πωλήσεων που είχαν πραγματοποιηθεί εκτός της Ιβηρικής Χερσονήσου.

– Επί των πωλήσεων που αφορούν δραστηριότητες για τις οποίες δεν μπορούσε να υπάρξει ανταγωνισμός

226 Όσον αφορά πωλήσεις που πραγματοποιήθηκαν στις αγορές ή για υπηρεσίες που δεν υπόκεινται, κατά την προσφεύγουσα, σε δυνητικό ανταγωνισμό, καταρχάς σημειώνεται ότι η Επιτροπή, στην αιτιολογική σκέψη 478 της προσβαλλομένης αποφάσεως, παρέπεμψε στο σημείο 12 των κατευθυντήριων γραμμών, όπου ορίζεται ότι το βασικό ποσό του προστίμου καθορίζεται σε συνάρτηση με την αξία των πωλήσεων σύμφωνα με τη μεθοδολογία που περιγράφεται στα επόμενα σημεία. Στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη η Επιτροπή εξήγησε, επίσης, ότι το βασικό ποσό του προστίμου σε βάρος των επιχειρήσεων θα καθοριζόταν σε συνάρτηση με την αξία των πωλήσεων αγαθών ή υπηρεσιών, που είχαν πραγματοποιηθεί από τις επιχειρήσεις, με τις οποίες συνδεόταν άμεσα ή έμμεσα η παράβαση, στον σχετικό γεωγραφικό τομέα εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στην αιτιολογική σκέψη 482 της προσβαλλομένης αποφάσεως (βλ. σκέψη 208 ανωτέρω), η Επιτροπή συνέχισε αναφέροντας ότι θεωρούσε ότι η ρήτρα περί μη ανταγωνισμού εφαρμοζόταν για κάθε είδος υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθώς και για τις τηλεοπτικές υπηρεσίες, με την εξαίρεση των παγκόσμιων υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών και των διεθνών υπηρεσιών φορητότητας χονδρικής, και ότι, έτσι, η παράβαση αφορούσε άμεσα ή έμμεσα όλες τις υπηρεσίες που παρέχονται στην Ισπανία ή την Πορτογαλία και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα των αγορών που έχουν απαριθμηθεί στο τμήμα 5.3, με εξαίρεση τις παγκόσμιες υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών και τις διεθνείς υπηρεσίες φορητότητας χονδρικής.

227 Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η Επιτροπή, απαντώντας στις ερωτήσεις του Γενικού Δικαστηρίου, εξήγησε ότι, λόγω του ιδιαιτέρως ευρέος φάσματος της ρήτρας, δεν όφειλε να αναλύσει τον δυνητικό ανταγωνισμό μεταξύ των μερών για καθεμία από τις υπηρεσίες στις οποίες αναφέρθηκε η προσφεύγουσα για τον καθορισμό της αξίας πωλήσεων που έπρεπε να ληφθεί υπόψη κατά τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου. Στο πλαίσιο μιας ως εκ του αντικειμένου παραβάσεως, όπως η παράβαση της υπό κρίση υποθέσεως, όπου δεν απαιτείται τέτοια ανάλυση για την απόδειξη της παραβάσεως, η ανάλυση αυτή δεν επιβάλλεται ούτε για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου.

228 Η επιχειρηματολογία αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

229 Συγκεκριμένα, η ρήτρα εφαρμοζόταν, βάσει του γράμματός της, σε «κάθε έργο που αφορά των τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά». Εξάλλου, η Επιτροπή χρησιμοποίησε για τον υπολογισμό του προστίμου την αξία των πωλήσεων από δραστηριότητες οι οποίες θεωρούσε ότι ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής της ρήτρας και απέκλεισε τις πωλήσεις που αφορούσαν δραστηριότητες που ήταν σε εξέλιξη οι οποίες, βάσει του γράμματος της ρήτρας, εξαιρούνταν από το πεδίο εφαρμογής της. Επομένως, οι πωλήσεις που αφορούσαν δραστηριότητες οι οποίες δεν μπορούσαν να είναι ανταγωνιστικές ως προς το άλλο μέρος κατά τη διάρκεια εφαρμογής της ρήτρας, οι οποίες εξαιρούνται επίσης από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας βάσει του γράμματός της, θα έπρεπε επίσης να εξαιρεθούν για τον υπολογισμό του προστίμου.

230 Κατά συνέπεια, ακόμη και αν η Επιτροπή δεν όφειλε να εκτιμήσει τον δυνητικό ανταγωνισμό για καθεμία από τις υπηρεσίες στις οποίες αναφέρθηκε η προσφεύγουσα για τη διαπίστωση της παραβάσεως (βλ. σκέψεις 169 έως 188 ανωτέρω), όφειλε, πάντως, να εξετάσει αν η προσφεύγουσα βασίμως υποστήριζε ότι η αξία των πωλήσεων από τις επίμαχες υπηρεσίες έπρεπε να εξαιρεθεί από τον υπολογισμό του προστίμου λόγω της ελλείψεως δυνητικού ανταγωνισμού των μερών ως προς τις υπηρεσίες αυτές.

231 Ως προς το ζήτημα αυτό υπενθυμίζεται ότι, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, η Επιτροπή οφείλει να αξιολογεί, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και λαμβανομένου υπόψη του πλαισίου καθώς και των σκοπών του καθεστώτος κυρώσεων το οποίο έχει θεσπίσει ο κανονισμός 1/2003, τις συνέπειες που πρέπει να έχουν οι κυρώσεις στη συγκεκριμένη επιχείρηση, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη τον κύκλο εργασιών που αντικατοπτρίζει την πραγματική οικονομική κατάσταση της επιχειρήσεως αυτής την περίοδο κατά την οποία διαπράχθηκε η παράβαση (αποφάσεις της 7ης Ιουνίου 2007, Britannia Alloys & Chemicals κατά Επιτροπής, C-76/06 P, Συλλογή, EU:C:2007:326, σκέψη 25· της 12ης Νοεμβρίου 2014, Guardian Industries και Guardian Europe κατά Επιτροπής, C-580/12 P, Συλλογή, EU:C:2014:2363, σκέψη 53, και της 23ης Απριλίου 2015, LG Display και LG Display Taiwan κατά Επιτροπής, C-227/14 P, Συλλογή, EU:C:2015:258, σκέψη 49).

232 Η Επιτροπή, για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου, μπορεί να λάβει υπόψη τόσο τον συνολικό κύκλο εργασιών της επιχειρήσεως, που αποτελεί ένδειξη, έστω κατά προσέγγιση και ατελή, του μεγέθους και της οικονομικής ισχύος της επιχειρήσεως, όσο και το ποσοστό του κύκλου εργασιών που προέρχεται από τα εμπορεύματα που συνιστούν το αντικείμενο της παραβάσεως και που μπορεί, ως εκ τούτου, να είναι ενδεικτικό της εκτάσεως της παραβάσεως αυτής (αποφάσεις της 7ης Ιουνίου 1983, Musique Diffusion française κ.λπ. κατά Επιτροπής, 100/80 έως 103/80, Συλλογή, EU:C:1983:158, σκέψη 121· Guardian Industries και Guardian Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2014:2363, σκέψη 54, και LG Display και LG Display Taiwan κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2015:258, σκέψη 50).

233 Μολονότι το άρθρο 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003 παρέχει στην Επιτροπή ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως, εντούτοις περιορίζει την άσκηση της ευχέρειας αυτής θεσπίζοντας αντικειμενικά κριτήρια με τα οποία η Επιτροπή πρέπει να συμμορφώνεται. Συγκεκριμένα, αφενός, υπάρχει ένα αριθμητικά προσδιορίσιμο και απόλυτο ανώτατο όριο σε σχέση με το ποσό του προστίμου που μπορεί να επιβληθεί σε μια επιχείρηση και, ως εκ τούτου, το ανώτατο ποσό του προστίμου που μπορεί να επιβληθεί σε ορισμένη επιχείρηση είναι εκ των προτέρων προσδιορίσιμο. Αφετέρου, η άσκηση της εν λόγω διακριτικής ευχέρειας οριοθετείται από τους κανόνες συμπεριφοράς με τους οποίους η Επιτροπή αυτοδεσμεύθηκε, ιδίως με τις κατευθυντήριες γραμμές (αποφάσεις Guardian Industries και Guardian Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2014:2363, σκέψη 55, και LG Display και LG Display Taiwan κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2015:258, σκέψη 51).

234 Έτσι, αν η Επιτροπή καθορίζει το βασικό ποσό του προστίμου βάσει της μεθοδολογία που αναπτύσσεται στις κατευθυντήριες γραμμές, όπως έπραξε εν προκειμένω, τότε οφείλει να συμμορφωθεί προς τη μεθοδολογία αυτή.

235 Συναφώς, υπενθυμίζεται ότι, κατά το σημείο 13 των κατευθυντήριων γραμμών, «[γ]ια τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου, η Επιτροπή θα χρησιμοποιεί την αξία των πωλήσεων των προϊόντων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν από την επιχείρηση, με τις οποίες η παράβαση σχετίζεται άμεσα ή έμμεσα [...], στον σχετικό γεωγραφικό χώρο εντός του ΕΟΧ». Στο σημείο 6 των ίδιων κατευθυντήριων γραμμών διευκρινίζεται ότι «[ο] συνδυασμός της αξίας των πωλήσεων με τις οποίες σχετίζεται η παράβαση και της διάρκειας της παράβασης θεωρείται ως κατάλληλη βάση υπολογισμού για να προσδιοριστεί η οικονομική σημασία της παράβασης καθώς και το σχετικό βάρος της συμμετοχής κάθε επιχείρησης σε αυτήν».

236 Εξάλλου, από τη νομολογία προκύπτει ότι το μέρος του κύκλου εργασιών που προέρχεται από εμπορεύματα τα οποία αποτελούν αντικείμενο της παραβάσεως δύναται να αποτελέσει επαρκή ένδειξη του μεγέθους της παραβάσεως στην οικεία αγορά, καθώς ο κύκλος εργασιών που πραγματοποιήθηκε με τα προϊόντα τα οποία αποτέλεσαν το αντικείμενο περιοριστικής πρακτικής αποτελεί αντικειμενικό στοιχείο που παρέχει ορθό μέτρο του πόσο επιζήμια ήταν η πρακτική αυτή για την κανονική λειτουργία του ανταγωνισμού (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις Musique Diffusion française κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 232 ανωτέρω, EU:C:1983:158, σκέψη 121· της 11ης Μαρτίου 1999, British Steel κατά Επιτροπής, T-151/94, Συλλογή, EU:T:1999:52, σκέψη 643, και της 8ης Ιουλίου 2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium κατά Επιτροπής, T-50/03, EU:T:2008:252, σκέψη 84).

237 Σκοπός του σημείου 13 των κατευθυντήριων γραμμών είναι να προσδιορίσει ως βάση αναφοράς για τον υπολογισμό του προστίμου που επιβάλλεται σε επιχείρηση ένα ποσό που αντιστοιχεί προς την οικονομική σημασία της παραβάσεως και το σχετικό βάρος της συγκεκριμένης επιχειρήσεως στο πλαίσιο της παραβάσεως (αποφάσεις της 11ης Ιουλίου, Team Relocations κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-444/11 P, EU:C:2013:464, σκέψη 76· Guardian Industries και Guardian Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2014:2363, σκέψη 57, και LG Display και LG Display Taiwan κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2015:258, σκέψη 53).

238 Κατά συνέπεια, η έννοια της αξίας των πωλήσεων στην οποία αναφέρεται το σημείο 13 περιλαμβάνει τις πωλήσεις που πραγματοποιούνται στην αγορά την οποία αφορά η παράβαση εντός του ΕΟΧ, χωρίς να χρειάζεται να προσδιοριστεί αν οι πωλήσεις αυτές επηρεάστηκαν πράγματι από την παράβαση, καθώς το μέρος του κύκλου εργασιών που προέρχεται από τις πωλήσεις προϊόντων που αποτελούν το αντικείμενο της παραβάσεως συνιστά την καλύτερη ένδειξη περί της οικονομικής σημασίας της παραβάσεως αυτής (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις Team Relocations κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 237 ανωτέρω, EU:C:2013:464, σκέψεις 75 έως 78· Guardian Industries και Guardian Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2014:2363, σκέψεις 57 έως 59· της 19ης Μαρτίου 2015, Dole Food και Dole Fresh Fruit Europe κατά Επιτροπής, C-286/13 P, Συλλογή, EU:C:2015:184, σκέψεις 148 και 149, και LG Display και LG Display Taiwan κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, EU:C:2015:258, σκέψεις 53 έως 58 και 64).

239 Παρότι, όμως, ο σκοπός της διατάξεως αυτής θα θιγόταν από μια ερμηνεία της αναφερόμενης στη διάταξη έννοιας της αξίας των πωλήσεων που θα περιλάμβανε μόνο τον κύκλο εργασιών που πραγματοποιήθηκε με τις πωλήσεις για τις οποίες αποδεικνύεται ότι πράγματι επηρεάστηκαν από την καταγγελλόμενη σύμπραξη, η έννοια αυτή δεν θα μπορούσε, πάντως, να διευρυνθεί τόσο ώστε να περιλαμβάνει τις πωλήσεις της επίμαχης επιχειρήσεως οι οποίες δεν εμπίπτουν, άμεσα ή έμμεσα, στο πεδίο της συμπράξεως αυτής (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις Team Relocations κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 237 ανωτέρω, EU:C:2013:464, σκέψη 76, και Dole Food και Dole Fresh Fruit Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 238 ανωτέρω, EU:C:2015:184, σκέψη 148).

240 Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται ότι, δεν θα μπορούσε να απαιτηθεί από την Επιτροπή, ενώπιον ενός ως εκ του αντικειμένου περιορισμού όπως ο επίμαχος, να προβεί αυτεπαγγέλτως σε εξέταση του δυνητικού ανταγωνισμού για όλες τις αγορές και τις υπηρεσίες τις οποίες αφορά το πεδίο εφαρμογής της παραβάσεως, γιατί τότε θα παραβιάζονταν οι αρχές που έχουν τεθεί από τη νομολογία που παρατέθηκε στις σκέψεις 175, 176 και 178 ανωτέρω και θα θεσπιζόταν, μέσω του καθορισμού της αξίας των πωλήσεων που πρέπει να ληφθεί υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου, η υποχρέωση να εξετάζεται ο δυνητικός ανταγωνισμός, παρότι μια τέτοια υποχρέωση δεν υφίσταται στην περίπτωση ως εκ του αντικειμένου περιορισμού του ανταγωνισμού (βλ. σκέψη 177 ανωτέρω). Συγκεκριμένα, ως προς το ζήτημα αυτό το Δικαστήριο έχει κρίνει, σε περίπτωση που διεπόταν από τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογήν του άρθρου 15, παράγραφος 2, του κανονισμού 17 και του άρθρου 65, παράγραφος 5, της Συνθήκης [AX] (ΕΕ 1998, C 9, σ. 3), ότι, σε περίπτωση παραβάσεως που συνίσταται σε κατανομή των αγορών, ερμηνεία που θα είχε ως αποτέλεσμα την επιβολή στην Επιτροπή, στο πλαίσιο της μεθόδου υπολογισμού των προστίμων, υποχρεώσεως την οποία δεν υπέχει στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, δεδομένου ότι η επίμαχη παράβαση έχει αντικείμενο αντίθετο προς τον ανταγωνισμό, δεν μπορεί να γίνει δεκτή (απόφαση Prym και Prym Consumer κατά Επιτροπής, σκέψη 196 ανωτέρω, EU:C:2009:505, σκέψη 64).

241 Με τη λύση που γίνεται δεκτή εν προκειμένω δεν επιβάλλεται σε βάρος της Επιτροπής, στο πλαίσιο του προσδιορισμού του ύψους του προστίμου, υποχρέωση την οποία δεν υπέχει στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ για παράβαση με αντικείμενο αντίθετο στον ανταγωνισμό, αλλά αντλούνται οι συνέπειες του γεγονότος ότι η αξία των πωλήσεων πρέπει να συνδέεται άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση κατά την έννοια του σημείου 13 των κατευθυντήριων γραμμών και δεν μπορεί να καταλαμβάνει και τις πωλήσεις που δεν εμπίπτουν, άμεσα ή έμμεσα, στο πεδίο της τιμωρούμενης παραβάσεως (βλ. τη νομολογία που παρατέθηκε στη σκέψη 239 ανωτέρω). Επομένως, εφόσον η Επιτροπή επιλέγει για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου να στηριχθεί στην αξία των πωλήσεων που συνδέονται άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση, οφείλει να προσδιορίζει την αξία αυτή με ακρίβεια.

242 Ως προς το ζήτημα αυτό επισημαίνεται ότι, εν προκειμένω, βάσει του γράμματος της ρήτρας, η οποία αναφέρεται ρητώς σε «κάθε έργο που αφορά των τομέα των τηλεπικοινωνιών (περιλαμβανομένων των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, διαδικτύου και τηλεοράσεως, εξαιρουμένων όσων επενδύσεων και δραστηριοτήτων βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής της παρούσας συμφωνίας) που ενδέχεται να ανταγωνίζεται τον έτερο συμβαλλόμενο στην ιβηρική αγορά», και του ότι η προσφεύγουσα, στην απάντησή της επί της ανακοινώσεως αιτιάσεων, προέβαλε πραγματικά στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι η αξία των πωλήσεων ορισμένων υπηρεσιών έπρεπε να εξαιρεθεί κατά τον υπολογισμό του προστίμου λόγω της απουσίας ανταγωνισμού μεταξύ των μερών, η Επιτροπή έπρεπε να προβεί στην εξέταση των στοιχείων αυτών για τον καθορισμό της αξίας των πωλήσεων αγαθών ή υπηρεσιών που είχαν πραγματοποιηθεί από την επιχείρηση και συνδέονταν άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση.

243 Έτσι, εν προκειμένω, στο μέτρο που οι πωλήσεις που συνδέονταν άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση είναι οι πωλήσεις υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, ήτοι οι πωλήσεις κάθε έργου που εμπίπτει στον τομέα των τηλεπικοινωνιών –με την εξαίρεση των υπό εξέλιξη έργων– το οποίο θα μπορούσε να ανταγωνίζεται το άλλο μέρος στην ιβηρική αγορά, η Επιτροπή έπρεπε, για τον καθορισμό της αξίας των πωλήσεων αυτών, να προσδιορίσει τις υπηρεσίες για τις οποίες τα μέρη δεν τελούσαν σε δυνητικό ανταγωνισμό στην ιβηρική αγορά, εξετάζοντας τα στοιχεία που προέβαλαν τα μέρη στις απαντήσεις τους επί της ανακοινώσεως αιτιάσεων προκειμένου να αποδείξουν την απουσία δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ τους ως προς ορισμένες υπηρεσίες κατά τη διάρκεια εφαρμογής της ρήτρας. Μόνο βάσει μιας τέτοιας πραγματικής και νομικής αναλύσεως θα ήταν δυνατόν να καθοριστούν οι πωλήσεις που συνδέονταν άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση, των οποίων η αξία έπρεπε να ληφθεί ως αφετηρία για τον υπολογισμό του βασικού ποσού του προστίμου.

244 Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η επιχειρηματολογία με την οποία η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι η Επιτροπή όφειλε να προσδιορίσει, βάσει των στοιχείων που είχε προβάλει η προσφεύγουσα σχετικά με την απουσία δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ της Telefónica και της PT ως προς ορισμένες υπηρεσίες, την αξία των πωλήσεων που συνδέονταν άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση και πρέπει να ακυρωθεί το άρθρο 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως, αποκλειστικά και μόνον καθόσον ορίζει το ύψος του προστίμου βάσει της αξίας πωλήσεων την οποία έλαβε υπόψη η Επιτροπή.

245 Δεύτερον, υπενθυμίζεται ότι το σύστημα δικαστικού ελέγχου των αποφάσεων της Επιτροπής που αφορούν τις διαδικασίες εφαρμογής των άρθρων 101 ΣΛΕΕ και 102 ΣΛΕΕ συνίσταται σε έλεγχο νομιμότητας των πράξεων των θεσμικών οργάνων που θεσπίζεται στο άρθρο 263 ΣΛΕΕ, ο οποίος μπορεί να συμπληρωθεί, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 261 ΣΛΕΕ και κατόπιν αιτήματος των προσφευγόντων, με την άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας εκ μέρους του Γενικού Δικαστηρίου όσον αφορά τα πρόστιμα που επιβάλλονται στον τομέα αυτόν από την Επιτροπή (απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, Telefónica και Telefónica de España κατά Επιτροπής, C-295/12 P, Συλλογή, EU:C:2014:2062, σκέψη 42). Ως προς το ζήτημα αυτό επισημαίνεται ότι, εν προκειμένω, η πλημμέλεια που διαπιστώθηκε αφορά την αξία των πωλήσεων που ελήφθη υπόψη για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου σε βάρος της προσφεύγουσας και, άρα, την ίδια τη βάση υπολογισμού του προστίμου.

246 Στο πλαίσιο αυτό είναι χρήσιμο να υπομνησθεί εκ νέου ότι η Επιτροπή, στην αιτιολογική σκέψη 482 της προσβαλλομένης αποφάσεως, δεν προέβη σε ανάλυση του δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών για τις υπηρεσίες στις οποίες αναφέρθηκε η προσφεύγουσα. Εξάλλου, ως απάντηση στα ερωτήματα που έθεσε το Γενικό Δικαστήριο στην επ' ακροατηρίου συζήτηση ζητώντας κάποια απάντηση στα επιχειρήματα της προσφεύγουσας ως προς την προβαλλόμενη απουσία δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ της Telefónica και της PT για ορισμένες υπηρεσίες στην Πορτογαλία, η Επιτροπή επανέλαβε απλώς τη θέση της ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να αναλύσει τον δυνητικό ανταγωνισμό μεταξύ των μερών προκειμένου να καθορίσει το ύψος του προστίμου και απάντησε στο σύνολο των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας προβάλλοντας, απλώς, ότι η Telefónica αποτελούσε δυνητικό ανταγωνιστή της PT για τις επίμαχες υπηρεσίες, καθώς θα μπορούσε να λάβει μέρος στις διαδικασίες υποβολής προσφορών ή να εξαγοράσει έναν υφιστάμενο πάροχο.

247 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, εν προκειμένω, το Γενικό Δικαστήριο δεν διαθέτει επαρκεί στοιχεία για τον καθορισμό του τελικού ύψους του προστίμου που πρέπει να επιβληθεί στην προσφεύγουσα.

248 Πράγματι η αρμοδιότητα πλήρους δικαιοδοσίας που διαθέτει το Γενικό Δικαστήριο δυνάμει του άρθρου 31 του κανονισμού 1/2003 παρέχει στον δικαστή την εξουσία, πέραν του απλού ελέγχου νομιμότητας της κυρώσεως, να υποκαθιστά την Επιτροπή προβαίνοντας στη δική του εκτίμηση. Εν προκειμένω, όμως, η Επιτροπή δεν προέβη στην ανάλυση των στοιχείων που είχε προβάλει η προσφεύγουσα προς απόδειξη της απουσίας δυνητικού ανταγωνισμού μεταξύ των μερών ως προς ορισμένες υπηρεσίες προκειμένου να καθορίσει την αξία των πωλήσεων που πρέπει να ληφθούν υπόψη για τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου. Ο καθορισμός της αξίας των πωλήσεων αυτών από το Γενικό Δικαστήριο απαιτεί κατά συνέπεια να συμπληρώσει το ίδιο ένα κενό στη δικογραφίας.

249 Η άσκηση της αρμοδιότητας πλήρους δικαιοδοσίας δεν βαίνει, όμως, μέχρι του σημείου να προβαίνει το ίδιο το Γενικό Δικαστήριο στη διαμόρφωση της δικογραφίας, κάτι που θα υπερέβαινε την υποκατάσταση της εκτιμήσεως της Επιτροπής με αυτή του Γενικού Δικαστηρίου, καθώς η εκτίμηση του Γενικού Δικαστηρίου θα ήταν στην περίπτωση αυτή η πρώτη και μόνη εκτίμηση στοιχείων τα οποία θα έπρεπε να είχε λάβει υπόψη η Επιτροπή για τον καθορισμό της αξίας των πωλήσεων που συνδέονται άμεσα ή έμμεσα με την παράβαση κατά την έννοια του σημείου 13 των κατευθυντήριων γραμμών, η ανάλυση των οποίων απόκειται στην Επιτροπή.

250 Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, δεν συντρέχει λόγος να ασκηθεί η αρμοδιότητα πλήρους δικαιοδοσίας του Γενικού Δικαστηρίου με αποτέλεσμα να απόκειται στην Επιτροπή κατά την εκτέλεση της παρούσας αποφάσεως να συναγάγει όλες τις συνέπειες που απορρέουν από την πλημμέλεια που

διαπιστώθηκε και να αποφανθεί εκ νέου επί του υπολογισμού του ύψους του προστίμου. Εξάλλου, το Γενικό Δικαστήριο κρίνει ότι παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων που σχετίζονται με το ύψος του προστίμου.

– Επί των πωλήσεων που αφορούν προϋφιστάμενες δραστηριότητες

251 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, βάσει του γράμματος της ρήτρας οι πωλήσεις που αφορούν προϋφιστάμενες δραστηριότητες πρέπει να εξαιρεθούν από τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου.

252 Πρώτον, υπενθυμίζεται ότι από τις αιτιολογικές σκέψεις 482 και 483 της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι για τον υπολογισμό του προστίμου δεν ελήφθη υπόψη η αξία πωλήσεων από τις παγκόσμιες υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών και τις διεθνείς υπηρεσίες φορητότητας χονδρικής, για τις οποίες τα μέρη ήταν πραγματικοί ανταγωνιστές κατά την ημερομηνία υπογραφής της συμβάσεως.

253 Δεύτερον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αξία των πωλήσεων από υπηρεσίες της PT για υπηρεσίες που είχε παράσχει η Zon, ήτοι για σταθερή τηλεφωνία, ευρυζωνική πρόσβαση στο διαδίκτυο και συνδρομητική τηλεόραση, πρέπει να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, εφόσον, στο μέτρο που η Telefónica κατείχε μετοχές σε αυτή την ανταγωνίστρια εταιρία της PT που δραστηριοποιούνταν στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (βλ. σκέψη 7 ανωτέρω), οι υπηρεσίες που είχε παράσχει η Zon ενέπιπταν στην κατηγορία των «επενδύσεων και των δραστηριοτήτων [που] ήταν ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο υπογραφής [της συμβάσεως]» (βλ. σκέψη 1 ανωτέρω), οι οποίες εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας.

254 Πρώτον, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παρέχει ελάχιστες ή και μηδενικές εξηγήσεις ως προς ορισμένες αιτιάσεις που διατυπώθηκαν από τις αποδέκτριές της και ότι, όσον αφορά την παρουσία της Telefónica στο κεφάλαιο της Zon και την επιρροή που μπορούσε να ασκεί για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή επαναλαμβάνει απλώς τη θέση της ότι η συμμετοχή αυτή δεν παρείχε στην Telefónica καμία εξουσία ελέγχου. Στον βαθμό που η παρατήρηση αυτή θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως αιτίαση για παράβαση εκ μέρους της Επιτροπής της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, η αιτίαση αυτή πρέπει να απορριφθεί.

255 Συγκεκριμένα, φαίνεται ότι η Επιτροπή απάντησε στο επιχείρημα των μερών σχετικά με την εξαίρεση των υπηρεσιών της Zon από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, διευκρινίζοντας ότι δεν μπορεί να κάνει δεκτό τον ισχυρισμό ότι οι δραστηριότητες της Zon έπρεπε να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, καθώς, αν τα μέρη ήθελαν να αποδείξουν ότι τελούσαν σε ανταγωνιστική σχέση στην Πορτογαλία μέσω της συμμετοχής της Telefónica στη Zon, έπρεπε να είχαν αποδείξει ότι η Telefónica ήλεγχε τις δραστηριότητες του παρόχου αυτού, κάτι που δεν έπραξαν, ενώ από τους ετήσιους λογαριασμούς του 2011 προέκυπτε ότι η Telefónica δεν έλεγχε τον πορτογαλικό πάροχο. Έτσι, η Επιτροπή εξέθεσε σαφώς τον λόγο για τον οποίο θεωρούσε ότι οι δραστηριότητες της Zon δεν έπρεπε να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, καθώς και τον λόγο για τον οποίο κατέληγε στο συμπέρασμα ότι η Telefónica δεν ήλεγχε τη Zon, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να της προσαφθεί παράβαση της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως.

256 Ως προς το ζήτημα αυτό η Επιτροπή εξήγησε, επίσης, στις αιτιολογικές σκέψεις 156 έως 164 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι, αν ασκούσε επιρροή για τον καθορισμό του πεδίου εφαρμογής της ρήτρας η δραστηριότητα που ασκεί εταιρία στην οποία ένα από τα μέρη κατέχει μετοχές χωρίς να την ελέγχει, τότε η ρήτρα θα έπρεπε να αναφέρει ότι εφαρμόζεται στις δραστηριότητες των εταιριών τις οποίες δεν ελέγχουν τα μέρη. Επιπλέον, αν τέτοιες δραστηριότητες ασκούσαν επιρροή για τον καθορισμό του πεδίου εφαρμογής της ρήτρας, τότε οι δραστηριότητες αυτές θα έπρεπε να λαμβάνονται υπόψη και ως προς την τήρηση των διατάξεων της ρήτρας, με αποτέλεσμα να αποτελεί παραβίαση της ρήτρας και η άσκηση απαγορευμένης δραστηριότητας εκ μέρους εταιρίας στην οποία ένα από τα μέρη διατηρεί μειοψηφική συμμετοχή χωρίς να έχει τον έλεγχο της εταιρίας. Η Επιτροπή ανέπτυξε περαιτέρω το σημείο αυτό, υποστηρίζοντας ότι τα μέρη δεν θα μπορούσαν να υποστηρίξουν

ότι ανέλαβαν οποιαδήποτε υποχρέωση στο όνομα και για λογαριασμό των εταιριών στις οποίες κατείχαν μειοψηφική συμμετοχή χωρίς να τις ελέγχουν, καθώς δεν θα ήταν σε θέση να εγγυηθούν την τήρηση μιας τέτοιας υποχρεώσεως. Κατά συνέπεια, για να μπορεί κάποια δραστηριότητα να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, θα έπρεπε να έχει πραγματοποιηθεί ευθέως από ένα από τα μέρη ή εμμέσως από κάποια από τις εταιρίες που ήλεγχαν τα μέρη.

257 Δεύτερον, όσον αφορά την ουσία, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ούτε την ανωτέρω επιχειρηματολογία ούτε τη διαπίστωση της Επιτροπής ότι η Telefónica κατά την κρίσιμη περίοδο κατείχε μειοψηφική μόνο συμμετοχή στη Zon (5,46 %) (αιτιολογική σκέψη 19 της προσβαλλομένης αποφάσεως) και δεν είχε τον έλεγχο της εταιρίας αυτής, με αποτέλεσμα οι υπηρεσίες που παρείχε η Zon να μην μπορούν να θεωρηθούν ως υπηρεσίες που παρείχε η Telefónica και άρα ως υπηρεσίες για τις οποίες η Telefónica και PT τελούσαν σε ανταγωνιστική σχέση και οι οποίες, ως εκ τούτου, θα έπρεπε να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας. Επομένως η προσφεύγουσα δεν απέδειξε για ποιο λόγο, κατ' αυτήν, παρά το ότι η Telefónica είχε μειοψηφική μόνο συμμετοχή στη Zon, θα έπρεπε οι υπηρεσίες που παρείχε η Zon να θεωρηθούν ως υπηρεσίες που παρείχε η Telefónica και να εξαιρεθούν, για τον λόγο αυτό, από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας. Υπό τις συνθήκες αυτές η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

– Επί των πωλήσεων που αφορούν δραστηριότητες οι οποίες πραγματοποιήθηκαν εκτός της Ιβηρικής Χερσονήσου

258 Η προσφεύγουσα αμφισβητεί το γεωγραφικό πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, όπως αυτό καθορίστηκε από την Επιτροπή, υποστηρίζοντας ότι, στο μέτρο που η συμφωνία αναφέρεται ρητά στην ιβηρική αγορά και όχι στην Πορτογαλία και την Ισπανία, πρέπει να θεωρηθεί ότι τα μέρη αναφέρονταν στις περιοχές που αποτελούν την Ιβηρική Χερσόνησο και όχι στις περιοχές που αποτελούν το Βασίλειο της Ισπανίας και την Πορτογαλική Δημοκρατία. Κατά συνέπεια, κατά την προσφεύγουσα, θα έπρεπε να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας οι περιοχές των αυτόνομων περιοχών των Αζορών και της Μαδέρας, στις οποίες το 2011 αντιστοιχούσε κύκλος εργασιών 36 992 000 ευρώ και 23 492 000 ευρώ αντίστοιχα, με αποτέλεσμα να πρέπει να αναπροσαρμοστεί η αξία των πωλήσεων της PT που ελήφθη υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου και, κατά συνέπεια, και το ύψος του προστίμου.

259 Αυτό το επιχείρημα δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Σε αντίθεση προς όσα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, το κείμενο της ρήτρας δεν αναφέρεται επί λέξει στην «Ιβηρική Χερσόνησο», αλλά στην «ιβηρική αγορά». Φαίνεται, όμως, ότι η αναφορά στην «ιβηρική αγορά» δεν πρέπει να νοηθεί υπό την αυστηρώς γεωγραφική έννοια, ως αναφορά αποκλειστικά στην Ιβηρική Χερσόνησο, αλλά ως αναφορά στις αγορές της Ισπανίας και της Πορτογαλίας, που περιλαμβάνουν τις αγορές των εδαφών τους τα οποία δεν βρίσκονται στην Ιβηρική Χερσόνησο. Δεν υπάρχει κάποια ένδειξη ούτε η προσφεύγουσα προβάλλει κάποιο επιχείρημα ως προς το ότι τα εδάφη των κρατών αυτών που βρίσκονται εκτός της Ιβηρικής Χερσονήσου εξαιρούνταν από το πεδίο εφαρμογής της ρήτρας.

260 Ως προς το ζήτημα αυτό σημειώνεται ότι η προσφεύγουσα βάλλει, απλώς, κατά της ερμηνείας της Επιτροπής ως προς το γεωγραφικό πεδίο εφαρμογής της ρήτρας, αλλά δεν προβάλλει κανένα επιχείρημα που θα κλόνιζε τα συμπεράσματα της Επιτροπής ως προς το ζήτημα αυτό, τα οποία εκτέθηκαν στις αιτιολογικές σκέψεις 175 έως 182 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν μπορούν να γίνουν δεκτά όσα υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

261 Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ότι η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας σχετικά με τις πωλήσεις που ελήφθησαν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου πρέπει να γίνει δεκτή στο μέτρο που η Επιτροπή, για τον καθορισμό της αξίας των πωλήσεων της προσφεύγουσας που έπρεπε να ληφθούν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου, όφειλε να εξετάσει τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας περί του ότι ως προς ορισμένες υπηρεσίες δεν υπήρχε δυνητικός ανταγωνισμός μεταξύ της Telefónica και της PT (βλ. σκέψεις 226 έως 250 ανωτέρω) και πρέπει να απορριφθεί κατά τα λοιπά.

Επί της διάρκειας της παραβάσεως

262 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή καθόρισε πλημμελώς τη διάρκεια της παραβάσεως, καθώς η υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού δεν μπορούσε να αναπτύξει αποτελέσματα πριν από την επικύρωσή της, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να θεωρηθεί ως εκ του αντικειμένου περιορισμός που εφαρμόζεται από την ημερομηνία που τίθεται σε ισχύ, ήτοι από την ημερομηνία περατώσεως της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010, και ότι, σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν δεν ληφθεί υπόψη ο ρητός όρος της προηγούμενης επικυρώσεως, η συμφωνία περί μη ανταγωνισμού έληξε στις 29 Οκτωβρίου 2010 λόγω των συμπερασμάτων στα οποία κατέληξαν οι τηλεφωνικές διασκέψεις της 26ης και της 29ης Οκτωβρίου 2010.

263 Υπενθυμίζεται ότι, κατά το άρθρο 23, παράγραφος 3, του κανονισμού 1/2003, η διάρκεια της παραβάσεως συνιστά ένα από τα στοιχεία που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη για τον καθορισμό του προστίμου σε βάρος επιχειρήσεων οι οποίες έχουν κριθεί υπεύθυνες παραβάσεων των κανόνων του ανταγωνισμού.

264 Εξάλλου, όπως αναφέρθηκε στη σκέψη 202 ανωτέρω, το σημείο 24 των κατευθυντήριων γραμμών ορίζει ότι, για να ληφθεί πλήρως υπόψη η διάρκεια της συμμετοχής κάθε επιχειρήσεως στην παράβαση, το ποσό που θα καθορίζεται σε συνάρτηση με την αξία των πωλήσεων θα πολλαπλασιάζεται με τον αριθμό των ετών συμμετοχής στην παράβαση και ότι οι μικρότερες του εξαμήνου περίοδοι υπολογίζονται ως μισό έτος, ενώ οι περίοδοι που υπερβαίνουν το εξάμηνο, αλλά είναι μικρότερες του έτους, υπολογίζονται ως ένα πλήρες έτος.

265 Όσον αφορά τη διάρκεια της επίμαχης εν προκειμένω παραβάσεως, η Επιτροπή έκρινε, στις σκέψεις 454 έως 465 της προσβαλλομένης αποφάσεως, όπως αναφέρθηκε ήδη στη σκέψη 51 ανωτέρω, ότι η παράβαση διήρκεσε το διάστημα από την ημερομηνία περατώσεως της συναλλαγής, ήτοι τις 27 Σεπτεμβρίου 2010 (βλ. σκέψη 25 ανωτέρω), έως την ημερομηνία κατά την οποία καταργήθηκε η ρήτρα, ήτοι τις 4 Φεβρουαρίου 2011 (βλ. σκέψη 29 ανωτέρω).

266 Με την υπό εξέταση αιτίαση η προσφεύγουσα βάλλει, κατ' ουσίαν, κατά της νομιμότητας της προσβαλλομένης αποφάσεως στο μέτρο που με αυτή διαπιστώνεται, όπως αναφέρεται στο άρθρο 1 του διατακτικού της, ότι η παράβαση διήρκεσε από την περάτωση της συναλλαγής στις 27 Σεπτεμβρίου 2010, έως τις 4 Φεβρουαρίου 2011. Διαπιστώνεται, επομένως, ότι, με την υπό εξέταση αιτίαση που αφορά τη διάρκεια της παραβάσεως, η προσφεύγουσα δεν επιδιώκει μόνο τη μείωση του προστίμου, αλλά και τη μερική ακύρωση της προσβαλλομένης αποφάσεως και, ιδίως, του άρθρου 1 του διατακτικού της, καθόσον η Επιτροπή με αυτό διαπιστώνει εσφαλμένα ότι η παράβαση διήρκεσε από τις 27 Σεπτεμβρίου 2010 μέχρι τις 4 Φεβρουαρίου 2011.

267 Διαπιστώνεται, όμως, ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει συμπληρωματικά στοιχεία ως προς τη διάρκεια της παραβάσεως και παραπέμπει, απλώς, στις αιτιάσεις που έχει ήδη διατυπώσει στο πλαίσιο του λόγου που στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και των κανόνων που σχετίζονται με την εφαρμογή του, οι οποίες έχουν ήδη εξετασθεί και απορριφθεί στο πλαίσιο αυτό (βλ. σκέψεις 122 έως 161 ανωτέρω). Στο μέτρο που η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι η υποχρέωση περί μη ανταγωνισμού εξαρτιόταν από την υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως ούτε ότι οι τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010 είχαν καταλήξει στην κατάργηση της ρήτρας, το αίτημα περιορισμού της διάρκειας της παραβάσεως που ελήφθη υπόψη για τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου πρέπει να απορριφθεί.

Επί της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας

268 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατά τον καθορισμό του προστίμου που της επιβλήθηκε για την επίμαχη παράβαση δεν τηρήθηκε η αρχή της αναλογικότητας.

269 Η Επιτροπή προβάλλει ένσταση απαραδέκτου, υποστηρίζοντας ότι αυτός ο λόγος ακυρώσεως πρέπει να κριθεί απαράδεκτος, στο μέτρο που η προσφεύγουσα, στις τρεις σειρές του δικογράφου της προσφυγής που αφορούν τον λόγο αυτόν, παραπονείται απλώς ότι, «συνολικά, [είναι] πεπεισμένη ότι, βάσει όλων των περιστάσεων της υποθέσεως και των κριτηρίων που πρέπει να τηρούνται για την επιβολή των προστίμων, η Επιτροπή δεν τήρησε την αρχή της αναλογικότητας».

270 Αφενός, υπενθυμίζεται ότι, όπως αναφέρθηκε ήδη στις σκέψεις 68 επ. ανωτέρω, δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του Κανονισμού Διαδικασίας της 2ας Μαΐου 1991, το δικόγραφο της προσφυγής πρέπει να μνημονεύει το αντικείμενο της διαφοράς και να περιέχει συνοπτική έκθεση των ισχυρισμών των οποίων γίνεται επίκληση, και τα στοιχεία αυτά πρέπει να είναι αρκούντως σαφή και ακριβή ώστε να μπορεί ο καθού διάδικος να προετοιμάσει την άμυνά του και το Γενικό Δικαστήριο να αποφανθεί επί της προσφυγής χωρίς να χρειάζεται ενδεχομένως άλλα στοιχεία. Εξάλλου, για λόγους ασφάλειας δικαίου και ορθής απονομής της δικαιοσύνης, τα ουσιώδη πραγματικά περιστατικά και νομικά στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η προσφυγή πρέπει να προκύπτουν κατά τρόπο συνεπή και κατανοητό από το ίδιο το κείμενο του δικογράφου (βλ. διάταξη TF1 κατά Επιτροπής, σκέψη 70 ανωτέρω, EU:T:2008:155, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

271 Διαπιστώνεται ότι ο τρόπος με τον οποίο η προσφεύγουσα εκθέτει στο πλαίσιο της παρούσας προσφυγής τον λόγο ακυρώσεως που αφορά παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας στο πλαίσιο της παρούσας προσφυγής δεν ανταποκρίνεται στις ανωτέρω απαιτήσεις, με αποτέλεσμα να είναι βάσιμη η ένσταση απαραδέκτου της Επιτροπής και να πρέπει να κριθεί απαράδεκτος ο λόγος που στηρίζεται σε παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

272 Αφετέρου, επισημαίνεται ως προς το ζήτημα αυτό ότι στο δίκαιο ανταγωνισμού της Ένωσης ο έλεγχος της νομιμότητας συμπληρώνεται από την πλήρη δικαιοδοσία που αναγνωριζόταν στον δικαστή της Ένωσης από το άρθρο 17 του κανονισμού 17 και που σήμερα εξασφαλίζεται από το άρθρο 31 του κανονισμού 1/2003, σύμφωνα με το άρθρο 261 ΣΛΕΕ. Η εν λόγω πλήρης δικαιοδοσία παρέχει στον δικαστή την εξουσία, πέραν του απλού ελέγχου νομιμότητας της κυρώσεως, να υποκαθιστά την Επιτροπή προβαίνοντας στη δική του εκτίμηση και, κατά συνέπεια, να εξαλείφει, να μειώνει ή να αυξάνει το πρόστιμο ή τη χρηματική ποινή που επιβλήθηκαν (βλ. απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, Χαλκόρ κατά Επιτροπής, C-386/10 P, Συλλογή, EU:C:2011:815, σκέψη 63 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

273 Υπογραμμίζεται, όμως, ότι η άσκηση της πλήρους δικαιοδοσίας δεν ισοδυναμεί με αυτεπάγγελτο έλεγχο και υπενθυμίζεται ότι η διαδικασία ενώπιον των δικαστηρίων της Ένωσης διεξάγεται κατ' αντιμωλίαν. Με την εξαίρεση των λόγων δημοσίας τάξεως τους οποίους ο δικαστής οφείλει να εξετάζει αυτεπαγγέλτως, όπως είναι η απουσία αιτιολογίας της προσβαλλομένης αποφάσεως, απόκειται στον προσφεύγοντα να επικαλεστεί λόγους ακυρώσεως κατά της αποφάσεως αυτής και να προσκομίσει τα κατάλληλα αποδεικτικά στοιχεία προς στήριξη των λόγων αυτών (απόφαση Χαλκόρ κατά Επιτροπής, σκέψη 272 ανωτέρω, EU:C:2011:815, σκέψη 64).

274 Η κατά τα ανωτέρω δικονομικής φύσεως απαίτηση δεν προσκρούει στον κανόνα σύμφωνα με τον οποίο, όσον αφορά τις παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού, απόκειται στην Επιτροπή να αποδείξει τις παραβάσεις που διαπιστώνει και να προσκομίσει τα στοιχεία που μπορούν να αποδείξουν, επαρκώς κατά νόμον, την ύπαρξη των περιστατικών που στοιχειοθετούν την παράβαση. Αυτό που ουσιαστικά ζητείται από τον προσφεύγοντα στο πλαίσιο δικαστικής προσφυγής είναι να προσδιορίσει τα αμφισβητούμενα στοιχεία της προσβαλλομένης αποφάσεως, να διατυπώσει τις σχετικές αιτιάσεις και να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία μπορεί να συνίστανται σε σοβαρές ενδείξεις, πρόσφορες να αποδείξουν το βάσιμο των αιτιάσεων (απόφαση KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 272 ανωτέρω, σκέψη 65).

275 Η έλλειψη αυτεπάγγελτου ελέγχου του συνόλου της προσβαλλομένης αποφάσεως δεν συνεπάγεται παραβίαση της αρχής της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Προς τήρηση της αρχής αυτής το Γενικό Δικαστήριο, το οποίο βεβαίως πρέπει να απαντήσει στους προβληθέντες λόγους και να ασκήσει

έλεγχο τόσο των νομικών όσο και των πραγματικών στοιχείων, δεν υποχρεούται να προβεί αυτεπαγγέλτως σε νέα πλήρη εξέταση της υποθέσεως (απόφαση Χαλκόρ κατά Επιτροπής, σκέψη 272 ανωτέρω, EU:C:2011:815, σκέψη 66).

276 Επομένως, ο έλεγχος που προβλέπουν οι Συνθήκες συνεπάγεται ότι ο δικαστής της Ένωσης ελέγχει τόσο τα νομικά όσο και τα πραγματικά ζητήματα και ότι έχει εξουσία να εκτιμά τα αποδεικτικά στοιχεία, να ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση και να τροποποιεί το ποσό των προστίμων. Κατά συνέπεια, δεν προκύπτει ότι ο έλεγχος νομιμότητας του άρθρου 263 ΣΛΕΕ, που συμπληρώνεται από την κατά το άρθρο 31 του κανονισμού 1/2003 πλήρη δικαιοδοσία όσον αφορά το ποσό του προστίμου, είναι αντίθετος προς τις απαιτήσεις που επιβάλλει η περιλαμβανόμενη στο άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (απόφαση Χαλκόρ κατά Επιτροπής, σκέψη 272 ανωτέρω, EU:C:2011:815, σκέψη 67).

277 Από την ανωτέρω νομολογία προκύπτει ότι σε περίπτωση που η προσφεύγουσα δεν προβάλλει επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία προς στήριξη του λόγου ακυρώσεως που στηρίζεται σε παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, το Γενικό Δικαστήριο δεν υποχρεούται να εξετάσει αυτεπαγγέλτως, κατά την άσκηση της πλήρους δικαιοδοσίας του, αν η Επιτροπή τήρησε την αρχή αυτή κατά τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου.

3. *Επί του αιτήματος εξετάσεως μαρτύρων*

278 Η προσφεύγουσα ζητεί από το Γενικό Δικαστήριο να εξετασθεί ως μάρτυρας η M. R. S. S. N., υπεύθυνη της διευθύνσεως ανταγωνισμού της PT κατά τον χρόνο συνάψεως της συμφωνίας, καθώς και κατά τον χρόνο συνάψεως της συμφωνίας καταργήσεως της ρήτρας.

279 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το αίτημα πρέπει να απορριφθεί, ως στερούμενο χρησιμότητας και περιττό, καθώς βρίσκεται ήδη στη δικογραφία η ένορκη δήλωση της M. R. S. S. N. σχετικά με τα πραγματικά περιστατικά τα οποία γνωρίζει.

280 Πρέπει να υπομνησθεί ότι το Γενικό Δικαστήριο είναι αποκλειστικά αρμόδιο να κρίνει την ενδεχόμενη ανάγκη συμπληρώσεως των πληροφοριακών στοιχείων που διαθέτει στις υποθέσεις των οποίων επιλαμβάνεται (βλ. διάταξη της 10ης Ιουνίου 2010, Thomson Sales Europe κατά Επιτροπής, C-498/09 P, EU:C:2010:338, σκέψη 138 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

281 Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο στο πλαίσιο υποθέσεως που αφορούσε το δίκαιο του ανταγωνισμού, ακόμη και όταν μια αίτηση εξετάσεως μαρτύρων, που υποβάλλεται με το δικόγραφο της προσφυγής, αναφέρει με ακρίβεια τα πραγματικά περιστατικά για τα οποία επιβάλλεται εξέταση μάρτυρα ή μαρτύρων και οι λόγοι που δικαιολογούν την εξέτασή τους, απόκειται στο Γενικό Δικαστήριο να εκτιμήσει τη χρησιμότητα της αιτήσεως σε σχέση με το αντικείμενο της διαφοράς και την αναγκαιότητα να προχωρήσει στην εξέταση των προταθέντων μαρτύρων (βλ. απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2013, Siemens κατά Επιτροπής, C-239/11 P, C-489/11 P και C-498/11 P, EU:C:2013:866, σκέψη 323 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

282 Το Δικαστήριο έχει, εξάλλου, επισημάνει ότι η εξουσία εκτιμήσεως του Γενικού Δικαστηρίου δεν είναι αντίθετη στο δικαίωμα δίκαιη δίκης και, ειδικότερα, στο άρθρο 6, παράγραφος 3, στοιχείο δ', της Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, που υπεγράφη στη Ρώμη στις 4 Νοεμβρίου 1950 (ΕΣΔΑ). Συγκεκριμένα, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η ανωτέρω διάταξη δεν αναγνωρίζει στον κατηγορούμενο απόλυτο δικαίωμα να επιτύχει την εξέταση μαρτύρων ενώπιον δικαστηρίου και ότι απόκειται, κατ' αρχήν, στο εθνικό δικαστήριο να αποφασίζει για το αν είναι αναγκαίο ή σκόπιμο να κλητεύσει έναν μάρτυρα. Το άρθρο 6, παράγραφος 3, της ΕΣΔΑ δεν επιβάλλει την κλήτευση οποιουδήποτε μάρτυρα, αλλ' αποσκοπεί στην πλήρη ισότητα των όπλων, διασφαλίζοντας ότι η ένδικη διαδικασία, θεωρούμενη

συνολικά, προσέφερε στον κατηγορούμενο μια πρόσφορη και επαρκή ευκαιρία να αμφισβητήσει τις υποψίες που τον βαρύνουν (βλ. απόφαση Siemens κατά Επιτροπής, σκέψη 281 ανωτέρω, EU:C:2013:866, σκέψεις 324 και 325 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

283 Ως προς το ζήτημα αυτό το Γενικό Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η αίτηση εξετάσεως μαρτύρων που υποβάλλεται από την προσφεύγουσα επιχείρηση δεν μπορεί να γίνει δεκτή όταν οι δηλώσεις που επιδιώκει να γίνουν με την εξέταση αυτή ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου έχουν ήδη διατυπωθεί ενώπιον της Επιτροπής, έχει θεωρηθεί ότι δεν τεκμηριώνονται από έγγραφα αποδεικτικά στοιχεία και μάλιστα αντιφάσκουν προς ορισμένα στοιχεία της δικογραφίας (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 13ης Ιουνίου 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs κατά Επιτροπής, T-144/07, T-147/07 έως T-150/07 και T-154/07, Συλλογή, EU:T:2011:364, σκέψεις 152 και 154).

284 Εξάλλου, σημειώνεται ότι αίτημα που αποσκοπεί στο να συμπληρωθούν τα στοιχεία που διαθέτει το Γενικό Δικαστήριο είναι αλυσιτελές όταν, ακόμη και στην περίπτωση που το αίτημα αυτό γίνει δεκτό από το Γενικό Δικαστήριο, δεν θα επηρεαστεί η απόφαση που θα εκδοθεί (βλ., υπ' αυτή την έννοια, διάταξη Thomson Sales Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 280 ανωτέρω, EU:C:2010:338, σκέψη 141).

285 Αν το Γενικό Δικαστήριο μπορεί να αποφανθεί βάσει των αιτημάτων, των λόγων και των επιχειρημάτων που έχουν διατυπωθεί κατά την έγγραφη και την προφορική διαδικασία και βάσει των εγγράφων που έχουν προσκομισθεί, τότε πρέπει να απορριφθεί η αίτηση εξετάσεως μάρτυρα που έχει υποβληθεί από τον προσφεύγοντα, χωρίς να απαιτείται το Γενικό Δικαστήριο να αιτιολογήσει ειδικά την κρίση του περί του ότι δεν είναι χρήσιμη η αναζήτησε πρόσθετων αποδεικτικών στοιχείων (βλ., υπ' αυτή την έννοια, διάταξη της 15ης Σεπτεμβρίου 2005, Marlines κατά Επιτροπής, C-112/04 P, EU:C:2005:554, σκέψη 39, και απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, Clearstream κατά Επιτροπής, T-301/04, Συλλογή, EU:T:2009:317, σκέψη 218).

286 Ωστόσο, καίτοι αληθεύει ότι οι διάδικοι δεν μπορούν να αξιώσουν από τον δικαστή της Ένωσης να λάβει κάποιο μέτρο οργανώσεως της διαδικασίας ή να διατάξει τη διεξαγωγή αποδείξεων, εντούτοις ο δικαστής δεν μπορεί να εξαγάγει συμπεράσματα από το ότι απουσιάζουν από τη δικογραφία κάποια στοιχεία, όσο δεν έχει εξαντλήσει τα μέσα που προβλέπει ο Κανονισμός Διαδικασίας για να επιτύχει την προσκόμιση των στοιχείων αυτών από τον οικείο διάδικο (βλ. διάταξη της 8ης Οκτωβρίου 2013, Μιχαήλ κατά Επιτροπής, T-597/11 P, Συλλογή Υπ.Υπ., EU:T:2013:542, σκέψη 40 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

287 Εν προκειμένω, στο μέτρο που υπάρχει ήδη στη δικογραφία η δήλωση της M. R. S. S. N. σχετικά με τα πραγματικά περιστατικά που γνώριζε, δεν συντρέχει λόγος να γίνει δεκτή η αίτηση εξετάσεως μαρτύρων την οποία υπέβαλε η προσφεύγουσα.

288 Υπενθυμίζεται ως προς το ζήτημα αυτό, όπως αναφέρθηκε ήδη στη σκέψη 283 ανωτέρω, ότι το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι η αίτηση εξετάσεως μαρτύρων που υποβάλλεται από την προσφεύγουσα επιχείρηση δεν μπορεί να γίνει δεκτή, όταν οι δηλώσεις που επιδιώκει να γίνουν με την εξέταση αυτή ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου έχουν ήδη διατυπωθεί ενώπιον της Επιτροπής, έχει θεωρηθεί ότι δεν τεκμηριώνονται από έγγραφα αποδεικτικά στοιχεία, και μάλιστα αντιφάσκουν προς ορισμένα στοιχεία της δικογραφίας.

289 Εν προκειμένω υπενθυμίζεται ότι η Επιτροπή επισήμανε, όπως σημειώθηκε ήδη στις σκέψεις 149 και 150 ανωτέρω, ότι είχε λάβει υπόψη την επίμαχη δήλωση και την είχε αξιολογήσει σύμφωνα με τις αρχές που διέπουν την εκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων. Η Επιτροπή έλαβε, έτσι, υπόψη το ότι η δήλωση αυτή είχε γίνει από πρόσωπο το οποίο θα μπορούσε να έχει άμεσο συμφέρον στην υπόθεση (αιτιολογική σκέψη 122 της προσβαλλομένης αποφάσεως) και προέβη σε προσεκτική αξιολόγηση του στοιχείου αυτού σε σχέση με τα λοιπά διαθέσιμα αποδεικτικά στοιχεία (αιτιολογικές σκέψεις 121, 124 και 308 της προσβαλλομένης αποφάσεως). Η Επιτροπή ουδέποτε αμφισβήτησε ότι το πρόσωπο που είχε κάνει τη δήλωση αυτή είχε εκφρασθεί κατά τρόπο τεκμηριωμένο στη δήλωση αυτή.

290 Υπό τις συνθήκες αυτές πρέπει να απορριφθεί η αίτηση να διαταχθεί η εξέταση ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου του προσώπου που είχε κάνει τη δήλωση αυτή, καθώς τα στοιχεία που βρίσκονται στη δικογραφία αρκούν ώστε να μπορέσει το Γενικό Δικαστήριο να αποφανθεί σχετικά με τις τηλεδιασκέψεις του Οκτωβρίου του 2010 (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση ThyssenKrupp Liften Ascenseurs κατά Επιτροπής, σκέψη 283 ανωτέρω, EU:T:2011:364, σκέψεις 152 και 154· βλ. επίσης, υπ' αυτή την έννοια και κατ' αναλογίαν, απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 2004, Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ, C-136/02 P, Συλλογή, EU:C:2004:592, σκέψη 77).

291 Το συμπέρασμα αυτό δεν αναιρείται από το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι, βάσει της αρχής της εγγύτητας ή της αμεσότητας, η εξέταση μαρτύρων από το Γενικό Δικαστήριο έχει αδιαμφισβήτητα μεγαλύτερη αξία σε σχέση με τη λήψη υπόψη μιας γραπτής δηλώσεως. Συγκεκριμένα, στο μέτρο που δεν αμφισβητείται το περιεχόμενο της δηλώσεως και που τίθεται απλώς ζήτημα κατανοήσεως του στοιχείου αυτού σε σχέση με το σύνολο των αποδείξεων, τα επιχειρήματα που πρόβαλε η προσφεύγουσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση δεν μπορούν να κλονίσουν τη διαπίστωση ότι είναι περιττό να εξετασθεί ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου το πρόσωπο που είχε κάνει την επίμαχη δήλωση.

292 Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ότι η αίτηση εξετάσεως μαρτύρων πρέπει να απορριφθεί.

293 Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ότι η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας σε σχέση με τις πωλήσεις που ελήφθησαν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, στο μέτρο που η Επιτροπή, για τον καθορισμό της αξίας των πωλήσεων της προσφεύγουσας που πρέπει να ληφθούν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου έπρεπε να εξετάσει τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας περί του ότι δεν υπήρχε δυνητικός ανταγωνισμός μεταξύ της Telefónica και της PT ως προς ορισμένες υπηρεσίες. Κατά συνέπεια, το άρθρο 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως πρέπει να ακυρωθεί αποκλειστικά και μόνον καθόσον ορίζει το ύψος του προστίμου βάσει της αξίας πωλήσεων στην οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή, και η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κατά τα λοιπά.

Επί των δικαστικών εξόδων

294 Κατά το άρθρο 134, παράγραφος 3, του Κανονισμού Διαδικασίας του Γενικού Δικαστηρίου, σε περίπτωση μερικής ήττας των διαδίκων, κάθε διάδικος φέρει τα δικαστικά έξοδά του. Πάντως, αν τούτο δικαιολογείται από τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως, το Γενικό Δικαστήριο μπορεί να αποφασίσει ότι ένας διάδικος, πέραν των δικαστικών του εξόδων, φέρει και μέρος των εξόδων του αντιδίκου.

295 Επειδή η προσφυγή έγινε μερικώς μόνο δεκτή, το Γενικό Δικαστήριο, κατά δίκαιη κρίση των περιστάσεων της υποθέσεως, αποφασίζει ότι η προσφεύγουσα φέρει τα τρία τέταρτα των δικαστικών της εξόδων και το ένα τέταρτο των δικαστικών εξόδων της Επιτροπής. Η Επιτροπή φέρει το ένα τέταρτο των δικαστικών της εξόδων και το ένα τέταρτο των δικαστικών εξόδων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΓΕΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (δεύτερο τμήμα),

αποφασίζει:

1) **Ακυρώνει το άρθρο 2 της αποφάσεως C(2013) 306 final της Επιτροπής, της 23ης Ιανουαρίου 2013, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (υπόθεση COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom), στο μέτρο που ορίζει το ύψος του προστίμου στην Portugal Telecom SGPS, SA σε 12 290 000 ευρώ, καθόσον το ποσό αυτό καθορίστηκε βάσει της αξίας των πωλήσεων την οποία έλαβε υπόψη η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.**

2) **Απορρίπτει την προσφυγή κατά τα λοιπά.**

3) **Η Portugal Telecom SGPS φέρει τα τρίτα τέταρτα των δικαστικών της εξόδων και το ένα τέταρτο των δικαστικών εξόδων της Επιτροπής. Η Επιτροπή φέρει τα τρία τέταρτα των δικαστικών της εξόδων και το ένα τέταρτο των δικαστικών εξόδων της Portugal Telecom SGPS.**

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 28 Ιουνίου 2016.

(υπογραφές)

Περιεχόμενα

Ιστορικό της διαφοράς 2

Παρουσίαση της PT και της Telefsnica 2

Οι διαπραγματεύσεις και η σύναψη της συμφωνίας 3

Γ – Γεγονότα μεταγενέστερα της συνάψεως της συμφωνίας 6

Δ – Διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής 7

Προσβαλλομένη απόφαση 7

Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων 11

Σκεπτικό 12

Επί του παραδεκτού 11

Β – Επί της ουσίας 14

1. Επί του αιτήματος ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως 14

α) Επί του λόγου που στηρίζεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου 14

β) Επί του λόγου που στηρίζεται σε παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και των κανόνων που σχετίζονται με την εφαρμογή του 15

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις: 15

Επί των επιχειρημάτων που στηρίζονται στο ότι η ρήτρα συνδεόταν με το δικαίωμα εξαγοράς ή με την παραίτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου της PT που είχαν οριστεί από την Telefsnica 15

Επί τον επιχειρημάτων που στηρίζονται στο ότι η ρήτρα περιλάμβανε υποχρέωση αυτοαξιολογήσεως 21

Επί του επιχειρήματος που στηρίζεται στην παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ λόγω της παραλείψεως εξετάσεως των όρων του δυνητικού ανταγωνισμού 28

Επί των επιχειρημάτων που στηρίζονται στην απουσία αποτελεσμάτων 33

2. Επί των αιτημάτων που αφορούν το ύψος του προστίμου 34

α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις 34

Επί των αρχών που διέπουν τον υπολογισμό των προστίμων 34

Προσβαλλόμενη απόφαση 38

β) Επί των πωλήσεων που ελήφθησαν υπόψη για τον υπολογισμό του προστίμου 37

Επί της αιτιολογήσεως 40

Επί της ουσίας 41

– Επί των πωλήσεων που αφορούν δραστηριότητες για τις οποίες δεν μπορούσε να υπάρξει ανταγωνισμός 41

– Επί των πωλήσεων που αφορούν προϋφιστάμενες δραστηριότητες 46

– Επί των πωλήσεων που αφορούν δραστηριότητες οι οποίες πραγματοποιήθηκαν εκτός της Ιβηρικής Χερσονήσου 47

γ) Επί της διάρκειας της παραβάσεως 44

δ) Επί της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας 45

3. Επί του αιτήματος εξετάσεως μαρτύρων 50

Επί των δικαστικών εξόδων 52