ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

28 juni 2016*

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Portugese en Spaanse telecommunicatiemarkt — Niet-concurrentiebeding op de Iberische markt dat is opgenomen in de overeenkomst waarbij Telefónica de door Portugal Telecom gehouden deelneming in de Braziliaanse mobiele aanbieder Vivo verwerft — Voorbehoud van rechtsgeldigheid ‚voor zover zulks bij de wet is toegestaan' — Motiveringsplicht — Inbreuk naar strekking — Nevenrestrictie — Potentiële mededinging — Inbreuk naar gevolgen — Berekening van de geldboete — Verzoek om getuigen te horen"

In zaak T-208/13,

Portugal Telecom SGPS, SA, gevestigd te Lissabon (Portugal), vertegenwoordigd door N. Mimoso Ruiz en R. Bordalo Junqueiro, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door C. Giolito, C. Urraca Caviedes en T. Christoforou, vervolgens door C. Giolito, C. Urraca Caviedes en P. Costa de Oliveira, als gemachtigden, bijgestaan door M. Marques Mendes, advocaat,

verweerster,

betreffende, primair, een verzoek om nietigverklaring van besluit C(2013) 306 final van de Commissie van 23 januari 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU (zaak COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) en, subsidiair, een verzoek om verlaging van de geldboete,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. E. Martins Ribeiro (rapporteur), president, S. Gervasoni en L. Madise, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 mei 2015,

het navolgende

* Procestaal: Portugees.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Aan het onderhavige geding, dat betrekking heeft op besluit C(2013) 306 final van de Commissie van 23 januari 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU (zaak COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (hierna: „bestreden besluit"), ligt een beding (hierna: „beding") ten grondslag dat is opgenomen in clausule 9 van de overeenkomst tot aankoop van aandelen (hierna: „overeenkomst") die op 28 juli 2010 is ondertekend door Telefónica, SA (hierna: „Telefónica") en verzoekster, Portugal Telecom SGPS, SA (hierna: „PT"), met als voorwerp de uitsluitende zeggenschap door Telefónica over de Braziliaanse mobiele aanbieder Vivo Participações, SA (hierna: „Vivo"). Het beding is als volgt verwoord (overweging 1 van het bestreden besluit):

„9 – Niet-concurrentie

Voor zover zulks bij de wet is toegestaan, onthoudt elke partij zich van elke directe of indirecte (via een verbonden partij) betrokkenheid bij of investering in enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten, maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt, en dat gedurende een periode die aanvangt op de closingdatum [27 september 2010] en afloopt op 31 december 2011."

2 De Europese Commissie was, overeenkomstig haar voorlopige conclusie in de mededeling van punten van bezwaar van 21 oktober 2011, van oordeel dat het beding, gezien zijn inhoud en de omstandigheden (de economische en juridische context van de zaak en het gedrag van partijen), neerkwam op een marktverdelingsovereenkomst die de strekking had om de mededinging op de interne markt te beperken, zulks in strijd met artikel 101 VWEU (overwegingen 2 en 434 van het bestreden besluit).

A – *Presentatie van PT en Telefónica*

3 De groep Portugal Telecom is in 1994 opgericht na de fusie van drie overheidsbedrijven en tussen 1995 en 2000 in vijf fasen geprivatiseerd. Na afloop van de vijfde en laatste privatiseringsfase in 2000 hield de Portugese Staat 500 aandelen van categorie A (hierna: „preferente aandelen"), op grond waarvan hij over bepaalde bijzondere rechten beschikte, waaronder een vetorecht ten aanzien van wijziging van de statuten en andere belangrijke beslissingen. Op 12 december 2000 heeft Portugal Telecom, SA de structuur van een participatiemaatschappij en de naam PT aangenomen (overwegingen 21, 22 en 23 van het bestreden besluit).

4 PT is de belangrijkste telecomaanbieder in Portugal. Zij is strategisch aanwezig in een aantal landen, met name in Brazilië en in Afrika ten zuiden van de Sahara. In Brazilië zijn de belangrijkste activa van PT een deelneming van 50 % in de joint venture die de zeggenschap over Vivo voerde tot aan de verwerving van laatstgenoemde door Telefónica. Na de afstoting van haar aandelen in Vivo op 28 juli 2010 heeft PT een strategisch partnerschap gesloten met Oi, een van de belangrijkste aanbieders van elektronische communicatie in Brazilië (overwegingen 24 en 25 van het bestreden besluit).

5 PT heeft haar deelneming van 0,20 % in Telefónica in 2010 afgestoten. Zij controleert geen andere Spaanse vennootschappen. Zij levert telecommunicatiediensten aan Portugese multinationals die op de Spaanse markt actief zijn, door gebruik te maken van de netwerken van andere aanbieders, waaronder met name Telefónica (overwegingen 27, 28 en 233 van het bestreden besluit).

6 Telefónica is de in 1997 volledig geprivatiseerde, voormalige houder van het Spaanse staatsmonopolie op het gebied van de telecommunicatie en de belangrijkste telecomaanbieder in Spanje. Telefónica heeft haar aanwezigheid op internationaal vlak uitgebreid tot meerdere landen van de Europese Unie, Latijns-Amerika en Afrika. Zij is een van de grote Europese telecomgroepen (overwegingen 12 en 16 van het bestreden besluit).

7 Ten tijde van de vaststelling van het besluit dat voorwerp is van het onderhavige geding hield Telefónica 2 % van het kapitaal van PT. Ten tijde van de feiten die voorwerp zijn van genoemd besluit had Telefónica een minderheidsdeelneming in Zon Multimedia (hierna: „Zon"), een concurrent van PT die actief is in de sector van de elektronische communicatie, die is ontstaan toen PT Multimedia en haar moedermaatschappij PT in november 2007 zijn gesplitst. Naast deelnemingen in Portugese vennootschappen is Telefónica begonnen met het opbouwen van een directe aanwezigheid in Portugal, dankzij twee van haar dochterondernemingen en een Portugees filiaal van één daarvan (overwegingen 18-20 en 215 van het bestreden besluit).

8 Bovendien wees Telefónica, afhankelijk van de datum, een of twee leden van de raad van bestuur van PT aan. Op de closingdatum van de transactie betreffende de verwerving van Vivo, namelijk 27 september 2010 (zie punt 25 hieronder), waren twee leden van de raad van bestuur van PT door Telefónica aangewezen (voetnoot 67 van het bestreden besluit).

B – *Onderhandelingen over en ondertekening van de overeenkomst*

9 Vivo is een van de belangrijkste mobiele aanbieders in Brazilië. Ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst op 28 juli 2010 stond Vivo onder de gezamenlijke zeggenschap van Telefónica en PT via Brasilcel NV (hierna: „Brasilcel"), een investeringsmaatschappij die in Nederland is ingeschreven (overweging 33 van het bestreden besluit).

10 Op 6 mei 2010 heeft Telefónica een vijandig openbaar overnamebod van 5,7 miljard EUR uitgebracht voor de 50 %-deelneming die PT destijds in Brasilcel had. Genoemd bod bevatte onder meer een bepaling die inhield dat „Telefónica [...] geen niet-concurrentiebeding of niet-wervingsbeding aan Portugal Telecom [zal] opleggen". Dit eerste bod is unaniem verworpen door de leden van de raad van bestuur van PT (overwegingen 35 en 36 van het bestreden besluit).

11 Op 1 juni 2010 heeft PT na afloop van een bijeenkomst van de partijen op 31 mei 2010, om 2.53 uur aan Telefónica een e-mail gezonden met daarbij een ontwerp voor een tweede bod voor de verwerving van haar deelneming in Vivo. Het beding is voor het eerst in dit ontwerp opgenomen (overweging 38 van het bestreden besluit).

12 Het eerste ontwerp van het beding was als volgt geformuleerd (overweging 39 van het bestreden besluit):

„Niet-concurrentie

Elke partij onthoudt zich van elke directe of indirecte (via een verbonden partij) betrokkenheid bij of investering in enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt, gedurende een periode die ingaat op de datum van aanvaarding van het bod en eindigt op i) 31 december 2011 of ii) de datum van de effectieve overdracht van het laatste pakket alternatieve B-aandelen."

13 In een e-mail gericht aan PT op 1 juni 2010 om 12.21 uur heeft Telefónica voorgesteld om het beding te wijzigen door toevoeging van het zinsdeel „maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht" om de bestaande activiteiten

van elke partij op de nationale markt van de andere van de werkingssfeer van het beding uit te sluiten. Deze wijziging is overgenomen in het tweede bod, dat dateert van 1 juni 2010 (overweging 40 van het bestreden besluit).

14 Naast het eerste ontwerp van het beding bevatte het tweede bod ook een hogere prijs, 6,5 miljard EUR, een terugkoopoptie voor PT, op grond waarvan zij haar door Telefónica gehouden aandelen zou kunnen terugkopen, en een verbintenis van de zijde van Telefónica om de aandelen te kopen die PT hield in de vennootschap Dedic SA, een Braziliaanse aanbieder van callcenters. Bovendien bevatte het tweede bod nog steeds de verbintenis van Telefónica om „geen niet-concurrentiebeding of een niet-wervingsbeding aan Portugal Telecom" op te leggen, die reeds in het eerste bod voorkwam (overwegingen 41 en 42 van het bestreden besluit).

15 De avond van 1 juni 2010 heeft de raad van bestuur van PT laten weten dat hij van mening was dat het tweede bod van Telefónica de werkelijke waarde van Vivo niet goed weergaf. Niettemin had hij besloten om zijn besluit op 30 juni 2010 aan de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap voor te leggen (overweging 45 van het bestreden besluit).

16 Het tweede bod is door de partijen openbaar gemaakt door het online te plaatsen op hun respectieve websites en door de mededeling ervan aan de Spaanse en de Portugese beursautoriteiten. Voorts is ook de inhoud van het beding zoals opgenomen in het tweede bod openbaar gemaakt in een brochure die op 9 juni 2010 door de raad van bestuur van PT aan haar aandeelhouders is uitgereikt met het oog op de algemene vergadering van aandeelhouders die voor 30 juni 2010 was gepland (overwegingen 128 en 129 van het bestreden besluit).

17 Op 29 juni 2010 heeft Telefónica een derde bod voor een bedrag van 7,15 miljard EUR uitgebracht, met voor het overige dezelfde bewoordingen en voorwaarden als het tweede bod (overweging 46 van het bestreden besluit).

18 Op 30 juni 2010 heeft de gewone algemene vergadering van aandeelhouders van PT het derde bod van Telefónica goedgekeurd. De Portugese regering heeft evenwel het recht verbonden aan de door haar in PT gehouden preferente aandelen (zie punt 3 hierboven) uitgeoefend om de transactie tegen te houden, waarop Telefónica haar derde bod tot 16 juli 2010 heeft verlengd (overwegingen 47 en 48 van het bestreden besluit).

19 In zijn arrest van 8 juli 2010, Commissie/Portugal (C-171/08, Jurispr., EU:C:2010:412), heeft het Hof geoordeeld dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 56 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door in PT bijzondere rechten, zoals die waarin de statuten van die vennootschap voorzien ten gunste van de Staat en andere overheidslichamen en die zijn toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") van de Staat in PT te handhaven (overweging 50 van het bestreden besluit).

20 Op 16 juli 2010 heeft PT aan Telefónica gevraagd om het bod tot 28 juli 2010 te verlengen, maar Telefónica heeft dit geweigerd, zodat het bod is komen te vervallen (overweging 51 van het bestreden besluit).

21 Op 27 juli 2010 is er opnieuw een bijeenkomst van PT en Telefónica geweest. Daarop heeft Telefónica aan PT voorgesteld om de uitdrukking „voor zover zulks bij wet is toegestaan" toe te voegen aan het begin van het beding en om als duur voor het beding „de closingdatum [27 september 2010] tot 31 december 2011" te bepalen (overwegingen 52 en 53 van het bestreden besluit).

22 Op 28 juli 2010 hebben Telefónica en PT de overeenkomst gesloten waarbij Telefónica uitsluitende zeggenschap over Vivo verkreeg door de verwerving van 50 % van het kapitaal van Brasilcel, tegen betaling van een prijs van 7,5 miljard EUR (overweging 54 van het bestreden besluit).

23 In clausule 9 van de overeenkomst is het volgende beding opgenomen (overweging 55 van het bestreden besluit):

„9 – Niet-concurrentie

Voor zover zulks bij de wet is toegestaan, onthoudt elke partij zich van elke directe of indirecte (via een verbonden partij) betrokkenheid bij of investering in enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten, maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt, en dat gedurende een periode die aanvangt op de closingdatum [27 september 2010] en afloopt op 31 december 2011."

24 Anders dan in het tweede bod (punt 14 hierboven) voorzag de overeenkomst niet langer in een terugkoopoptie voor PT, op grond waarvan zij haar door Telefónica gehouden aandelen kon terugkopen. De overeenkomst voorzag daarentegen mede in ten eerste het ontslag van de leden van de raad van bestuur van PT die door Telefónica waren aangewezen (clausule 3, lid 6, van de overeenkomst), ten tweede een plan voor een industrieel partnerschap tussen de beide ondernemingen (clausule 6 van de overeenkomst), onder het voorbehoud dat zij niet met elkaar in concurrentie zouden staan in Brazilië (clausule 7 van de overeenkomst), en ten derde de eventuele verwerving door Telefónica van de Braziliaanse vennootschap Dedic, die gespecialiseerd is in de levering van diensten op het gebied van callcenters (clausule 10 van de overeenkomst) (overwegingen 56-61 van het bestreden besluit).

25 De transactie is definitief tot stand gekomen op 27 september 2010, door middel van een „notariële akte houdende vervreemding van aandelen" en een „notariële akte houdende bevestiging" (overweging 63 van het bestreden besluit).

26 Op de datum van ondertekening van de overeenkomst op 28 juli 2010 heeft PT tevens aangekondigd dat zij op diezelfde datum een intentieverklaring had ondertekend waarin de regels voor het opzetten van een strategisch partnerschap met Oi waren uiteengezet (zie punt 4 hierboven) en dat zij hoopte dat zij 22,38 % van de aandelen in de groep Oi zou kunnen verwerven teneinde een belangrijke rol in het bestuur van laatstgenoemde te spelen (overweging 62 van het bestreden besluit).

27 De Vivo-transactie is op 29 juli en 18 augustus 2010 aangemeld bij de Agência National de Telecommunicações (Anatel, de Braziliaanse telecomtoezichthouder) en de Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, de Braziliaanse mededingingsautoriteit). In een artikel dat op 23 augustus 2010 in de pers is verschenen, heeft Telefónica bevestigd dat de overeenkomst een niet-concurrentiebeding bevatte (overwegingen 103, 130 en 491 van het bestreden besluit).

C – Feiten die zich na de sluiting van de overeenkomst hebben voorgedaan

28 Op 26 en 29 oktober 2010 zijn er twee telefoongesprekken tussen Telefónica en PT geweest (overwegingen 113 en 124 van het bestreden besluit).

29 Op 4 februari 2011, na de inleiding van de procedure door de Commissie op 19 januari 2011 (zie punt 31 hieronder), hebben Telefónica en PT een overeenkomst met het oog op de schrapping van het beding ondertekend (overweging 125 van het bestreden besluit), die als volgt was verwoord:

„Overwegende hetgeen volgt:

[PT] en Telefónica hebben op 28 juni 2010 een overeenkomst (hierna: ‚overeenkomst') gesloten ter zake van de verkoop door [PT] aan Telefónica van 50 % (vijftig) procent van het kapitaal van de Nederlandse vennootschap [Brasilcel] (hierna: ‚Brasilcel' of ‚vennootschap').

Clausule 9 van de overeenkomst bevat een niet-concurrentiebeding op grond waarvan elke partij zich er, voor zover zulks bij de wet is toegestaan, toe verb[ond] om de andere partij niet te beconcurreren op de Iberische markt, dit vanaf de closingdatum (zoals gedefinieerd in de overeenkomst) tot en met 31 december 2011.

Clausule 9 van de overeenkomst was door de partijen voorzien in het kader van een eventuele terugkoopoptie voor PT van de aandelen die Telefónica in die vennootschap houdt en deze clausule is in de definitieve overeenkomst gehandhaafd, onder voorbehoud van de rechtsgeldigheid ervan, ondanks dat uiteindelijk van die optie is afgezien.

Partijen wensen schriftelijk vast te leggen dat genoemde clausule 9 niet van toepassing is, dat zij nooit is geïmplementeerd en dat zij geen invloed heeft gehad op hun respectieve commerciële beslissingen.

Aan Telefónica en PT is er op 24 januari respectievelijk 21 januari 2011 kennis van gegeven dat de Europese Commissie tegen hen een formele procedure heeft ingeleid met betrekking tot genoemde clausule 9.

Op grond van het voorgaande komen de partijen overeen wat volgt:

Artikel 1. Wijziging van de overeenkomst en intrekking van rechten

De overeenkomst wordt gewijzigd door schrapping van clausule 9 in haar geheel. Deze clausule wordt geacht geen inhoud te hebben gehad.

De partijen bevestigen onherroepelijk en definitief dat clausule 9 aan hen of aan derden geen rechten heeft of kan hebben verleend en voor hen of voor derden geen verplichtingen heeft doen ontstaan.

Artikel 2. Toepasselijk recht

Deze overeenkomst en enige kwestie of enig geschil daarover of over de uitvoering ervan alsook de gevolgen van niet-nakoming ervan, worden geregeld door en uitgelegd aan de hand van het Portugese recht."

D – *Procedure voor de Commissie*

30 Het beding is in september 2010 ontdekt door de Spaanse mededingingsautoriteit, die de Portugese mededingingsautoriteit en de Commissie daarvan in kennis heeft gesteld en die heeft beslist om het onderzoek aan de Commissie over te laten (overweging 3 van het bestreden besluit).

31 Op 19 januari 2011 heeft de Commissie tegen Telefónica en PT een procedure ingeleid op grond van artikel 11, lid 6, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1,

blz. 1), en artikel 2, lid 1, van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18) (overweging 5 van het bestreden besluit).

32 In het kader van het onderzoek op grond van artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1/2003 heeft de Commissie aan de partijen verzoeken om inlichtingen gezonden op 5 januari, op 1 april, op 25 mei, op 10 en 24 juni 2011 en op 5 september 2012 alsook aan sommige van hun multinationale klanten op 20 april 2011. Daarnaast zijn met PT vergaderingen gehouden op 17 maart 2011, 8 september 2011 en 27 september 2012, en met Telefónica op 21 maart 2011, 7 september 2011 en 27 september 2012 (overweging 6 van het bestreden besluit).

33 Op 21 oktober 2011 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld. Op 4 november 2011 hebben partijen toegang tot het dossier gehad en op 7 november 2011 hebben zij de daarop betrekking hebbende stukken ontvangen. Op 13 januari 2012 hebben Telefónica en PT geantwoord op de mededeling van punten van bezwaar, maar niet verzocht om een hoorzitting (overwegingen 7, 8 en 9 van het bestreden besluit).

34 Op 23 januari 2013 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld.

Bestreden besluit

35 De Commissie heeft aangegeven dat de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende zaak betrekking heeft op het beding dat in de overeenkomst is opgenomen (punten 1, 22 en 23 hierboven) (overweging 1 van het bestreden besluit).

36 De Commissie heeft uitgelegd dat zij in de mededeling van punten van bezwaar tot het oordeel was gekomen dat het beding, gezien zijn inhoud en de omstandigheden (de economische en juridische context van de zaak en het gedrag van partijen), neerkwam op een marktverdelingsovereenkomst die de strekking had om de mededinging op de interne markt te beperken, zulks in strijd met artikel 101 VWEU, en dat zij dat oordeel bevestigde in het bestreden besluit (overweging 2 van het bestreden besluit).

37 Het onderzoek van de Commissie heeft zich in de eerste plaats gericht op de feitelijke voorgeschiedenis van de onderhandelingen tussen de partijen die tot de opname van het beding in de eindversie van de overeenkomst hadden geleid, de feiten die zich na de ondertekening daarvan hebben voorgedaan (zie punten 10-29 hierboven) en de argumenten die de partijen ten aanzien van die voorgeschiedenis en feiten hadden aangevoerd (overwegingen 29-130 van het bestreden besluit).

38 In de tweede plaats heeft de Commissie aan de hand van de werkingssfeer van het beding en de relevante markten geoordeeld dat het beding, gezien de bewoordingen ervan (punten 1 en 23 hierboven), betrekking had op elk project op het gebied van elektronischecommunicatiediensten, vooropgesteld dat de ene of de andere partij een dergelijke dienst ook leverde of kon leveren. Bijgevolg, en gelet op de bewoordingen van het beding, had dit beding betrekking op vaste en mobiele telefoondiensten, internettoegang en televisiediensten alsook de omroepdiensten die als communicatiediensten worden beschouwd, ondanks dat die niet in het beding waren vermeld. De Commissie heeft daarentegen verduidelijkt dat enige activiteit of enige investering die vóór de ondertekening van de overeenkomst, te weten 28 juli 2010, was verricht, volgens de bewoordingen van het beding van de werkingssfeer daarvan was uitgesloten (overwegingen 132-136 en 185 van het bestreden besluit).

39 Wat dat laatste betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat de mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten van de werkingssfeer van het beding waren uitgesloten omdat elk van de partijen op de markten voor die diensten op het Iberische schiereiland aanwezig was op de datum van ondertekening van de overeenkomst (overwegingen 173, 174, 184 en 185 van het bestreden besluit).

40 Wat de geografische strekking van het beding betreft, heeft de Commissie de uitdrukking „Iberische markt" zo uitgelegd dat die verwees naar de Spaanse en de Portugese markt. Gelet op de commerciële activiteiten van de partijen, die bestonden in aanwezigheid op het merendeel van de elektronischecommunicatiemarkten in het thuisland van elk van hen en een zwakke, of zelfs niet-bestaande, aanwezigheid in het thuisland van de andere partij (punten 3-7 hierboven), heeft de Commissie geoordeeld dat de geografische werkingssfeer van het beding Portugal was voor Telefónica en Spanje voor PT (overwegingen 137-140 van het bestreden besluit).

41 De Commissie is derhalve tot de conclusie gekomen dat het beding gold voor alle elektronischecommunicatiemarkten en televisiediensten in Spanje en Portugal, met uitzondering van de markt voor de levering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalemarkt voor internationale carrierdiensten (overweging 185 van het bestreden besluit).

42 In de derde plaats leed het volgens de Commissie geen twijfel dat het beding een overeenkomst in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU was, aangezien het om een schriftelijke overeenkomst ging die door de partijen was gesloten en ondertekend, waarvan het bestaan onmiskenbaar was, en het beding bovendien voorwerp was geweest van een notariële akte waarin in de preambule is aangegeven dat een afschrift van de overeenkomst was bijgevoegd (overweging 237 van het bestreden besluit).

43 Aan de hand van de rechtspraak over mededingingsbeperkingen naar strekking heeft de Commissie ten eerste geoordeeld, na een analyse van de door de partijen aangevoerde argumenten, dat het beding een mededingingsbeperkende strekking had, gezien de inhoud van overeenkomst, de door het beding nagestreefde doelstellingen en de economische en juridische context waarin het beding te plaatsen was, het handelen en het feitelijke gedrag van partijen en ten slotte hun intenties (overwegingen 238-242 en 243-356 van het bestreden besluit).

44 De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de strekking van het beding, gezien zijn werkingssfeer, was om het PT te verbieden om tot één van de Spaanse telecommarkten toe te treden en om Telefónica te verbieden om haar aanwezigheid op de Portugese telecommarkten uit te breiden zolang het beding van toepassing was, zodat Telefónica en PT, in plaats van zich wederzijds te beconcurreren en zich als rivalen te gedragen zoals de normale verwachting was op een open en concurrentiële markt, opzettelijk onderling overeenstemming hadden bereikt om elke concurrentie op hun respectieve markten uit te sluiten en te beperken, waardoor het beding een marktverdelingsovereenkomst was (overweging 353 van het bestreden besluit).

45 Wat dat laatste betreft, heeft de Commissie aangegeven dat het beding de marktintegratie in de sector van de elektronische communicatie kon vertragen, aangezien het proces van marktintegratie ernstig in het gedrang zou komen wanneer gevestigde aanbieders als Telefónica en PT hun reeds zeer stevige positie op de markt zouden kunnen versterken door deel te nemen aan kartelpraktijken die tot doel hadden om hun thuismarkten te beschermen en de toetreding van andere aanbieders te beletten (overwegingen 354 en 355 van het bestreden besluit).

46 Ten tweede heeft de Commissie, na eraan te hebben herinnerd dat volgens de rechtspraak geen rekening hoeft te worden gehouden met de concrete gevolgen van een overeenkomst wanneer is aangetoond dat die de strekking heeft om de mededinging te beperken, hetgeen volgens haar in casu het geval was, evenwel in antwoord op de argumenten van de partijen aangegeven dat het beding was vastgesteld door twee concurrenten, zodat dit mededingingsverstorende gevolgen kon hebben; vervolgens dat, zelfs indien het beding werd geacht geen gevolgen te kunnen sorteren, dit niet

wegnam dat het als een beperking naar strekking kon worden beschouwd aangezien het, wanneer een overeenkomst de strekking heeft om de mededinging te beperken, voor het bestaan van een inbreuk onverschillig is dat de sluiting van de overeenkomst al dan niet in het commerciële belang van de contractpartijen was, zodat het irrelevant was dat het beding met de mededingingsbeperkende strekking in de praktijk geen gevolgen heeft kunnen sorteren die in het commerciële belang van Telefónica of PT waren; en tot slot dat de partijen geenszins hadden aangetoond dat zij met nieuwe activiteiten in Spanje of Portugal waren gestart, waarmee had kunnen worden aangetoond dat het beding niet is toegepast, wat op zich dan weer niet aantoonde dat het beding wel was geïmplementeerd, maar wel een teken was dat dit mogelijkerwijs het geval is geweest (overwegingen 240 en 357-365 van het bestreden besluit).

47 De Commissie was van mening dat ervan moest worden uitgegaan dat het in de onderhavige zaak niet nodig was om het bestaan van enig negatief gevolg voor de mededinging aan te tonen, aangezien was bewezen dat het beding een mededingingsbeperkende strekking had, zodat er geen aanleiding was om elk van de betrokken telecommarkten en de gevolgen van het beding daarop gedetailleerd te onderzoeken (overweging 366 van het bestreden besluit).

48 De Commissie heeft ten derde aangegeven dat het beding niet als een nevenrestrictie bij de Vivo-transactie kon worden beschouwd, aangezien het beding betrekking had op de Iberische markt, terwijl de Vivo-transactie betrekking had op een aanbieder waarvan de activiteiten beperkt waren tot Brazilië, en het beding niet als noodzakelijk voor de totstandbrenging van de transactie kon worden beschouwd (overwegingen 367-433 van het bestreden besluit).

49 De Commissie is tot de conclusie gekomen dat het beding aan de partijen een verplichting oplegde om zich van concurrentie te onthouden en een marktverdelingsovereenkomst vormde met de strekking om de mededinging binnen de interne markt te beperken, en daarmee in strijd was met artikel 101 VWEU, gezien de inhoud van de overeenkomst (en met name de formulering van het beding, die weinig of zelfs geen twijfel liet bestaan over zijn aard), en de economische en juridische context waarin de overeenkomst te plaatsen was (bijvoorbeeld de elektronischecommunicatiemarkten, die geliberaliseerd waren) en het handelen en het feitelijke gedrag van de partijen (meer bepaald het feit dat het beding pas op 4 februari 2011 door hen wederzijds is ontbonden, na de inleiding van de procedure door de Commissie op 19 januari 2011, en niet na de telefoongesprekken van oktober 2010, in tegenstelling tot wat de partijen beweren) (overweging 434 van het bestreden besluit).

50 De Commissie heeft ten vierde verduidelijkt dat het beding niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU (overwegingen 436-446 van het bestreden besluit) en dat dit het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kon beïnvloeden (overwegingen 447-453 van het bestreden besluit).

51 Ten vijfde is de Commissie ten aanzien van de duur van de inbreuk tot de conclusie gekomen dat die de periode vanaf de closingdatum, te weten 27 september 2010 (zie punt 25 hierboven), tot de datum van ontbinding van het beding, te weten 4 februari 2011 (zie punt 29 hierboven), omvatte (overwegingen 454-465 van het bestreden besluit).

52 Ten zesde heeft de Commissie voor de berekening van het bedrag van de geldboeten in het bestreden besluit de methode toegepast die wordt uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren”).

53 Om het basisbedrag van de op te leggen geldboete te bepalen, heeft de Commissie rekening gehouden met de waarde van de verkopen van de diensten waarop het beding zag, zoals gedefinieerd in onderdeel 5 van het bestreden besluit (zie punten 38-40 hierboven), en heeft zij met name voor elke partij uitsluitend rekening gehouden met haar eigen verkopen in haar thuisland (overwegingen 478-483 van het bestreden besluit).

54 De Commissie heeft er tevens aan herinnerd dat zij in het algemeen rekening hield met de verkopen die de ondernemingen hebben gerealiseerd in het laatste volledige jaar van hun deelname aan de inbreuk, maar dat de inbreuk in het onderhavige geval minder dan een jaar had geduurd en plaats had gevonden tussen 2010 en 2011. De Commissie heeft daarom de verkopen van de ondernemingen in de loop van het jaar 2011 gebruikt, die minder omvangrijk waren dan de verkopen die de partijen voor 2010 hadden opgetekend (overweging 484 van het bestreden besluit).

55 Wat de ernst van de inbreuk betreft, aan de hand waarvan het percentage van de waarde van de verkopen wordt bepaald dat voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete wordt gebruikt, heeft de Commissie eraan herinnerd dat de inbreuk bestond in een niet-concurrentie- en marktverdelingsafspraak op de Spaanse en Portugese markten van elektronische communicatie en televisie en dat Telefónica en PT in hun respectieve landen de gevestigde aanbieders waren. Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat zij rekening hield met het feit dat het beding niet geheim was gehouden door de partijen (zie punten 16 en 27 hierboven). Gelet hierop was de Commissie van oordeel dat het percentage van de waarde van de verkopen dat in aanmerking moest worden genomen, voor de beide betrokken ondernemingen 2 % was (overwegingen 489-491 en 493 van het bestreden besluit).

56 Wat de duur van de inbreuk betreft, heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat die de periode van 27 september 2010 (de datum van de notariële vastlegging en dus de definitieve totstandkoming van de transactie) tot 4 februari 2011 (de datum van de overeenkomst van de partijen waardoor aan het beding een einde is gekomen) omvatte (overweging 492 van het bestreden besluit).

57 De Commissie heeft geen verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen en geoordeeld dat de einddatum van het beding, 4 februari 2011, een verzachtende omstandigheid was gelet op het feit dat dit slechts 16 dagen na de inleiding van de procedure was en 30 dagen na de toezending van het eerste verzoek om inlichtingen aan de partijen. Omdat het beding voorts niet geheim was, heeft de Commissie gemeend dat het basisbedrag van de aan de partijen op te leggen geldboete met 20 % moest worden verlaagd (overwegingen 496, 500 en 501 van het bestreden besluit).

58 Het definitieve bedrag van de geldboete bedraagt 66 894 000 EUR voor Telefónica en 12 290 000 EUR voor PT (overweging 512 van het bestreden besluit). De Commissie heeft gepreciseerd dat dit bedrag niet hoger was dan 10 % van de totale omzet die elk van de betrokken ondernemingen had behaald (overwegingen 510 en 511 van het bestreden besluit).

59 Het dispositief van het bestreden besluit luidt:

„*Artikel 1*

[Telefónica] en [PT] hebben inbreuk gemaakt op artikel 101 [VWEU] door deel te nemen aan een niet-concurrentieovereenkomst, die als clausule 9 was opgenomen in de op 28 juli 2010 door hen gesloten overeenkomst tot aankoop van aandelen.

De inbreuk heeft van 27 september 2010 tot 4 februari 2011 geduurd.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

a) [Telefónica]: 66 894 000 EUR

b) [PT]: 12 290 000 EUR

[...]”.

Procedure en conclusies van partijen

60 Bij een op 9 april 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

61 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het in het kader van de in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen verzocht om documenten over te leggen. Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.

62 Partijen hebben ter terechtzitting van 22 mei 2015 pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.

63 PT verzoekt het Gerecht:

— te verklaren dat het onderhavige beroep tot nietigverklaring geldig is ingesteld en ontvankelijk is krachtens artikel 263 VWEU en ten behoeve van artikel 264 VWEU;

— het bestreden besluit nietig te verklaren;

— subsidiair, het bedrag van de haar in artikel 2 van het bestreden besluit opgelegde geldboete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de proceskosten en de kosten die voor haar zijn opgekomen.

64 De Commissie verzoekt het Gerecht:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, te verklaren dat het beroep rechtens elke grondslag mist en het besluit volledig in stand te laten met exact dezelfde bewoordingen en met een geldboete voor hetzelfde bedrag;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

A – *Ontvankelijkheid*

65 Ter ondersteuning van het beroep voert verzoekster formeel twee middelen tot nietigverklaring aan, waarbij het eerste is ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften, namelijk motiveringsgebreken en ontoereikend bewijs, en het tweede aan schending van het Verdrag en de uitvoeringsbepalingen daarbij, doordat in het besluit kennelijke fouten zijn begaan ten aanzien van de feiten, het bewijs en de toereikendheid van het bewijs; artikel 101 VWEU onjuist is uitgelegd, zodat deze bepaling is geschonden; de plicht om onderzoek te doen en uitspraak te doen niet is nagekomen; het beginsel in dubio pro reo is geschonden, alsook de beginselen waaraan de Commissie zichzelf heeft onderworpen wanneer zij geldboeten vaststelt, en het evenredigheidsbeginsel.

66 Alvorens op deze eigenlijke middelen in te gaan, zijn in het verzoekschrift drie inleidende onderdelen opgenomen met de opschriften „Feiten”, „Voorwerp van het beroep” en „Wezenlijke inhoud van en belangrijkste tekortkomingen in het besluit”.

67 De Commissie betoogt dat het verzoekschrift niet-ontvankelijk moet worden verklaard op grond van artikel 44 van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 omdat het onduidelijk en onbegrijpelijk is en wegens de wijze waarop de aangevoerde middelen zijn gepresenteerd. De Commissie geeft te kennen dat het zeer moeilijk is om vast te stellen wat verzoekster wil aanvoeren als middelen van nietigverklaring, aangezien de uiteenzetting van de eigenlijke middelen pas in punt 276 van het verzoekschrift begint, voorafgegaan door meer dan 250 punten met uiteenzettingen waarin verzoekster niet verduidelijkt wat volgens haar nu juist een middel of meerdere middelen tot nietigverklaring van het bestreden besluit is of zijn. Daarnaast verduidelijkt verzoekster bij de uitwerking van haar middelen tot nietigverklaring niet in hoeverre die uiteenzettingen relevant zijn voor de concreet uitgeschreven middelen tot nietigverklaring.

68 Volgens artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 44, lid 1, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 moet elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Deze aanduiding moet voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden, en om het Gerecht in staat te stellen uitspraak te doen op het beroep, in voorkomend geval zonder nadere gegevens (arrest van 30 januari 2007, France Télécom/Commissie, T-340/03, Jurispr., EU:T:2007:22, punt 166). Bovendien heeft de Unierechter geoordeeld dat moest worden aanvaard dat men bij de omschrijving van de middelen van het beroep niet gebonden is aan de terminologie en de opsomming van het Reglement voor de procesvoering en men ermee kan volstaan die middelen naar hun inhoud in plaats van volgens hun juridische kwalificatie te benoemen, zolang het verzoekschrift met betrekking tot die middelen maar voldoende duidelijk is (zie beschikking van 21 mei 1999, Asia Motor France e.a./Commissie, T-154/98, Jurispr., EU:T:1999:109, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Indien dit daarentegen niet het geval is en in het verzoekschrift met name niet nauwkeurig is geformuleerd welke kritiek ten aanzien van het bestreden besluit wordt geuit, moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard (zie in die zin beschikking van 20 januari 2012, Groupe Partouche/Commissie, T-315/10, EU:T:2012:21, punten 22 e.v.).

70 Het kan dus niet worden aanvaard dat voor zowel de verwerende instelling als het Gerecht niets anders overblijft dan maar veronderstellingen te maken omtrent de redeneringen en de exacte punten, feitelijk en rechtens, waarop de overwegingen van de verzoekende partij eventueel zijn gebaseerd. Artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 beoogt namelijk juist een dergelijke situatie, die tot rechtsonzekerheid leidt en onverenigbaar is met een goede rechtsbedeling, te vermijden (zie in die zin beschikking van 19 mei 2008, TF1/Commissie, T-144/04, Jurispr., EU:T:2008:155, punt 57).

71 Tot slot dient erop te worden gewezen dat de gegevens die in een verzoekschrift in een beroep tot nietigverklaring voorkomen onder de opschriften „Feiten”, „Voorwerp van het beroep” en „Wezenlijke inhoud van en belangrijkste tekortkomingen in het besluit” niet bedoeld lijken te zijn als zelfstandige middelen die tot de nietigverklaring van het bestreden besluit kunnen leiden, maar eerder een omschrijving van de feiten en de in geding zijnde handeling zijn. Evenwel kan niet a priori worden uitgesloten dat dit gedeelte van het verzoekschrift een uiteenzetting van één of meer middelen tot nietigverklaring zou kunnen bevatten. Een onder dit opschrift opgenomen passage kan in voorkomend geval evenwel enkel als een middel worden aangemerkt indien, niettegenstaande de structuur van het verzoekschrift en de plaats van die passage in de algemene opzet van het verzoekschrift, daaruit duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat die passage niet louter beschrijvend is maar dat daarin eveneens de wettigheid van de vaststellingen in het bestreden besluit wordt betwist (zie in die zin arresten van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, Jurispr., EU:T:2005:455, punt 106, en van 1 juli 2008, Commissie/D, T-262/06 P, JurAmbt., EU:T:2008:239, punt 52).

72 In de onderhavige zaak moet worden geconstateerd dat het bij het verzoekschrift aan duidelijkheid ontbreekt, met name omdat verzoekster in meer dan 200 punten de „[w]ezenlijke inhoud van en belangrijkste tekortkomingen in het besluit" uiteenzet voordat zij tot de eigenlijke „middelen" komt. Aangezien deze „middelen" in zeer bondige vorm worden uiteengezet, blijkt dat in die circa 200 punten moet worden gezocht naar grieven en argumenten ter ondersteuning van de aangevoerde middelen.

73 Overigens blijkt dat dit de bedoeling van verzoekster was, zoals zij heeft verklaard in punt 69 van de repliek en heeft bevestigd ter terechtzitting. Anders dan de Commissie stelt, kan in het onderdeel over de „[w]ezenlijke inhoud van en belangrijkste tekortkomingen in het besluit" worden vastgesteld welke kritiek verzoekster ten aanzien van het bestreden besluit uit en van welke bepalingen zij schending aanvoert. Bijgevolg kan niet worden betoogd, zoals de Commissie heeft gedaan, dat „uit het verzoekschrift duidelijk naar voren komt dat juridische conclusies die de wettigheid van het [bestreden] besluit in twijfel kunnen trekken, volledig ontbreken". Bovendien moet worden opgemerkt dat de Commissie een antwoord op de door verzoekster aangevoerde grieven heeft kunnen formuleren.

74 Bijgevolg moet het middel van niet-ontvankelijkheid van de Commissie worden afgewezen en het verzoekschrift ontvankelijk worden verklaard.

75 Niettemin moet erop worden gewezen dat het weliswaar mogelijk is om in de circa 200 punten die aan de uiteenzetting van de eigenlijke middelen voorafgaan, te identificeren welke kritiek verzoekster ten aanzien van het bestreden besluit formuleert en van welke bepalingen zij schending aanvoert, maar dat haar geschriften erdoor gekenmerkt worden dat er geen concordantie tussen die kritiek en de aangevoerde middelen is en dat van beknoptheid niet echt kan worden gesproken. In die omstandigheden is het dienstig eraan te herinneren dat de op het Gerecht rustende verplichting om zijn arresten te motiveren, niet aldus kan worden uitgelegd dat deze inhoudt dat het Gerecht op elk argument van de verzoeker in detail moet antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door omstandig bewijs (arresten van 11 september 2003, België/Commissie, C-197/99 P, Jurispr., EU:C:2003:444, punt 81, en van 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, C-404/04 P, EU:C:2007:6, punt 90). Bovendien is het vaste rechtspraak dat de motiveringsplicht niet inhoudt dat het Gerecht een uiteenzetting moet geven die volledig en één voor één alle argumenten van de partijen volgt, zodat de motivering impliciet kan zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen (zie arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, Jurispr., EU:C:2009:459, punt 135 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

B – *Ten gronde*

1. *Conclusies strekkende tot nietigverklaring van het bestreden besluit*

76 Ter ondersteuning van haar verzoek tot nietigverklaring van het bestreden besluit voert verzoekster een middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften aan en een middel inzake schending van artikel 101 VWEU en de bij de uitvoering daarvan in acht te nemen bepalingen.

a) Middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften

77 Op het punt van schending van wezenlijke vormvoorschriften geeft verzoekster te kennen dat het bestreden besluit gebrekkig gemotiveerd is en dat het bewijs ontoereikend is, waarbij deze tweede grief evenwel moet worden behandeld bij het onderzoek van het tweede middel tot nietigverklaring, inzake schending van artikel 101 VWEU, zoals verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd.

78 Wat het beweerde motiveringsgebrek betreft, moet eraan worden herinnerd dat de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU een wezenlijk vormvoorschrift is dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling betreft (arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr., EU:C:1998:154, punt 67; van 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, C-17/99, Jurispr., EU:C:2001:178, punt 35, en van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, Jurispr., EU:C:2011:620, punt 146).

79 In de onderhavige zaak moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat verzoekster op de motivering van het bestreden besluit ingaat onder het opschrift „Ontbreken van gronden" in het onderdeel van het verzoekschrift dat het opschrift „Middelen tot nietigverklaring" draagt. Hierna dienen de grieven te worden onderzocht die onder dat opschrift zijn aangevoerd. In de tweede plaats blijkt dat verzoekster doorheen haar hele verzoekschrift kritieken uit die lijken op grieven inzake de motivering, maar die in werkelijkheid, behoudens de grieven die hieronder in de punten 165 tot en met 168, 220 tot en met 224 en 254 tot en met 256 worden onderzocht, betrekking hebben op de gegrondheid van het bestreden besluit, zodat die moeten worden onderzocht in het kader van de analyse van de vragen ten gronde waarop zij betrekking hebben.

80 In het kader van de kritieken die formeel horen bij het middel inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht, stelt verzoekster, na eraan te hebben herinnerd dat die plicht in artikel 296 VWEU is opgenomen, niet meer dan dat „de motivering van het bestreden besluit omissies, onnauwkeurigheden en fouten op essentiële punten bevat, waardoor op onherstelbare wijze afbreuk aan de conclusies wordt gedaan", waarbij „als voorbeeld" wordt verwezen naar de conclusies van de Commissie in de overwegingen 264 en volgende en 353 en volgende van het bestreden besluit. Uit die stelling blijkt evenwel dat zij in werkelijkheid geen kritiek op de motivering zijn, maar op de gegrondheid van de oordelen in die overwegingen, zoals verzoekster overigens ook heeft bevestigd ter terechtzitting, waarvan akte is genomen in het proces-verbaal.

81 Hieruit volgt dat het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften moet worden afgewezen omdat het slechts betrekking heeft op grieven waarmee in werkelijkheid de gegrondheid van het bestreden besluit wordt bestreden, onder voorbehoud van de punten 165 tot en met 168, 220 tot en met 224 en 254 tot en met 256 hieronder, zonder dat de argumenten hoeven te worden onderzocht die verzoekster formeel bij dit middel aanvoert ten aanzien van de motiveringsplicht.

b) Middel inzake schending van artikel 101 VWEU en de uitvoeringsbepalingen daarbij

82 Verzoekster stelt dat, gezien de aard van het beding en de juridische en economische omstandigheden en context waarin het te plaatsen is, noch het beding noch de verplichting om zich van concurrentie op de Iberische markt te onthouden, als mededingingsbeperkingen naar strekking mogen worden beschouwd.

83 Verzoekster verwijt de Commissie dus schending van artikel 101 VWEU doordat zij het beding als mededingingsbeperking naar strekking heeft gekwalificeerd. In die context geeft zij te kennen dat de Commissie niet het bewijs van de inbreuk heeft geleverd en dat deze instelling kennelijke fouten heeft begaan ten aanzien van de feiten, het bewijs en de toereikendheid van het bewijs, artikel 101 VWEU onjuist heeft toegepast en het Verdrag heeft geschonden, de plicht om onderzoek te doen en een uitspraak te doen niet is nagekomen en tot slot het beginsel in dubio pro reo heeft geschonden.

84 Zoals zij ter terechtzitting heeft bevestigd, werkt verzoekster in wezen de navolgende juridische en feitelijke argumenten ter ondersteuning van dit middel uit: het beding hield geen enkel verband met de Vivo-transactie, maar met de koopoptie die PT had ten aanzien van de aandelen van PT die door Telefónica werden gehouden (hierna: „koopoptie") – die voorkwam in het tweede en het derde bod, maar die geen onderdeel was van de eindversie van de overeenkomst – of met de neerlegging van hun

functie door de leden van de raad van bestuur van PT die door Telefónica waren benoemd, waarin de overeenkomst voorzag; het beding bevatte twee onderscheiden verplichtingen, een hoofdverplichting tot zelfonderzoek en een ondergeschikte verplichting om zich van concurrentie te onthouden, waarbij die tweede pas dwingend zou worden nadat de wettigheid in het kader van de uitvoering van de eerste was komen vast te staan; het beding kon geen mededingingsbeperking naar strekking vormen, aangezien de Commissie niet had aangetoond dat Telefónica en PT potentiële concurrenten van elkaar waren en dat het beding dus de mededinging kon beperken, en tot slot dat de Commissie de gevolgen van het beding had moeten onderzoeken aangezien dit geen mededingingsbeperking naar strekking was.

Opmerkingen vooraf

85 Er dient aan te worden herinnerd dat overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen slechts onder het in artikel 101, lid 1, VWEU geformuleerde verbod vallen indien zij „ertoe strekken of ten gevolge hebben" dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

86 In dat verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht (zie arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, Jurispr., EU:C:2014:2204, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

87 Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging (zie arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 Zo staat vast dat bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU overbodig kan worden geacht om aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt. De ervaring leert namelijk dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen inzonderheid de consumenten schaadt (arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 51).

89 Wanneer uit de analyse van een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen evenwel niet blijkt dat de mededinging daardoor in voldoende mate wordt verstoord, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht en kan deze vorm van coördinatie slechts worden verboden indien alle factoren aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd, beperkt of vervalst (zie arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90 Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging zodanig nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben, worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en de juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (zie arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

91 Voorts hoeven de bedoelingen van partijen weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een overeenkomst tussen ondernemingen beperkend is, maar niets belet de mededingingsautoriteiten of de nationale rechter en de Unierechter om rekening te houden met deze bedoelingen (zie arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92 De door verzoekster aangevoerde argumenten moeten in het licht van deze beginselen worden beoordeeld.

Betoog dat het beding verband hield met de koopoptie of met de neerlegging van hun functie door de leden van de raad van bestuur van PT die door Telefónica waren benoemd

93 Verzoekster geeft te kennen dat het beding geen enkel verband hield met de Vivo-transactie, maar met de koopoptie, die voorkwam in het tweede en het derde bod – waarbij dat laatste slechts een verhoging van de prijs was zonder de bewoordingen van de overeenkomst te wijzigen – en niet langer onderdeel was van de eindversie van de overeenkomst. Ook hield het beding verband met de neerlegging van hun functie door de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, waarin deze overeenkomst voorzag.

94 Verzoekster benadrukt dat de koopoptie en het beding tegelijk zijn verschenen in het tweede bod. Zij geeft te kennen dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden kenmerkend is voor een verwerving van activa zoals de koopoptie, waarbij het risico bestaat dat de verkoper actief blijft in de sector van de overgedragen activiteiten, die hij goed kent.

95 Omdat Telefónica haar belang in PT tot ongeveer 2 % had verlaagd, zoals aangekondigd op 23 juni 2010, bevatte het vierde bod niet langer een koopoptie, maar een verplichting voor Telefónica om de nodige stappen te ondernemen om haar twee vertegenwoordigers in de raad van bestuur van PT hun functie te laten neerleggen. Wegens problemen tijdens het onderhandelingsproces zijn sommige bepalingen die uit de eerdere biedingen afkomstig waren, echter niet opnieuw besproken, zodat het beding in stand is gebleven, met inlassing van de formulering „voor zover zulks bij de wet is toegestaan”.

96 Verzoekster heeft ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht aangegeven dat zij niet te kennen gaf dat het beding had moeten worden gekwalificeerd als nevenrestrictie bij het vertrek van de leden van de raad van bestuur van PT die door Telefónica waren benoemd. Uit haar stellingen blijkt in wezen echter dat zij betoogt dat de verbintenis om zich van concurrentie te onthouden verbonden is aan enerzijds de koopoptie ten aanzien van de aandelen van PT die door Telefónica werden gehouden en anderzijds de neerlegging van hun functie door de leden van de raad van bestuur die door Telefónica waren benoemd. Volgens verzoekster is daarnaast de vermelding „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” ingevoegd toen de koopoptie ten tijde van het vierde bod uit de ontwerpovereenkomst is verwijderd, waardoor het niet-concurrentiebeding is omgevormd tot een beding inzake zelfonderzoek. In die omstandigheden, en voor zover verzoekster met dit betoog wil beweren dat het beding aan de toepassing van artikel 101 VWEU ontsnapt, moet het volgende worden overwogen.

97 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat wanneer een bepaalde transactie of activiteit niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt omdat zij geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging, een beperking van de commerciële autonomie van één of meer partijen bij die transactie of die activiteit evenmin onder dit verbod valt indien die beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit en evenredig is met de doelstelling ervan (zie arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2201, punt 89 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

98 Wanneer het bestaan of de doelstellingen van de primaire transactie of activiteit in het gedrang komen bij gebreke van die beperking, moet de verenigbaarheid van die beperking met artikel 101 VWEU namelijk samen worden onderzocht met de verenigbaarheid van de primaire transactie of activiteit waarvan zij de nevenrestrictie vormt, ook al kan die restrictie – afzonderlijk beschouwd – op het eerste gezicht onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU lijken te vallen (arrest MasterCard e.a./Commissie, punt 97 supra, EU:C:2014:2201, punt 90).

99 Derhalve omvat het begrip nevenrestrictie elke restrictie die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een primaire transactie (arresten van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, Jurispr., EU:T:2001:215, punt 104, en van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, Jurispr., EU:T:2012:332, punt 62).

100 Onder rechtstreeks met een primaire transactie verband houdende restrictie moet worden verstaan elke restrictie die van ondergeschikt belang is bij de verwezenlijking van die transactie en die daarmee een duidelijk verband heeft (arresten M6 e.a./Commissie, punt 99 supra, EU:T:2001:215, punt 105, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 63).

101 De voorwaarde dat een restrictie nodig moet zijn, impliceert een dubbel onderzoek. Nagegaan moet namelijk worden of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie, en of zij daaraan evenredig is (arresten M6 e.a./Commissie, punt 99 supra, EU:T:2001:215, punt 106, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 64).

102 Met betrekking tot de vraag of een restrictie objectief noodzakelijk is, moet worden beklemtoond dat het – aangezien het bestaan van een rule of reason in het mededingingsrecht van de Unie niet kan worden aanvaard – bij de kwalificatie van nevenrestricties onjuist zou zijn de voorwaarde van objectieve noodzakelijkheid aldus uit te leggen dat zij een afweging van de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging impliceert (arresten M6 e.a./Commissie, punt 99 supra, EU:T:2001:215, punt 107, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 65).

103 Dit standpunt vindt niet enkel zijn rechtvaardiging in de eerbiediging van het nuttig effect van artikel 101, lid 3, VWEU, maar ook in redenen van coherentie. Daar artikel 101, lid 1, VWEU immers geen analyse van de positieve en negatieve gevolgen van een primaire restrictie voor de mededinging impliceert, moet dat ook gelden voor de analyse van de daarmee gepaard gaande restricties (arresten M6 e.a./Commissie, punt 99 supra, EU:T:2001:215, punt 108, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 66).

104 Bijgevolg kan het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een restrictie voor de primaire transactie dan ook slechts vrij abstract zijn. Niet hoeft te worden onderzocht of de restrictie, gelet op de mededingingssituatie op de betrokken markt, onmisbaar is voor het commerciële succes van de primaire transactie, maar wel of de restrictie, in het bijzondere kader van de primaire transactie, noodzakelijk is voor de verwezenlijking daarvan. Indien blijkt dat de primaire transactie zonder de restrictie moeilijk of niet kan worden gerealiseerd, kan de restrictie voor de verwezenlijking ervan objectief noodzakelijk worden geacht (arresten M6 e.a./Commissie, punt 99 supra, EU:T:2001:215, punt 109, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 67).

105 Wanneer een restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een primaire transactie, moet nog worden nagegaan of de duur en de materiële en geografische werkingssfeer daarvan niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie. Indien de duur of de werkingssfeer van de restrictie verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie, moet die restrictie in het kader van artikel 101, lid 3, VWEU afzonderlijk worden geanalyseerd (arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 68).

106 Opgemerkt moet worden dat daar waar de beoordeling of een specifieke verbintenis een nevenrestrictie vormt voor een primaire transactie ingewikkelde economische beoordelingen door verweerster impliceert, de rechterlijke toetsing van die beoordeling beperkt is tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 69).

107 Wanneer vaststaat dat een restrictie rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een primaire transactie, moet de verenigbaarheid van deze restrictie met de mededingingsregels tezamen met die van de primaire transactie worden onderzocht. Indien de primaire transactie niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt, geldt dat ook voor de restricties die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van die transactie. Zo de primaire transactie daarentegen een beperking is in de zin van die bepaling, die op grond van artikel 101, lid 3, VWEU evenwel voor vrijstelling in aanmerking komt, geldt die vrijstelling ook voor de nevenrestricties (arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 70).

108 Daarnaast moet worden opgemerkt dat het Hof in het arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr., EU:C:1985:327, punten 17-20), een niet-concurrentiebeding heeft onderzocht dat was opgenomen in een overeenkomst ter zake van de overdracht van een onderneming. Na te hebben vastgesteld dat de enkele omstandigheid dat concurrentieverboden zijn vervat in overeenkomsten tot overdracht van ondernemingen, die verboden nog niet aan de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU onttrekt, heeft het Hof aangegeven dat voor de beoordeling van de vraag of dergelijke verboden onder het verbod van dat artikel vallen, moet worden onderzocht hoe de mededingingssituatie zou zijn indien zij niet bestonden. Het Hof heeft verduidelijkt dat overeenkomsten tot overdracht van ondernemingen in een dergelijk geval niet konden worden verwezenlijkt indien koper en verkoper elkaar na de overdracht bleven beconcurreren, aangezien de koper, die zeer goede kennis heeft van de bijzonderheden van de overgedragen onderneming, de mogelijkheid zou behouden om zijn oude klantenkring onmiddellijk na de overdracht weer naar zich toe te trekken, zodat concurrentieverboden in een dergelijke situatie in beginsel tot voordeel hebben dat zij de totstandkoming en de doeltreffendheid van een overdracht waarborgen, met dien verstande evenwel dat zij noodzakelijk zijn voor de overdracht van de verkochte onderneming en de duur en de werkingssfeer ervan strikt beperkt zijn tot hetgeen ter bereiking van dat doel vereist is.

109 Wat de koopoptie en de neerlegging van hun functie van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT betreft, moet worden opgemerkt dat verzoekster in de punten 20 en 76 van het verzoekschrift stelt dat het beding voor die beide elementen een vergelijkbaar doel had als dat van niet-concurrentiebedingen die in overeenkomsten ter zake van de overdracht van ondernemingen worden opgenomen, namelijk te voorkomen dat Telefónica gebruik zou kunnen maken van de inlichtingen die zij dankzij haar aanwezigheid binnen de raad van bestuur van PT had verkregen, om PT te beconcurreren.

110 Wat de koopoptie betreft, moet erop worden gewezen dat die niet langer voorkomt in de definitieve versie van de overeenkomst, zodat zij niet als rechtvaardiging voor het beding kan dienen, hetgeen overigens ook de reden is waarom de Commissie niet heeft onderzocht of het beding als nevenrestrictie bij de koopoptie kon worden gekwalificeerd (zie overweging 390 van het bestreden besluit). Bovendien moet hoe dan ook worden vastgesteld dat verzoekster niet meer doet dan ten eerste aanvoeren dat „de verplichting om zich van concurrentie te onthouden in het belang van PT was en typisch was voor een verwerving van activa met kenmerken als die welke uit de uitoefening van de koopoptie voortvloeien, meer in het bijzonder een acquisitie die tot meer zeggenschap leidt, een grote investering inhoudt alsook het risico dat de verkoper actief blijft in de sector van de overgedragen activiteiten, die hij goed kent”; ten tweede de omvang van het belang dat voorwerp van de koopoptie moest zijn (10 %) benadrukken, en ten derde aanvoeren dat „PT gewend [was] om dit

soort bedingen te verbinden aan overeenkomsten ter zake van de aankoop en verkoop van aandelen, vooropgesteld dat zij beperkt [waren] in de tijd en de lopende activiteiten niet [schaadden]" en dat „PT er belang bij had om zich op korte termijn te beschermen na de uitoefening van de koopoptie".

111 Verzoekster legt echter niet uit waarom en hoe de verkoop door Telefónica van de door haar gehouden aandelen van PT concreet het gevaar in zich kon bergen dat de verkoper actief zou blijven in de sector van de overgedragen activiteiten, die hij goed kende, en ook niet waartegen zij zich concreet moest beschermen voor het geval dat de koopoptie zou worden uitgeoefend.

112 Hoewel verzoekster er voorts de nadruk op legt dat de koopoptie en het niet-concurrentiebeding tegelijk zijn verschenen in het kader van het tweede bod, wat de suggestie zou wekken dat er een verband was tussen die twee, toont zij niet aan dat er een onderling verband was tussen de invoering van het ene en die van het andere. Zo beperkt verzoekster zich tot de stelling dat het feit dat het beding verbonden was aan de koopoptie, voortvloeit uit de correspondentie tussen Telefónica en PT op 1 juni 2010 tussen 2.53 uur en 17 uur, die heeft geleid tot een verhoging van de prijs in het tweede bod. Deze correspondentie, die door de Commissie is overgelegd in antwoord op een vraag van het Gerecht, bestaat uit een e-mailwisseling tussen Telefónica en PT waarin de tekst van de overeenkomst meerdere malen is herzien en de wijzigingen zijn gemarkeerd. Hoewel het juist is dat de koopoptie en het niet-concurrentiebeding in die versies van de overeenkomst zijn opgenomen, kan daaruit echter niet worden afgeleid dat het beding van de koopoptie afhankelijk was.

113 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat niet kan worden betoogd dat het beding als nevenrestrictie bij de koopoptie had kunnen worden gekwalificeerd.

114 Wat daarnaast de neerlegging van hun functie door de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT betreft, benadrukt verzoekster het feit dat die toegang konden hebben gehad tot gevoelige informatie. Daarbij toont zij echter niet aan dat er een reëel risico was dat Telefónica de gegevens die door de door haar benoemde leden van de raad van bestuur van PT waren verkregen, ten nadele van PT had kunnen gebruiken na het vertrek van die leden.

115 Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster niets aanvoert dat kan afdoen aan de conclusie van de Commissie in de overwegingen 391 tot en met 401 van het bestreden besluit, waarin is vermeld dat het beding niet kan worden gerechtvaardigd als nevenrestrictie bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT.

116 Zo heeft de Commissie onder meer verklaard dat de leden van een raad van bestuur de inlichtingen waartoe zij in dat kader toegang hebben gehad, op grond van het Portugese vennootschapsrecht en meer bepaald de artikelen 64, 254 en 398 van het Portugese handelswetboek niet mogen gebruiken voor een ander doel dan dat van het goed functioneren van de vennootschap (overweging 395 van het bestreden besluit). Verzoekster legt niet uit waarom het beding bij een dergelijke wettelijke verplichting noodzakelijk zou zijn voor de bescherming van de inlichtingen die aan de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT zijn verstrekt, na het vertrek van die leden van de raad van bestuur.

117 Ook de Commissie heeft ten aanzien van de vermeende noodzaak tot bescherming van de vertrouwelijke inlichtingen waartoe de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT toegang zouden hebben gehad, opgemerkt dat die inlichtingen aan die leden ter beschikking waren gesteld vóór de Vivo-transactie, dat een verplichting om zich van concurrentie te onthouden op dat moment niet noodzakelijk was en dat de partijen niet hadden aangetoond waarom het vertrek van Telefónica uit de raad van bestuur van PT heeft geleid tot een noodzaak om een verbintenis aan te gaan om zich van concurrentie te onthouden (overwegingen 393 en 394 van het bestreden besluit).

118 Uit een en ander volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat het beding een nevenrestrictie was bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT.

119 Bovendien moet worden opgemerkt dat verzoekster ook niet heeft weersproken wat de Commissie in de overwegingen 402 tot en met 404 van het bestreden besluit heeft vermeld, namelijk dat, zelfs gesteld dat een verbintenis om zich van concurrentie te onthouden noodzakelijk zou zijn geweest om uitvoering te geven aan het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, om ervoor te zorgen dat de aan dat orgaan ter beschikking gestelde vertrouwelijke informatie zou worden beschermd, een dergelijke verbintenis beperkt had moeten blijven tot het strikt noodzakelijke, hetgeen bij het beding niet het geval was, dat bilateraal is en het dus niet alleen Telefónica verbiedt om met PT te concurreren, maar het ook PT verbiedt om met Telefónica te concurreren.

120 Tot slot moet er hoe dan ook op worden gewezen dat de vraag of een restrictie als nevenrestrictie kan worden gekwalificeerd, aan de hand van de hoofdverplichting moet worden onderzocht, zoals ook de Commissie terecht benadrukt in de overwegingen 386 en 387 van het bestreden besluit. In de onderhavige zaak is de hoofdtransactie aan de hand waarvan het niet-concurrentiebeding moet worden beoordeeld, noch de koopoptie noch het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, maar de Vivo-transactie. Verzoekster voert echter niets aan dat zou moeten aantonen dat het beding noodzakelijk zou zijn geweest voor het tot stand brengen van die transactie.

121 Uit een en ander volgt dat verzoekster niet heeft kunnen aantonen dat het beding had moeten worden gekwalificeerd als nevenrestrictie bij de koopoptie zolang die in de overeenkomst was opgenomen, waarmee rekening had moet worden gehouden bij de beoordeling van de omstandigheden waarmee de overeenkomst was omgeven. Verzoekster heeft evenmin aangetoond dat het beding een nevenrestrictie was bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, waarin in de eindversie van de overeenkomst is voorzien, waardoor dit aan de toepassing van het verbod in artikel 101 VWEU had moeten ontsnappen.

Betoog dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte

122 Verzoekster geeft te kennen dat het beding geen met artikel 101 VWEU strijdige verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte: de in het beding opgenomen verplichting om zich van concurrentie te onthouden was onderworpen aan de voorwaarde dat die door beide partijen zou worden onderzocht en geldig bevonden en dat, voor zover die beoordeling tot de conclusie zou hebben geleid dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet toelaatbaar was, die verplichting teniet zou zijn gegaan zonder dat die ooit gevolgen had kunnen sorteren. Deze lezing is in alle opzichten de meest plausibele lezing van de betrokken bepaling.

123 Volgens verzoekster bevatte het beding door de vermelding van „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” immers twee verplichtingen, namelijk een secundaire verplichting om zich van concurrentie te onthouden en een primaire verplichting om zelfonderzoek uit te voeren, welke laatste verplichting voor de partijen inhield dat zij de wettigheid van het niet-concurrentiebeding moesten beoordelen en dat, zo dat zelfonderzoek tot het oordeel zou leiden dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet wettig was, die verplichting automatisch zou komen te vervallen.

124 Tijdens telefoonconferenties op 26 en 29 oktober 2010 zouden de partijen het in het beding voorziene zelfonderzoek hebben uitgevoerd en tot het oordeel zijn gekomen dat de mededingingsbeperking niet toelaatbaar was. Zij zouden toen hebben onderzocht of het beding moest worden ingetrokken maar een dergelijke oplossing leek hen weinig verenigbaar met het bestaan van de verplichting tot zelfonderzoek die inmiddels in het beding was opgenomen in. PT zou dus hebben aanvaard dat de bij het beding opgelegde verplichting vervuld was met de uitvoering van het zelfonderzoek en dat de bevoegde autoriteiten op de hoogte moesten worden gebracht van het resultaat van het onderzoek. Het is in die context dat de op 4 februari 2011 tussen de partijen gesloten overeenkomst moet worden begrepen, waarbij het beding is geschrapt en is bevestigd dat daarbij nimmer aan een van de partijen een verplichting is opgelegd om zich van concurrentie te onthouden.

125 Tot slot had de verplichting om zich van concurrentie te onthouden geen gevolgen kunnen hebben voordat de rechtsgeldigheid ervan was bevestigd, zodat die niet als een beperking naar strekking kon worden gekwalificeerd. Zelfs indien dat het geval zou zijn, is die verplichting hoe dan ook vervallen op 29 oktober 2010, de datum vanaf wanneer het voor de beide partijen duidelijk was dat zij zich niet op de overeenkomst konden beroepen om zich wederzijds van concurrentie te onthouden.

126 In het kader van het onderhavige beroep bestrijdt verzoekster enkele van de conclusies van de Commissie in het bestreden besluit, zonder echter concrete gegevens aan te voeren of op zijn minst relevante argumenten die daaraan kunnen afdoen. Verzoekster gaat in het kader van haar betoog in essentie op de volgende punten in: ten eerste is de conclusie in overweging 255 van het bestreden besluit, dat de redactie van het beding duidelijk de mededingingsbeperkende aard ervan doet uitkomen, onjuist; ten tweede hadden de partijen goede gronden om er twijfels over te hebben dat het beding geoorloofd kon zijn als nevenrestrictie bij de koopoptie of het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur; ten derde rechtvaardigden de omstandigheden rond de onderhandelingen over de overeenkomst het dat het onderzoek van die mogelijkheid tot een later tijdstip werd opgeschoven; ten vierde zijn de audioconferenties van oktober 2010 er het bewijs van dat het bij dat beding voorziene zelfonderzoek had plaatsgevonden; ten vijfde bevestigt de overeenkomst over de schrapping van het beding van 4 februari 2011 dat het zelfonderzoek had plaatsgevonden en dat het beding nooit enig gevolg heeft gehad; ten zesde legt de Commissie de antwoorden van PT op het verzoek om inlichtingen van 5 januari 2011 onjuist uit, en ten zevende zouden de partijen genoeg argumenten hebben gehad om het beding niet na te komen.

127 In de eerste plaats hangt verzoeksters stelling dat de conclusie in overweging 255 van het bestreden besluit onjuist is, samen met haar betoog dat zij het beding, anders dan de Commissie, niet ziet als een eenvoudige verplichting tot zelfonderzoek, maar als een beding dat twee verplichtingen bevat, waarvan de ene een voorafgaande verplichting is en de andere een slotverplichting: de voorafgaande verplichting tot zelfonderzoek bestond erin om na te gaan of de verplichting om zich van concurrentie te onthouden mogelijk was, terwijl de laatste verplichting niet kon gelden zonder dat de partijen waren nagegaan dat zij mogelijk was. De inlassing van de formule „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” betekent namelijk dat geen van de partijen het recht had om van de andere te eisen dat zij van concurrentie zou afzien indien niet eerst de wettigheid van dat gedrag zou zijn bevestigd, aangezien de verplichting om zich van concurrentie te onthouden afhankelijk was van de eerbiediging van de verplichting tot onderzoek van de wettigheid van die beperking.

128 De verplichting om zich van concurrentie te onthouden viel dus niet samen met de verplichting tot zelfonderzoek en het resultaat van het zelfonderzoek is tijdens de audioconferenties van oktober 2010 geweest dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet wettig was. De overeenkomst tot intrekking ervan had tot doel om het beding te schrappen, om zo de twijfels weg te nemen en definitief afstand te nemen van de gedachte dat er tussen de partijen enige niet-concurrentieovereenkomst bestond, en niet om een einde te maken aan de verplichting tot zelfonderzoek.

129 Met de Commissie moet worden opgemerkt dat het vermeende onderscheid dat verzoekster maakt tussen de vermelding in overweging 76 van het bestreden besluit dat „de partijen betogen dat het beding voorzag in een loutere verplichting tot zelfonderzoek van de wettigheid en draagwijdte van het beding in plaats van een verplichting om zich van concurrentie te onthouden” en de vermelding dat „het beding een verplichting bevatte om zich van concurrentie te onthouden waarvan de wettigheid afhing van de beoordeling door de partijen”, irrelevant is. Beide vermeldingen komen er in wezen op neer dat betoogd wordt dat de bij het beding voorziene verplichting om zich van concurrentie te onthouden, dankzij de vermelding van „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” geen effect kon sorteren voordat de wettigheid ervan door de partijen was onderzocht. Anders dan verzoekster lijkt aan te voeren, kan met de vermeende verduidelijking dat het beding geen verplichting tot

zelfonderzoek bevatte, maar een voorafgaande verplichting tot zelfonderzoek en een daaropvolgende verplichting om zich van concurrentie te onthouden, niet worden afgedaan aan de argumenten van de Commissie in het bestreden besluit.

130 Wat dus de conclusie van de Commissie in overweging 255 van het bestreden besluit betreft, wijzigt de vermeende precisering van verzoekster dat het beding volgens haar niet alleen de verplichting tot zelfonderzoek bevatte, maar ook een – secundaire – verplichting om zich van concurrentie te onthouden, niets aan het feit dat de bewoordingen van het beding duidelijk niet naar enig zelfonderzoek verwijzen, zodat het niet als onderbouwing kan dienen voor het betoog van de partijen dat het beding een verplichting tot het verrichten van een dergelijk onderzoek bevatte.

131 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat ook verzoeksters overige argumenten niet kunnen worden aanvaard. Uit het onderzoek van de gegevens die verzoekster in het kader van dit beroep heeft aangevoerd, blijkt immers dat zij niet naar behoren heeft kunnen afdoen aan de beoordeling van de Commissie dat er geen plaats was voor de idee dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte, dat dit zelfonderzoek had plaatsgevonden en dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden nooit effectief is geworden, zodat ook geen inbreuk op artikel 101 VWEU is gemaakt. Verzoekster stelt niet meer dan dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden afhing van het onderzoek of zij mogelijk was. Zij voert echter niets aan dat kan afdoen aan de gegevens die door de Commissie zijn aangevoerd om aan te tonen dat niets erop wijst dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte waarvan de inwerkingtreding van de verplichting om zich van concurrentie te onthouden afhing.

132 Ten eerste voert het verzoeksters gegevens aan die moeten aantonen dat voor de uitlegging dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek van de wettigheid van de verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte, bevestiging kan worden gevonden in het feit dat redelijkerwijs kon worden getwijfeld over de mogelijkheid om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden als een nevenrestrictie bij de koopoptie of het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT te kwalificeren. Verzoekster stelt dus dat het haar, gezien de context en de druk rond de onderhandelingen, redelijk leek om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden ter zijde te laten tot aan de beoordeling van de gevolgen van het schrappen van de koopoptie en het behoud van de verplichting voor de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT om hun functie neer te leggen.

133 Dit betoog moet worden afgewezen.

134 Wat de koopoptie betreft, moet eraan worden herinnerd dat die was opgenomen in het tweede en het derde bod (overwegingen 41 en 46 van het bestreden besluit) en dat die niet langer voorkomt in het vierde bod, aangezien Telefónica in de tussentijd het grootste deel van haar deelneming in PT, die aanvankelijk ongeveer 10 % bedroeg (overweging 18 van het bestreden besluit), had verkocht.

135 Zo stelt verzoekster dat de partijen door de korte tijdsspanne tussen de ontvangst van het vierde bod en de ondertekening van de overeenkomst, namelijk 24 uur, niet de tijd hebben gehad om na te gaan of het beding nog steeds wettig was zonder de koopoptie, zodat zij het beding hebben omgevormd tot een beding inzake zelfonderzoek om het onderzoek van de wettigheid naar een later tijdstip te verschuiven.

136 Uit hetgeen hierboven is vastgesteld in de punten 110 tot en met 113 blijkt echter dat verzoekster niet is geslaagd in het bewijs dat het beding kon worden gekwalificeerd als een nevenrestrictie bij de koopoptie toen die nog in de overeenkomst voorkwam of dat daarover redelijke twijfel kon bestaan, zodat het op die idee gestoelde betoog niet kan slagen.

137 Wat daarnaast het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT betreft, waarin de overeenkomst voorzag, is eveneens vastgesteld in de punten 114 tot en met 118 hierboven dat niet is aangetoond dat het beding een nevenrestrictie bij dat vertrek was, zodat beweerde twijfel daarover geen steun kan bieden aan de stelling dat het beding in werkelijkheid een verplichting tot zelfonderzoek van de wettigheid van een dergelijke beperking heeft ingevoerd.

138 In die context moet er bovendien op worden gewezen dat verzoeksters betoog, zoals de Commissie heeft opgemerkt in overweging 376, onder b), van het bestreden besluit, een tegenstrijdigheid bevat, in die zin dat de overwegingen dat het beding kan worden beschouwd als een nevenrestrictie bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, enerzijds, en de overwegingen dat de uitvoering van het zelfonderzoek het mogelijk heeft gemaakt om vast te stellen dat het beding niet in overeenstemming was met het mededingingsrecht, anderzijds, niet met elkaar verenigbaar zijn. Het vermeende uitvoeren van het zelfonderzoek had immers niet tot de conclusie kunnen leiden dat het beding onwettig was, indien het beding wettig was geweest als nevenrestrictie bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT.

139 Bovendien moet erop worden gewezen dat verzoekster, die de nadruk erop legt dat de vraag of het beding kon worden gekwalificeerd als nevenrestrictie bij het vertrek van de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT een lastige juridische vraag was, nooit heeft gesteld dat de vermeende beoordeling van het beding tijdens de audioconferenties van oktober 2010 lang of moeilijk was geweest, maar juist aanvoert dat die twee telefoongesprekken hadden volstaan om tussen de partijen overeenstemming over die vraag te bereiken.

140 Uit een en ander volgt dat de vermeende juridische complexiteit van de vragen in verband met de mogelijkheid om het beding te kwalificeren als nevenrestrictie bij de koopoptie of bij de neerlegging van hun functie door de door Telefónica benoemde leden van de raad van bestuur van PT, niet kan worden aanvaard als factor die pleit voor het betoog dat met de inlassing van „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” een verplichting tot zelfonderzoek van de wettigheid van de verplichting om zich van concurrentie te onthouden in het beding is ingevoegd.

141 Ten tweede stelt verzoekster dat de omstandigheden rond de onderhandelingen over de overeenkomst hebben gerechtvaardigd dat een voorafgaande verplichting tot zelfonderzoek werd toegevoegd aan de verplichting om zich van concurrentie te onthouden. Bij het onderzoek van het vierde bod hebben de partijen erop toegezien dat de clausules die afkomstig waren uit eerdere biedingen niet opnieuw zouden worden onderzocht en alleen zouden worden aangepast indien dat onmisbaar was om het ontwerp aan te passen aan de wezenlijke kenmerken van de transactie. De inlassing van de formule „voor zover zulks bij de wet is toegestaan” was dus te wijten aan het feit dat de omstandigheden met het loslaten van de koopoptie waren gewijzigd. In het licht van de vele beperkingen in verband met de onderhandelingen was het echter niet mogelijk om op voorhand een bevestiging te krijgen dat het in stand laten van de niet-concurrentieovereenkomst in de oorspronkelijk voorziene bewoordingen wettig was.

142 Verzoekster geeft voorts te kennen dat de overeenkomst minder dan 24 uur na de ontvangst van het vierde bod is ondertekend. Gezien het feit dat de afronding van de acquisitie van Vivo en Oi aan de orde was, was het beding het laatste waarover PT zich zorgen maakte, zodat niets erop wijst dat de partijen gedurende die tijdsspanne over de eindredactie van het beding hebben gesproken en alles erop wijst dat zij dat niet gedaan hebben.

143 Ook dit betoog kan niet overtuigen.

144 Wat om te beginnen het loslaten van de koopoptie betreft, moet eraan worden herinnerd dat Telefónica reeds sinds 23 juni 2010 had aangekondigd dat zij haar deelneming in PT tot ongeveer 2 % had verminderd, zodat de partijen reeds vanaf die datum, zijnde meer dan een maand vóór de toezending van het vierde bod op 27 juli en de ondertekening van de overeenkomst op 28 juli 2010,

op de hoogte waren van het verdwijnen van enig vermeend verband tussen de koopoptie en het beding, zoals ook de Commissie terecht benadrukt. Hieruit volgt dat verzoekster niet kan stellen dat de partijen slechts over een periode van 24 uur hebben beschikt om de gevolgen van het verdwijnen van de koopoptie te beoordelen.

145 Vervolgens moet worden opgemerkt dat verzoekster niet ingaat tegen de door de Commissie aangedragen factoren om aan te tonen dat de partijen de termen van de overeenkomst tot aan het einde van de onderhandelingen hebben gewijzigd, namelijk het feit dat clausules 6 en 7 van de overeenkomst zijn gewijzigd tussen de indiening van het vierde bod en de ondertekening van de overeenkomst en dat het beding zelf kort vóór de ondertekening van de overeenkomst is besproken en gewijzigd voor zover het de duur ervan betreft. Zij beperkt zich tot de stelling dat „niets bewijst dat de partijen over de eindredactie van [het beding] hebben gesproken en dat alles erop duidt dat zij dit niet gedaan hebben". Bovendien kan verzoeksters stelling in punt 34 van de repliek niet slagen dat de wijziging van het beding die erin bestond om de datum van inwerkingtreding te veranderen van „de datum van ondertekening van deze overeenkomst" in „de [closingdatum]" een vrij logische wijziging was, of zelfs een automatische correctie. De formulering „de datum van ondertekening van deze overeenkomst" zou immers hebben betekend dat het beding van toepassing werd op het moment van ondertekening van de overeenkomst, dus op 28 juli 2010, terwijl de formulering „de [closingdatum]" betekent dat het beding van toepassing werd op het moment waarop de transactie definitief tot stand kwam op 27 september 2010 (zie punten 22 en 25 hierboven).

146 Tot slot, en meer algemeen, moet verzoeksters betoog gebaseerd op de vermeende moeilijke omstandigheden rond de onderhandelingen worden afgewezen. Zoals de Commissie terecht stelt in overweging 249 van het bestreden besluit en in punt 49 van het verweerschrift is het eenvoudigweg niet geloofwaardig dat ondernemingen als Telefónica en PT, die toegang hebben tot en gebruikmaken van juridische advisering op hoogstaand niveau, de besprekingen en de wijziging van de bewoordingen van de overeenkomst en van meer bepaald het beding hebben „afgeraffeld". Verzoekster weerlegt deze stelling overigens geenszins, maar beperkt zich nog maar eens tot een eenvoudig betoog dat „de waarschijnlijkheid dat partijen aanvankelijk toegang hadden tot en gebruik hebben gemaakt van juridische advisering op hoogstaand niveau op zijn minst onzeker en objectief beperkt was".

147 Ten derde geeft verzoekster te kennen dat het vermeende bij het beding voorziene zelfonderzoek is uitgevoerd tijdens de audioconferenties die op 26 en 29 oktober 2010 hebben plaatsgevonden. Daar waar verzoekster echter weer niet ingaat tegen de analyse van de Commissie in met name de overwegingen 102 tot en met 124 van het bestreden besluit, die inhoudt dat de door de partijen aangevoerde gegevens niet de conclusie toelaten dat is bewezen dat het beding met ingang van 29 oktober 2010 is „komen te vervallen", dat het zelfonderzoek bij de clausule was voorzien of dat het vermeende zelfonderzoek enig gevolg heeft gehad (overweging 124 van het bestreden besluit), moeten haar stellingen wederom worden verworpen. Verzoekster verklaart namelijk niet meer dan dat „het bewijs van de contacten en het bewijs van de strekking daarvan hetzelfde bewijs is, dat onderling overeenstemt", dat het „niet redelijk blijkt om te geloven dat de [audioconferenties] een andere doelstelling hadden dan [het beding] te bespreken en dat daaruit de bevestiging zou zijn gekomen dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden legaal was", dat „geen van de bewijsstukken voor een dergelijk absurde stelling pleit" en dat „het gemeenschappelijk overleg slechts tot één conclusie heeft kunnen leiden, [namelijk] dat verplichting om zich van concurrentie te onthouden in strijd was met de wet en geen doel trof".

148 Verzoekster weerlegt evenmin het betoog van de Commissie dat, indien het beding werkelijk in een verplichting tot zelfonderzoek voorzag, het logisch zou zijn geweest dat er niet alleen naar zou zijn verwezen, maar dat daarvoor dan ook een datum zou zijn opgenomen in plaats van een vaste datum van inwerkingtreding of, bij gebreke daarvan, dat de partijen op zijn minst zo snel mogelijk na de ondertekening van de overeenkomst en in elk geval vóór de inwerkingtreding van het beding op de closingdatum op 27 september 2010 tot dat zelfonderzoek zouden zijn overgegaan (overwegingen 250-255 en 309 e.v. van het bestreden besluit). Daar waar verzoekster niet meer aangeeft dan dat „de

partijen het noodzakelijk kunnen vinden om een termijn vast te stellen, net zoals zij ervoor kunnen kiezen om er geen vaststellen", dat PT het, gezien het feit dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden in het beding niet afdwingbaar was zolang de wettigheid ervan niet was bevestigd, niet dringend heeft geacht om die vraag opgehelderd te krijgen, zodat het onderwerp „in vergetelheid is geraakt", en dat het in de omstandigheden van de onderhavige zaak „begrijpelijk is dat partijen zich niet zwaar hebben uitgesloofd om die vraag opgehelderd te krijgen", moet worden vastgesteld dat zij niet uitlegt waarom er geen datum voor de uitvoering van het zelfonderzoek is vastgesteld en waarom er bij de beweerde uitvoering daarvan vertraging is opgetreden.

149 De verklaring onder ede van M. R. S. S. N., die verantwoordelijk was voor de directie mededinging van PT op de datum van sluiting van de overeenkomst en op die van de sluiting van de overeenkomst tot intrekking van het beding, die de Commissie heeft overgelegd als bijlage B.1 bij het verweerschrift, wijzigt die vaststelling niet. Het is juist dat M. R. S. S. N. in die verklaring stelt dat tijdens de telefoonconferenties tussen Telefónica en PT in oktober 2010 is beoordeeld of het beding aanvaardbaar was in het licht van het mededingingsrecht, dat daaruit de conclusie naar voren is gekomen dat de partijen geen verbintenis konden aangaan in de bewoordingen zoals aanvankelijk opgenomen en dat uit die conferenties ook is geresulteerd dat de bij het beding voorziene verplichting als uitgevoerd moest worden beschouwd vanaf het tijdstip waarop de partijen de wettigheid hadden onderzocht en de conclusie was getrokken dat het voorwerp ervan niet mogelijk was (zie ook overweging 117 van het bestreden besluit). Zoals ook de Commissie benadrukt (overwegingen 120 en 122 van het bestreden besluit), is die verklaring geen bewijs dat dateert van de gesprekken die in oktober 2010 werden gehouden, hetgeen hen meer bewijskracht zou hebben gegeven (zie in die zin arresten van 11 maart 1999, Ensidesa/Commissie, T-157/94, Jurispr., EU:T:1999:54, punt 312, en van 16 december 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie/Commissie, T-5/00 en T-6/00, Jurispr., EU:T:2003:342, punt 181). Bovendien geldt dat zelfs wanneer een getuigenis van een rechtstreekse getuige van de omstandigheden die hij heeft uiteengezet, in beginsel als bewijs met een zeer hoge bewijswaarde moet worden beschouwd (arrest van 3 maart 2011, Siemens/Commissie, T-110/07, Jurispr., EU:T:2011:68, punt 75), ook in aanmerking moet worden genomen dat de betrokken verklaring in casu is opgesteld door een persoon die direct belang bij de zaak zou kunnen hebben en die niet als van verzoekster onafhankelijk kan worden beschouwd (zie in die zin arrest Siemens/Commissie, reeds aangehaald, EU:T:2011:68, punten 69 en 70).

150 Gelet op alle voorhanden gegevens volgt hieruit dat deze verklaring, die het enige bewijs vormt, niet volstaat om aan te tonen dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte, waarbij eraan wordt herinnerd dat op het punt van de bewijskracht van de verschillende bewijzen, het enige relevante criterium voor de beoordeling van vrij aangevoerde bewijzen de geloofwaardigheid ervan is (zie arrest van 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie, T-44/00, Jurispr., EU:T:2004:218, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 8 juli 2004, Dalmine/Commissie, T-50/00, Jurispr., EU:T:2004:220, punt 72, en JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr., EU:T:2004:221, punt 273) en dat de geloofwaardigheid en bijgevolg de bewijskracht van een document volgens de algemeen geldende bewijsregels afhangt van de oorsprong ervan, van de omstandigheden waarin het is opgesteld, van degene tot wie het gericht is en van de redelijkheid en betrouwbaarheid van de inhoud ervan (arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr., EU:T:2000:77, punt 1053).

151 Ten vierde bestrijdt verzoekster de beoordeling van de Commissie (overwegingen 313-323 van het bestreden besluit) ten aanzien van de overeenkomst tot intrekking van het beding (zie punt 29 hierboven). In essentie komt die beoordeling erop neer dat er op basis van de overeenkomst tot intrekking van het beding niet van kan worden uitgegaan dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte die is uitgevoerd tijdens de telefoonconferenties van oktober 2010, met name niet omdat op basis van geen van de formuleringen in de overeenkomst tot intrekking van het beding een verband kan worden gelegd tussen de beslissing om het beding in te trekken en een verplichting

tot zelfonderzoek (overweging 315 van het bestreden besluit). In de considerans van de overeenkomst tot intrekking van het beding zijn de omstandigheden uitgelegd waaronder de partijen tot het besluit zijn gekomen om het beding te „schrappen", zonder echter te verwijzen naar de telefoonconferenties van oktober (overweging 316 van het bestreden besluit). De formulering van de overeenkomst tot intrekking van het beding wijst er juist op dat het beding een verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte, en niet een verplichting tot zelfonderzoek (overwegingen 317-322 van het bestreden besluit).

152 Verzoekster geeft te kennen dat de door de Commissie gegeven uitlegging berust op de onjuiste premisse dat de partijen zouden hebben gesteld dat het beding louter een verplichting tot zelfonderzoek bevatte, terwijl PT steeds heeft betoogd dat het beding twee verplichtingen bevatte, een voorafgaande verplichting tot zelfonderzoek en een secundaire verplichting om zich van concurrentie te onthouden. Bij een dergelijke opvatting van de dingen, is de overeenkomst tot intrekking van het beding helemaal niet in tegenspraak met de idee dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek invoerde.

153 Dit betoog moet worden verworpen. Zelfs wanneer rekening zou moeten worden gehouden met de uitlegging dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek en een verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte, moet worden vastgesteld dat het betoog van de Commissie dat hierboven in punt 151 is samengevat, nog steeds geldig is. Verzoekster stelt overigens niet meer dan dat de overeenkomst tot intrekking van het beding de uitlegging van de partijen tijdens de audioconferenties van oktober 2010 „bevestigt" en dat de verklaring in deze overeenkomst dat het beding „niet kon worden uitgevoerd en nooit is geïmplementeerd" pas incoherent blijkt wanneer het beding wordt beperkt tot een verplichting tot zelfonderzoek. Het zou namelijk incoherent zijn om te stellen dat de verplichting niet kan worden uitgevoerd en nooit is geïmplementeerd terwijl de partijen juist stellen dat het vermeend bij het beding voorziene zelfonderzoek heeft plaatsgevonden, maar niet als zou worden aanvaard dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek en een verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte, aangezien het in dat geval niet meer incoherent zou zijn om te stellen dat de bij dat beding voorziene verplichting niet kan worden uitgevoerd en nooit is geïmplementeerd.

154 Dit betoog wijzigt niets aan het feit dat de overeenkomst geen vermelding bevat van de audioconferenties van oktober 2010, van een vermeende uitlegging van het beding waarvan tijdens die audioconferenties is uitgegaan, van het feit dat deze overeenkomst een bevestiging is van een vermeend resultaat van deze audioconferenties of in het algemeen van het feit dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte. Zelfs bij aanvaarding van het door PT gemaakte onderscheid tussen het feit dat wordt gesteld dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte en het feit dat wordt gesteld dat het een verplichting tot zelfonderzoek en een verplichting om zich van concurrentie te onthouden bevatte, zijn de bewoordingen van de overeenkomst tot intrekking van het beding en met name de verklaring dat het beding niet is uitgevoerd en nooit is geïmplementeerd nog steeds incoherent in het licht van een dergelijke uitlegging.

155 Ten vijfde geeft verzoekster te kennen dat de Commissie zich vergist wanneer zij in overweging 115 van het bestreden besluit stelt dat het antwoord van PT op het verzoek om inlichtingen van 5 januari 2011 niet vermeldt dat het beding zo moest worden uitgelegd dat het vergezeld ging van de verplichting om tot zelfonderzoek over te gaan en wanneer zij er in overweging 303 van het bestreden besluit op wijst dat de partijen voorafgaand aan hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar niet hebben aangevoerd dat het beding een verplichting tot het uitvoeren van zelfonderzoek bevatte.

156 Opgemerkt moet worden dat PT in de punten 30, 31 en 32 van haar antwoord op het verzoek om inlichtingen heeft verklaard dat „het in feite zo is dat het bestaan van die bepaling weliswaar door [haar toedoen] openbaar is gemaakt op 9 juni 2010 (zie bijlage 10), maar dat zij in vergetelheid is geraakt, aangezien de onderneming zich daar niet aan gebonden achtte en niet verwachtte dat zij ook

maar enig gedrag van Telefónica kon afdwingen dat overeenkomstig die bepalingen was, tenminste niet voordat de wettigheid van die bepaling was beoordeeld". Zij heeft eraan toegevoegd dat „het onderwerp pas opnieuw een bron van zorg is geworden, toen in de kranten van 23 en 24 augustus en 19 [oktober] 2010 berichten zijn verschenen", dat „[zij] na die berichten instructies aan haar advocaten heeft gegeven om contact op te nemen met de advocaten van Telefónica om de vraag opgehelderd te krijgen" en dat „twee audioconferenties hebben plaatsgevonden op 26 en 29 oktober 2010, waarop de conclusie is getrokken dat er onvoldoende rechtvaardiging was voor het niet-concurrentiebeding en dat het geen nut had, zodat het beter was om het in te trekken".

157 Hoewel PT dus niet uitdrukkelijk heeft aangegeven dat de hoofdverplichting die bij het beding is ingevoerd een verplichting tot zelfonderzoek was, heeft zij niettemin verklaard dat zij „zich [...] niet aan [het beding] gebonden achtte en niet verwachtte dat zij ook maar enig gedrag van Telefónica kon afdwingen dat overeenkomstig die bepalingen was, tenminste niet voordat de wettigheid van die bepaling was beoordeeld", wat de gedachte van een evaluatie van de wettigheid van het beding voor de inwerkingtreding daarvan impliceert.

158 Ook wanneer er reden is tot nuancering van de stelling van de Commissie dat de partijen voorafgaand aan hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar niet hebben aangevoerd dat het beding voorzag in een verplichting tot het uitvoeren van zelfonderzoek, is in de betrokken verklaringen niet alleen niet gesteld dat het beding was komen te vervallen na de vermeende uitvoering van het zelfonderzoek, maar wijzigt ook de omstandigheid dat PT reeds in haar antwoord op het verzoek om inlichtingen van 5 januari 2011 te verstaan had gegeven dat de wettigheid van het beding moest worden bevestigd voordat het in werking kon treden, niets aan het feit dat verzoekster in het kader van het onderhavige beroep voor het Gerecht niet heeft aangetoond dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte of dat het beding is komen te vervallen nadat het vermeende zelfonderzoek in oktober 2010 was uitgevoerd.

159 Tot slot betoogt verzoekster ten zesde dat de Commissie hoe dan ook tot het oordeel had moeten komen dat het beding geen werking had, aangezien de partijen genoeg argumenten hadden om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet na te leven. Volgens verzoekster is het bij lezing van de door Telefónica en PT gegeven verduidelijkingen namelijk evident dat de partijen niet dezelfde belangen bij het beding hadden, aangezien Telefónica beweerde dat zij dit had aanvaard om de Vivo-transactie doorgang te kunnen laten vinden, terwijl PT er belang bij had om zich te beschermen wegens de koopoptie. De beide partijen verschilden derhalve van inzicht over wat de wet toestond en daarmee hadden zij genoeg argumenten die zij ten aanzien van de andere partij konden aanvoeren om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet na te leven.

160 Dit betoog moet worden verworpen zonder dat de redenen hoeven te worden onderzocht die ervoor pleiten dat de partijen genoeg argumenten hadden om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet na te leven. In dit verband volstaat het namelijk om in herinnering te brengen dat artikel 101, lid 2, VWEU bepaalt dat de krachtens dat artikel verboden overeenkomsten van rechtswege nietig zijn, zodat geen enkele onderneming ertoe kan worden verplicht om zich aan een dergelijke overeenkomst te houden. Aangezien de in artikel 101, lid 2, VWEU bedoelde nietigheid absoluut is, heeft een krachtens deze bepaling nietige overeenkomst geen gevolgen voor de betrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen en kan zij niet aan derden worden tegengeworpen (zie naar analogie arrest van 25 november 1971, Béguelin Import, 22/71, Jurispr., EU:C:1971:113, punt 29). Het feit dat er beweerdelijk „argumenten [zijn] om de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet na te leven" kan een overeenkomst dus niet aan het in artikel 101 VWEU neergelegde verbod laten ontsnappen.

161 Uit een en ander volgt dat het argument dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte, moet worden verworpen.

Betoog inzake schending van artikel 101 VWEU wegens het verzuim om de voorwaarden voor potentiële concurrentie te onderzoeken

162 Verzoekster betoogt dat de Commissie een fout heeft begaan door niet over te gaan tot het onderzoek van de voorwaarden voor potentiële concurrentie teneinde na te gaan of er, gelet op de structuur van de relevante markten en de economische en juridische context, reële en concrete mogelijkheden voor Telefónica en PT waren om elkaar onderling te beconcurreren op de relevante markten waarop het beding beweerdelijk zag. De kwalificatie van „beperking naar strekking" van een mededingingsbeperking hangt ook af van haar vermogen om beperkende gevolgen te sorteren.

163 Verzoekster geeft in dat verband te kennen dat de partijen wegens de toetredingsdrempels in de wet- en regelgeving en de drempels voor expansie op de Portugese markt voor elektronische communicatie alsook de drempels die inherent zijn aan de structuur zelf en de kenmerken en bijzonderheden van de betrokken markten, niet konden worden gekwalificeerd als potentiële concurrenten.

164 Verzoekster verwijt de Commissie daarnaast dat zij in het bestreden besluit voorbij is gegaan aan de uitgebreide analyse die zij in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had gemaakt van de markten voor elektronische communicatie in Portugal en de drempels die de concurrentie op die markten onmogelijk maakten, en dat zij zich heeft beperkt tot een algemeen betoog dat niet in overeenstemming is met de verplichtingen die uit de rechtspraak voortvloeien en heeft nagelaten om een groot deel van de door verzoekster uitgewerkte argumenten te weerleggen.

165 In de eerste plaats blijkt uit verzoeksters betoog dat zij niet met zoveel woorden tegen de motivering van het bestreden besluit opkomt, maar tegen het feit dat de Commissie, volgens haar onterecht, heeft nagelaten om een studie te verrichten van de structuur van de betrokken markten en de reële concurrentiemogelijkheden van de partijen op die markten.

166 Uit de overwegingen 265 tot en met 278 van het bestreden besluit blijkt in elk geval dat de Commissie de redenen heeft uitgelegd waarom zij het niet noodzakelijk achtte om een gedetailleerde analyse van de structuur van de betrokken markten te maken en dat zij heeft geantwoord op de argumenten van de partijen in hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar ten aanzien van het bestaan van potentiële concurrentie tussen hen, zoals zij die in overwegingen 268 tot en met 270 van het bestreden besluit had samengevat. Voor zover verzoeksters betoog aldus kan worden opgevat dat zij een vermeend motiveringsgebrek op dit punt in het bestreden besluit aan de orde stelt, kan dit niet slagen.

167 Meer in het bijzonder geeft verzoekster in de punten 136 en 318 van het verzoekschrift te kennen dat de Commissie in het bestreden besluit heeft nagelaten om het in overweging 169 daarvan vermelde argument te weerleggen dat, voor zover bepaalde detailhandelsmarkten van de werkingssfeer van het beding waren uitgesloten, de daarmee corresponderende groothandelsmarkten ook moesten worden uitgesloten, aangezien de actuele of potentiële concurrentie op de detailhandelsmarkten de voorwaarden voor concurrentie op de groothandelsmarkten schiep, en dat daar waar de verplichting om zich van concurrentie te onthouden niet zag op eerstgenoemde markten, zij ook niet op de als tweede genoemde markten zag. Uit lezing van de overwegingen 153, 154 en 169 van het bestreden besluit volgt echter dat de Commissie zich op het standpunt had gesteld dat de partijen als potentiële concurrenten moesten worden beschouwd op alle markten voor elektronischecommunicatiediensten en televisiediensten, zodat – gezien het feit dat zij de premisse dat bepaalde detailhandelsmarkten van de werkingssfeer van het beding moesten worden uitgesloten, niet had aanvaard – het argument dat de met die detailhandelsmarkten corresponderende groothandelsmarkten, die daaraan complementair waren, van de werkingssfeer van het beding moesten worden uitgesloten, niet hoefde te worden weerlegd.

168 Daarnaast uit verzoekster kritiek op het feit dat het bestreden besluit weinig tot geen overpeinzingen bevat ten aanzien van de vraag welke markten ook daadwerkelijk voorwerp van de betrokken overeenkomst konden zijn. Voor zover die kritiek zich ook uitstrekt tot de naleving van haar motiveringsplicht door de Commissie, moet deze worden verworpen, aangezien de Commissie in onderdeel 5.3 van het bestreden besluit (overwegingen 186-197) heeft uiteengezet welke de „relevante productmarkten" waren, daarbij – anders dan verzoekster stelt – verwijzend naar de richtsnoeren in de aanbeveling van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 344, blz. 65), en ook eerdere besluiten en de rechtspraak (overweging 186 van het bestreden besluit). Voorts heeft de Commissie in onderdeel 5.5 van het bestreden besluit (overwegingen 200-233 van het bestreden besluit) de „aanwezigheid van de partijen op de betrokken markten" geanalyseerd. Tot slot heeft zij verklaard dat de exacte afbakening van de relevante markten open kon blijven, gezien de omvang van de werkingssfeer van het beding.

169 Wat in de tweede plaats de grief inzake een onjuiste beoordeling van het „vermogen" van het beding om de mededinging tussen PT en Telefónica te beperken betreft, doordat de Commissie in casu het standpunt heeft ingenomen dat zij geen gedetailleerde analyse van de structuur van de betrokken markten hoefde te maken, moet erop worden gewezen dat uit het bestreden besluit blijkt dat er drie factoren zijn waarop de Commissie zich heeft gebaseerd voor de conclusie dat geen gedetailleerde analyse van de potentiële concurrentie tussen de partijen voor elke specifieke markt nodig was om te kunnen beoordelen of de overeenkomst een mededingingsbeperking naar strekking was (overweging 278 van het bestreden besluit).

170 Om te beginnen heeft de Commissie erop gewezen dat het feit dat een niet-concurrentiebeding wordt overeengekomen – of dat wordt voorzien in de noodzaak van zelfonderzoek naar de wettigheid en de werkingssfeer van een accessoire verbintenis om zich van concurrentie te onthouden, indien de door de partijen voorgestelde uitlegging van het beding wordt aangehouden –, een erkenning door laatstgenoemden vormde van het feit dat zij op zijn minst potentiële concurrenten voor sommige diensten waren. Wanneer er in het geheel geen potentiële concurrentie was, zou er een geen aanleiding zijn geweest om welk niet-concurrentiebeding dan ook overeen te komen, of om te voorzien in zelfonderzoek met betrekking tot de verbintenis om zich van concurrentie te onthouden (overweging 271 van het bestreden besluit).

171 Vervolgens heeft de Commissie opgemerkt dat het beding een ruime werkingssfeer had, aangezien dit van toepassing was op alle elektronischecommunicatiediensten en televisiediensten (overwegingen 141, 265 en 278 van het bestreden besluit).

172 Tot slot heeft de Commissie aangegeven dat deze diensten overeenkomstig het regelgevingskader van de Unie waren geliberaliseerd, waardoor concurrentie tussen de aanbieders werd toegestaan en aangemoedigd (overweging 265 van het bestreden besluit), en dat de geliberaliseerde context, waarin mededinging mogelijk en aangemoedigd werd, het uitgangspunt voor de beoordeling van het beding moest zijn (overweging 267 van het bestreden besluit).

173 Bovendien moet eraan worden herinnerd dat het juist is dat van een mededingingsbeperkende strekking pas sprake is wanneer een overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben, dus wanneer zij concreet de mededinging binnen de interne markt kan verhinderen, beperken of vervalsen (arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, Jurispr., EU:C:2013:160, punt 38).

174 Voorts moet opnieuw in herinnering worden gebracht (zie punt 90 hierboven) dat bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging zodanig nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende

strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en de juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (zie arrest CB/Commissie, punt 86 supra, EU:C:2014:2204, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

175 Hoewel in het kader van de uitlegging van de context van een overeenkomst rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten, is de Commissie echter niet altijd gehouden om de betrokken markt of markten nauwkeurig af te bakenen. De omschrijving van de relevante markt speelt bij de toepassing van artikel 101 VWEU niet dezelfde rol als bij de toepassing van artikel 102 VWEU. In het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU is een adequate omschrijving van de relevante markt een noodzakelijke en prealabele voorwaarde om een oordeel te kunnen geven over vermeend mededingingsbeperkend gedrag (arresten van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie, T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr., EU:T:1992:38, punt 159, en van 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/Commissie, T-61/99, Jurispr., EU:T:2003:335, punt 27), aangezien het bestaan van een machtspositie op een bepaalde markt moet worden vastgesteld voordat misbruik van een machtspositie kan worden vastgesteld, zodat deze markt eerst moet zijn afgebakend. Daarentegen volgt uit vaste rechtspraak dat de relevante markt in het kader van artikel 101 VWEU moet worden afgebakend om te bepalen of de betrokken overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (arresten van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, Jurispr., EU:T:1995:34, punt 74, en Adriatica di Navigazione/Commissie, reeds aangehaald, EU:T:2003:335, punt 27; zie ook arrest van 12 september 2007, Prym en Prym Consumer/Commissie, T-30/05, EU:T:2007:267, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

176 In het kader van artikel 101, lid 1, VWEU is een voorafgaande afbakening van de relevante markt niet vereist wanneer de litigieuze overeenkomst op zich een mededingingsbeperkende strekking heeft, dat wil zeggen wanneer de Commissie zonder een voorafgaande marktafbakening heeft kunnen besluiten dat de betrokken overeenkomst de mededinging vervalste en de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kon beïnvloeden. Dit betreft met name de ernstigste mededingingsbeperkingen, die uitdrukkelijk zijn verboden in artikel 101, lid 1, onder a) tot en met e), VWEU (conclusie van advocaat-generaal Bot in de gevoegde zaken Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr., EU:C:2009:192, punten 168-175). Indien de overeenkomst als zodanig de strekking heeft de mededinging via een „marktverdeling” te beperken, hoeven de betrokken markten in beginsel niet nauwkeurig te worden afgebakend, aangezien de bestaande of potentiële mededinging binnen de betrokken gebieden noodzakelijkerwijs is beperkt (arrest Mannesmannröhren-Werke/Commissie, punt 150 supra, EU:T:2004:218, punt 132).

177 Daar waar de Commissie in de onderhavige zaak heeft vastgesteld dat het beding waarvoor in het bestreden besluit een boete is opgelegd, de strekking van een marktverdeling had, kan verzoekster derhalve niet stellen dat een gedetailleerde analyse van de betrokken markten noodzakelijk was om te bepalen of het beding een mededingingsbeperking naar strekking was.

178 Ondernemingen die een overeenkomst sluiten die de strekking heeft de mededinging te beperken, kunnen zich in beginsel immers niet aan de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU onttrekken met het argument dat hun overeenkomst wellicht geen merkbare invloed op de mededinging heeft gehad (arrest Mannesmannröhren-Werke/Commissie, punt 150 supra, EU:T:2004:218, punt 130). Aangezien de overeenkomst waarvoor in de onderhavige zaak een geldboete is opgelegd, bestond in een niet-concurrentiebeding dat volgens de definitie van de partijen van toepassing was op „enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten, maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere

partij op de Iberische markt", had het bestaan ervan enkel zin indien er mededinging was die kon worden beperkt (arresten Mannesmannröhren-Werke/Commissie, punt 150 supra, EU:T:2004:218, punt 131, en van 21 mei 2014, Toshiba/Commissie, T-519/09, EU:T:2014:263, punt 231).

179 Bijgevolg is verzoeksters betoog dat het bestaan van een vermeende niet-concurrentieovereenkomst geen bewijs van het bestaan van potentiële concurrentie tussen de partij kan vormen, irrelevant.

180 Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat het sluiten van een dergelijke overeenkomst op zijn minst een sterke aanwijzing vormt dat sprake is van een verhouding van potentiële concurrentie (zie in die zin arrest Toshiba/Commissie, punt 178 supra, EU:T:2014:263, punt 231). Zoals de Commissie terecht benadrukt in overweging 271 van het bestreden besluit, vormt het sluiten van een niet-concurrentieovereenkomst een erkenning door de partijen van het feit dat zij op zijn minst potentiële concurrenten zijn voor bepaalde diensten. Bovendien is het bestaan van een niet-concurrentieovereenkomst slechts één van de factoren waarop de Commissie zich heeft gebaseerd voor de conclusie dat sprake is van potentiële concurrentie tussen de partijen (zie punten 169-172 hierboven en punt 182 hieronder).

181 In dat verband volgt uit de rechtspraak met name dat de Commissie in geval van een geliberaliseerde markt, zoals die in casu, geen analyse van de structuur van de betrokken markt hoeft te maken of hoeft te onderzoeken of de toetreding tot de markt voor elk van de partijen een haalbare economische strategie was (zie in die zin arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punten 89-93), maar moet onderzoeken of er onoverkomelijke drempels voor markttoetreding waren die potentiële concurrentie uitsloten (zie in die zin arrest Toshiba/Commissie, punt 178 supra, EU:T:2014:263, punt 230).

182 In de onderhavige zaak heeft de Commissie niet alleen vastgesteld dat de markten voor telecommunicatie- en televisiediensten in Spanje en Portugal volledig waren geliberaliseerd (zie punt 172 hierboven), zij heeft er ook op gewezen dat de partijen, naar zij zelf toegaven, aanwezig waren op de markten voor de levering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten op de gehele Iberische markt (overwegingen 173, 174 en 272 van het bestreden besluit); dat zij niet hadden aangetoond dat de periode waarin het beding van toepassing zou zijn, onvoldoende was om een bestaande telecomaanbieder te verwerven, als middel om de houder van bepaalde netwerken te worden zonder die zelf te hoeven aanleggen (overweging 273 van het bestreden besluit); dat de huidige situatie op de Spaanse en Portugese markt niet kon worden aangevoerd om de mogelijkheid om in de sector te investeren uit te sluiten, aangezien de investeringen daarin, ondanks de crisis, aan het stijgen of op zijn minst stabiel waren (overweging 274 van het bestreden besluit); en tot slot dat Telefónica zelf al had toegegeven dat het uitbrengen van een openbaar overnamebod voor een onderneming als PT tijdens de onderhandelingen over de Vivo-transactie tot de mogelijkheden behoorde, zodat de verwerving van een concurrent van PT eveneens tot de mogelijkheden behoorde (overwegingen 37 en 275-277 van het bestreden besluit).

183 Verzoekster voert in haar verzoekschrift niets aan dat kan aantonen dat, ondanks die factoren, een gedetailleerde analyse van de betrokken markten noodzakelijk was om te bepalen of het beding een mededingingsbeperking naar strekking was of om vast te stellen dat er geen onoverkomelijke drempels waren die het de partijen verhinderden om tot hun respectieve buurmarkten toe te treden.

184 Opgemerkt moet namelijk worden dat verzoekster, naast het betoog dat reeds in de punten 162 tot en met 181 hierboven is behandeld, in haar geschriften niet meer doet dan het hierboven in punt 182 samengevatte betoog van de Commissie bestrijden, waarbij dit niet blijkt te kunnen afdoen aan de analyse van de Commissie dat er in de onderhavige zaak geen noodzaak was om tot een gedetailleerde analyse van de potentiële concurrentie tussen de partijen over te gaan op de markten waarop het beding betrekking had.

185 Ook het aanvullende betoog van verzoekster, in het kader waarvan zij factoren aanvoert die moeten aantonen dat de toetreding tot de betrokken markten niet tot de strategische prioriteiten van de partijen behoorde of economisch niet voordelig of aantrekkelijk zou zijn geweest, kan niet slagen.

186 Zonder dat dit betoog in detail hoeft te worden onderzocht, volstaat het immers erop te wijzen dat het voornemen van een onderneming om tot een markt toe te treden weliswaar eventueel relevant kan zijn voor de beoordeling of een onderneming als potentiële concurrent op die markt kan worden aangemerkt, maar de beoordeling toch steeds hoofdzakelijk moet berusten op haar capaciteit om tot deze markt toe te treden (zie arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2012:332, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

187 Wat tot slot verzoeksters betoog aangaat dat kennelijk niets in de niet-concurrentieovereenkomst het Telefónica verhinderde om haar belang in Zon te vergroten en dat het dus zeer onwaarschijnlijk was dat Telefónica nog een eigen infrastructuur zou opzetten op de Portugese markt omdat dat schadelijk zou zijn geweest voor de activiteit van Zon, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 164 van het bestreden besluit heeft verklaard dat het argument dat het beding het Telefónica niet verhinderde om haar belang in Zon te vergroten, niet kon worden aanvaard, aangezien het beding letterlijk het verbod bevatte van „elke directe of indirecte (via een verbonden partij) betrokkenheid bij of investering in enigerlei project in de telecommunicatiesector", waaronder ook het vergroten van haar deelneming in Zon door Telefónica valt. In de tweede plaats kan het feit dat Telefónica reeds een minderheidsdeelneming in Zon had, die op grond van het beding niet mocht worden vergroot, niet aantonen dat Telefónica geen potentiële concurrent op de Portugese markt was, maar geeft dit aan dat Telefónica die deelneming zonder het beding had kunnen vergroten of andere aanbieders had kunnen verwerven.

188 Uit een en ander volgt dat niet kan worden verklaard dat de Commissie – ondanks dat het bestaan zelf van het beding een sterke aanwijzing van potentiële concurrentie tussen de partijen was, dat de strekking ervan een marktverdelingsovereenkomst was, dat het een ruime werkingssfeer had en dat het binnen een geliberaliseerde economische context moest worden geplaatst – een gedetailleerde analyse van de structuur van de betrokken markten en de potentiële concurrentie tussen de partijen op die markten had moeten maken om tot het besluit te komen dat het beding een mededingingsbeperking naar strekking was. Verzoeksters betoog inzake schending van artikel 101 VWEU wegens het verzuim om de voorwaarden voor potentiële concurrentie te onderzoeken moet dus worden afgewezen.

Betoog inzake het ontbreken van gevolgen

189 Verzoekster betoogt dat, aangezien het beding geen mededingingsbeperking naar strekking bevatte, de Commissie ook niet had aangetoond dat het beding mededingingsbeperkende gevolgen sorteerde of dat het dergelijke gevolgen kon sorteren.

190 Daar waar uit het onderzoek van verzoeksters argumenten in de punten 93 tot en met 188 hierboven is gebleken dat zij niet heeft kunnen aantonen dat de conclusie van de Commissie dat het beding een mededingingsbeperking naar strekking vormde onjuist is, en haar hierboven in punt 189 samengevatte betoog gebaseerd is op de premisse dat het gedrag in kwestie niet als een mededingingsbeperking naar strekking kan worden gekwalificeerd, kan dit betoog slechts worden afgewezen. Uit de tekst zelf van artikel 101, lid 1, VWEU volgt dat overeenkomsten tussen ondernemingen, ongeacht of zij al dan niet gevolgen hebben, verboden zijn, wanneer zij een mededingingsverstorende strekking hebben. Bijgevolg hoeven geen werkelijke mededingingsbeperkende gevolgen te worden bewezen wanneer de mededingingsbeperkende strekking van de verweten gedragingen vaststaat (zie arrest van 3 maart 2011, Siemens en VA Tech Transmission & Distribution/Commissie, T-122/07–T-124/07, Jurispr., EU:T:2011:70, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

191 Voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU is het namelijk overbodig om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst ertoe strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Dit is met name het geval wanneer overeenkomsten, zoals in casu, duidelijke beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de vaststelling van prijzen en de verdeling van de markten (arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie, C-389/10 P, Jurispr., EU:C:2011:816, punt 75).

192 Voor het overige moet verzoeksters argument worden afgewezen dat de Commissie met haar verklaring dat het feit dat de partijen geen nieuwe activiteiten in Spanje of Portugal hadden ontwikkeld, een niet-sluitend teken was dat het beding is toegepast (overweging 365 van het bestreden besluit), van de partijen een „probatio diabolica" heeft verlangd, namelijk dat het ontbreken van nieuwe activiteiten niet aan het beding te wijten is. Aangezien de Commissie zich niet daarop heeft gebaseerd om aan te tonen dat het beding een inbreuk op artikel 101 VWEU vormde, maar op het feit dat het beding naar zijn aard een mededingingsbeperking naar strekking was, en daar waar de Commissie bovendien nog heeft aangegeven dat het feit dat de partijen geen nieuwe activiteiten op de betrokken markten hadden ontwikkeld, een „niet-sluitende aanwijzing" was dat het beding mogelijkerwijs was geïmplementeerd, kan verzoekster de Commissie niet verwijten dat zij van de partijen een probatio diabolica heeft verlangd.

193 Derhalve moet het betoog dat de Commissie de gevolgen van het beding niet heeft onderzocht, worden afgewezen.

2. *Conclusies ten aanzien van het bedrag van de geldboete*

194 Subsidiair bestrijdt verzoekster het bedrag van de haar opgelegde geldboete en stelt zij dat dit moet worden verlaagd, omdat de Commissie, zelfs indien het beding mededingingsbeperkende gevolgen heeft kunnen sorteren, geen juist gewicht heeft toegekend aan de omvang van die gevolgen en hun duur bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete, waardoor zij in strijd heeft gehandeld met de beginselen inzake de berekening van geldboeten en het evenredigheidsbeginsel.

a) Opmerkingen vooraf

Beginselen inzake de berekening van geldboeten

195 Er dient aan te worden herinnerd dat de Commissie volgens vaste rechtspraak over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt ter zake van de methode voor de berekening van geldboeten. Deze methode, die is beschreven in de richtsnoeren, laat de Commissie enige speelruimte om haar beoordelingsbevoegdheid te benutten overeenkomstig artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 (zie in die zin en naar analogie arrest van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Jurispr., EU:C:2009:500, punt 112 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

196 De ernst van de inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals met name de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arresten van 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, C-510/06 P, Jurispr., EU:C:2009:166, punt 72, en van 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie, C-534/07 P, Jurispr., EU:C:2009:505, punt 54).

197 Zoals hierboven in punt 52 is uiteengezet, heeft de Commissie in casu het bedrag van de geldboeten overeenkomstig de in de richtsnoeren omschreven methode vastgesteld.

198 De richtsnoeren kunnen weliswaar niet worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar zij vormen wel een gedragsregel met betrekking tot de te volgen praktijk waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder redenen op te geven die verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel (zie naar analogie arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr., EU:C:2005:408, punt 209 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 8 oktober 2008, Carbone-Lorraine/Commissie, T-73/04, Jurispr., EU:T:2008:416, punt 70).

199 Door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan aan te kondigen dat deze voortaan op de betrokken gevallen zullen worden toegepast, stelt de Commissie grenzen aan de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid en kan zij niet van deze regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen zoals het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel (zie naar analogie arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 198 supra, EU:C:2005:408, punt 211 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en Carbone-Lorraine/Commissie, punt 198 supra, EU:T:2008:416, punt 71).

200 Bovendien bepalen die richtsnoeren op algemene en abstracte wijze de methode die de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van geldboeten dient te volgen, en waarborgen zij bijgevolg de rechtszekerheid van de ondernemingen (zie naar analogie arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 198 supra, EU:C:2005:408, punten 211 en 213).

201 De punten 4 en 5 van de richtsnoeren luiden als volgt:

„4. De bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU], vormt één van de instrumenten die aan de Commissie zijn toevertrouwd met het oog op het vervullen van de haar bij het Verdrag opgelegde taak om te waken voor de toepassing van de in deze artikelen neergelegde beginselen. Deze taak omvat niet alleen de verplichting om individuele inbreuken op te sporen en te bestraffen, maar ook de verplichting om een algemeen beleid te voeren dat erop is gericht om op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen. Hiertoe moet de Commissie erop toezien dat haar optreden een voldoende afschrikkende werking heeft. Daarom kan het, wanneer de Commissie een inbreuk op de artikelen [101 VWEU] of [102 VWEU] vaststelt, noodzakelijk zijn degenen die de rechtsregels hebben overtreden, een geldboete op te leggen. Hierbij moet het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat, niet alleen om de betrokken ondernemingen te bestraffen (specifieke afschrikkende werking), maar ook om andere ondernemingen ervan te weerhouden over te gaan tot gedragingen die in strijd zijn met de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] of dergelijke gedragingen voort te zetten (algemene afschrikkende werking).

5. Om deze doelstellingen te bereiken, dient de Commissie zich bij de vaststelling van de geldboeten, te baseren op de waarde van de verkochte goederen of diensten die met de inbreuk verband houden. De duur van de inbreuk dient eveneens een belangrijke rol te spelen bij de vaststelling van het passende bedrag van de geldboete, omdat deze noodzakelijkerwijs van invloed is op de mogelijke gevolgen van de inbreuk voor de markt. Het aantal jaren waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen moet derhalve eveneens in de boete tot uiting komen."

202 In de richtsnoeren is een berekeningsmethode gedefinieerd die uit twee fasen bestaat (punt 9 van de richtsnoeren). Volgens de richtsnoeren stelt de Commissie tijdens de eerste fase van de berekening voor elke betrokken onderneming of ondernemersvereniging een basisbedrag vast. De richtsnoeren bevatten dienaangaande de volgende bepalingen:

„12. Het basisbedrag wordt bepaald door de verwijzing naar de waarde van de verkochte goederen of diensten overeenkomstig de volgende methode.

[...]

13. Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal de Commissie uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk. De Commissie zal over het algemeen gebruikmaken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen.

[...]

19. Voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete wordt een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.

20. De ernst van de inbreuk wordt per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.

21. Het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen zal doorgaans maximaal 30 % bedragen.

22. Om de precieze hoogte binnen deze bandbreedte te bepalen zal de Commissie met een aantal factoren rekening houden, zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd.

23. Horizontale overeenkomsten inzake prijzen, de verdeling van markten en de beperking van de productie, die meestal geheim zijn, behoren naar hun aard tot de ernstigste mededingingsbeperkingen. Zij moeten in het kader van het mededingingsbeleid streng worden bestraft. Het aandeel van de verkopen dat voor dergelijke inbreuken in aanmerking wordt genomen zal derhalve doorgaans hoog zijn.

24. Om ten volle rekening te houden met de duur van de deelname van elke onderneming aan de inbreuk wordt het bedrag dat op basis van de waarde van de verkopen is vastgesteld (zie de punten 20 tot en met 23) vermenigvuldigd met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen. Perioden van minder dan zes maanden worden als een half jaar geteld, perioden van meer dan zes maanden maar minder dan een jaar worden als een volledig jaar geteld.

25. Onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan de inbreuk voegt de Commissie bovendien aan het basisbedrag een bedrag van tussen 15 % en 25 % van de waarde van de verkopen als omschreven in deel A toe om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking. De Commissie kan ook bij andere inbreuken een dergelijk extra bedrag toevoegen. Voor het bepalen van het aandeel van de waarde van de verkopen dat in een bepaald geval in aanmerking moet worden genomen houdt de Commissie rekening met een aantal factoren, met name die welke in punt 22 worden genoemd.

[...]”

203 De richtsnoeren voorzien erin dat de Commissie het basisbedrag in de tweede fase van de berekening naar boven of naar beneden kan bijstellen op basis van een algemene beoordeling waarbij zij rekening houdt met alle relevante omstandigheden (punten 11 en 27 van de richtsnoeren).

204 Ten aanzien van die omstandigheden bepaalt punt 29 van de richtsnoeren het volgende:

„Het basisbedrag van de boete kan worden verlaagd wanneer de Commissie vaststelt dat er sprake is van verzachtende omstandigheden, zoals:

— wanneer de betrokken onderneming aantoont dat zij reeds bij de eerste maatregelen van de Commissie de inbreuk heeft beëindigd. Dit geldt niet voor geheime overeenkomsten of praktijken (met name kartels);

— wanneer de betrokken onderneming aantoont dat de inbreuk uit onachtzaamheid is gepleegd;

— wanneer de betrokken onderneming aantoont dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was en zij vervolgens bewijst dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen; het loutere feit dat een onderneming korter aan een inbreuk heeft deelgenomen dan de andere ondernemingen wordt niet als een verzachtende omstandigheid beschouwd, omdat hiermee bij de vaststelling van het basisbedrag reeds rekening wordt gehouden;

— wanneer de onderneming daadwerkelijk haar medewerking verleent, buiten de mededeling betreffende de vermindering van geldboeten om en los van haar wettelijke verplichting om medewerking te verlenen;

— wanneer het mededingingsbeperkende gedrag door de overheidsinstanties of de regelgeving werd toegestaan of aangemoedigd.”

205 Zoals het Hof er tot slot aan heeft herinnerd in zijn arresten KME Germany e.a./Commissie, punt 191 supra (EU:C:2011:816, punt 129), en van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, Jurispr., EU:C:2011:810, punt 102), staat het aan de Unierechter het hem toevertrouwde wettigheidstoezicht uit te oefenen op basis van de gegevens die de verzoekende partij ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt. Bij dat toezicht kan de rechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite.

206 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die bij artikel 17 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), aan de Unierechter werd verleend en die thans is neergelegd in artikel 31 van verordening nr. 1/2003, overeenkomstig artikel 261 VWEU. Deze bevoegdheid gaat verder dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie, zodat de rechter op basis van zijn volledige rechtsmacht bevoegd is om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 205 supra, EU:C:2011:810, punt 103).

Bestreden besluit

207 Gezien de in het bestreden besluit omschreven feiten was de Commissie van oordeel dat de inbreuk opzettelijk is gepleegd en bestond in een duidelijk ongeoorloofde overeenkomst om zich van concurrentie te onthouden en de Spaanse en Portugese markten op het gebied van elektronische communicatie tussen de partijen te verdelen. Volgens de Commissie kunnen de partijen bij dat soort duidelijke inbreuken niet aanvoeren dat zij die niet opzettelijk hebben gepleegd (overweging 477 van het bestreden besluit).

208 Aangaande de waarde van de verkopen die als referentie voor de vaststelling van het basisbedrag heeft gediend, heeft de Commissie geoordeeld dat het niet-concurrentiebeding van toepassing was op alle elektronischecommunicatiediensten en op de televisiediensten die in Spanje en Portugal worden geleverd, met uitzondering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, waarvoor de partijen op het Iberische schiereiland concurreerden op de datum van ondertekening van de overeenkomst, en die dus van de toepassing daarvan waren uitgesloten. Rekening houdend met het feit dat het beding voorzag in een uitsluiting voor investeringen of activiteiten die op de datum van de overeenkomst reeds werden aangehouden of verricht en die konden worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt, heeft de Commissie voor elk van de partijen alleen rekening gehouden met de waarde van haar eigen verkopen in haar thuisland. Zij heeft dus met name geen rekening gehouden met de waarde van de verkopen van elk van de partijen in het thuisland van de andere partij, aangezien deze bedragen in beginsel overeenstemden met bestaande activiteiten die niet onder het beding vielen. Dit houdt wat Telefónica betreft in dat de waarde van de verkopen door de Commissie is bepaald aan de hand van de waarde van de verkopen van die onderneming in Spanje, terwijl die waarde wat PT betreft is bepaald aan de hand van de waarde van de verkopen van die onderneming in Portugal (overwegingen 482 en 483 van het bestreden besluit).

209 De Commissie heeft vervolgens aangegeven dat zij in het algemeen rekening hield met de verkopen die de ondernemingen hebben gerealiseerd in het laatste volledige jaar van hun deelname aan de inbreuk. In aanmerking nemend dat de inbreuk in het onderhavige geval minder dan een jaar had geduurd en had plaatsgevonden tussen 2010 en 2011, heeft de Commissie de verkopen van de ondernemingen in de loop van het jaar 2011 gebruikt, die minder omvangrijk waren dan de verkopen die de partijen voor 2010 hadden opgetekend (overweging 484 van het bestreden besluit).

210 Wat de ernst van de inbreuk betreft, aan de hand waarvan het percentage van de waarde van de verkopen wordt bepaald dat voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt gebruikt, heeft de Commissie te kennen gegeven dat de inbreuk in casu bestond in een niet-concurrentie- en marktverdelingsafspraak tussen de partijen op de Spaanse en Portugese markten van elektronische communicatie en televisie en dat Telefónica en PT in hun respectieve landen de gevestigde aanbieders waren (overweging 489 van het bestreden besluit).

211 De Commissie heeft aangegeven dat zij rekening hield met het feit dat het beding door de partijen niet geheim was gehouden, zulks vanaf het moment waarop het voor het eerst is opgenomen in het bod van 1 juni 2010. Zoals is uiteengezet in de overwegingen 128 tot en met 130 van het bestreden besluit is het tweede bod met daarin het eerste ontwerp van het beding namelijk door de partijen online gezet op hun respectieve websites en aan de Spaanse en Portugese beursautoriteiten meegedeeld, die het op hun beurt op hun website hebben gepubliceerd. Bovendien heeft PT op 9 juni 2010 aan haar aandeelhouders een verklarende brochure over de transactie en het beding uitgereikt. Voorts maakt de overeenkomst met daarin de eindversie van het beding integraal deel uit van het dossier dat Telefónica en PT bij Anatel en CADE hebben ingediend. Tot slot heeft Telefónica in een artikel dat op 23 augustus 2010 in het *Jornal de Negócios* is gepubliceerd, bevestigd dat de overeenkomst een niet-concurrentiebeding bevatte (overweging 491 van het bestreden besluit).

212 Wat de duur van de inbreuk betreft, heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat die heeft geduurd van 27 september 2010, de datum van de notariële vastlegging en dus de closing van de transactie, tot 4 februari 2011, de datum van de overeenkomst tussen de partijen waarbij aan het beding een einde is gekomen (overweging 492 van het bestreden besluit).

213 Gelet op deze factoren, de omvang van de ondernemingen en de korte duur van de restrictieve overeenkomst was de Commissie van oordeel dat het in de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak evenredig en in termen van afschrikking voldoende was dat een klein percentage van de waarde van de verkopen in aanmerking werd genomen voor de berekening van het basisbedrag van de geldboeten. De Commissie was dan ook van mening dat het in aanmerking te nemen percentage van de waarde van de verkopen 2 % voor de beide betrokken ondernemingen moest zijn (overweging 493 van het bestreden besluit). Het percentage van de waarde van de verkopen dat voor elk van de ondernemingen is gekozen, is vermenigvuldigd met de coëfficiënt die voor de duur in aanmerking is genomen, namelijk 0,33, hetgeen overeenstemt met vier maanden van een volledig jaar.

214 De Commissie is van de aldus berekende bedragen uitgegaan als uiteindelijke basisbedragen, zodat moet worden vastgesteld dat zij in casu geen vast bedrag voor afschrikkende werking (leergeld) heeft toegevoegd, zoals is voorzien in punt 25 van de richtsnoeren (zie punt 202 hierboven), hetgeen zij overigens ook heeft bevestigd ter terechtzitting.

215 Wat de aanpassing van het basisbedrag betreft, heeft de Commissie gemeend dat in de onderhavige zaak niet van verzwarende omstandigheden kon worden uitgegaan (overweging 496 van het bestreden besluit).

216 Voorts heeft de Commissie eraan herinnerd dat de partijen hadden beslist om het beding op 4 februari 2011 te schrappen, waardoor een einde is gekomen aan het mededingingsverstorende gedrag in kwestie. Gelet op het feit dat aan het beding een einde is gekomen na slechts 16 dagen nadat de Commissie de procedure had ingeleid en 30 dagen nadat de Commissie het eerste verzoek om inlichtingen aan de partijen had gezonden en het beding niet geheim was, meende de Commissie dat moest worden geoordeeld dat deze schrapping een verzachtende omstandigheid was die op de beide partijen moesten worden toegepast (overweging 500 van het bestreden besluit).

217 Gelet op deze omstandigheden was de Commissie van oordeel dat het aan de partijen op te leggen basisbedrag van de geldboete met 20 % moest worden verlaagd (overweging 501 van het bestreden besluit). Voorts heeft zij alle argumenten die de partijen hadden aangevoerd om andere verzachtende omstandigheden in te roepen, verworpen (overwegingen 502-507 van het bestreden besluit).

218 De eindbedragen van de geldboeten zijn daarmee 66 894 400 EUR voor Telefónica en 12 290 400 EUR voor PT.

b) Verkopen die voor de berekening van de geldboete in aanmerking zijn genomen

219 Verzoekster uit kritiek op de conclusies van de Commissie ten aanzien van de werkingssfeer van het beding en geeft te kennen dat het bedrag van de haar opgelegde geldboete moet worden verlaagd, aangezien de uitsluiting van bepaalde activiteiten van die werkingssfeer leidt tot een verlaging van het omzetcijfer dat voor de berekening van de geldboete in aanmerking moet worden genomen. De Commissie is voorbijgegaan aan de uitputtende analyse van de elektronischecommunicatiemarkten in Portugal die verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft gemaakt. Daarbij is zij op een groot deel van de door verzoekster uitgewerkte argumenten niet ingegaan of heeft zij die niet weerlegd.

Motivering

220 Voor zover dit betoog van verzoekster aldus moet worden opgevat dat zij daarmee de kritiek uit dat de Commissie haar motiveringsplicht niet is nagekomen, moet eraan worden herinnerd dat de motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie arrest Elf Aquitaine/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2011:620, punt 147 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijk of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, punt 78 supra, EU:C:1998:154, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

221 Aangaande de omvang van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van een geldboete die wegens schending van de mededingingsregels van Unie wordt opgelegd, dient eraan te worden herinnerd dat artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat „bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete [...] zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening [wordt] gehouden". In dat verband bevatten de richtsnoeren en de mededeling betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2006, C 298, blz. 17), regels die aangeven welke factoren de Commissie in aanmerking neemt bij de beoordeling van de ernst en de duur van de inbreuk (zie in die zin arrest van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr., EU:T:2003:193, punt 217 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

222 In die omstandigheden wordt aan de eisen van het wezenlijke vormvoorschrift van de motivering voldaan, wanneer de Commissie in haar besluit de factoren aangeeft die zij overeenkomstig de richtsnoeren en, in voorkomend geval, de mededeling betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken in aanmerking heeft genomen en op basis waarvan zij de ernst en de duur van de inbreuk heeft kunnen beoordelen voor de berekening van het bedrag van de geldboete (zie in die zin arrest Cheil Jedang/Commissie, punt 221 supra, EU:T:2003:193, punt 218).

223 In de onderhavige zaak heeft de Commissie in de onderdelen 5 en 6.3.3.2 van het bestreden besluit, en meer in het bijzonder in de overwegingen 153, 184, 185 en 278 daarvan, aangegeven dat de partijen op zijn minst als potentiële concurrenten moesten worden beschouwd op alle markten voor elektronischecommunicatie- en televisiediensten in Spanje en Portugal, dat hun argumenten waarmee zij trachtten bepaalde activiteiten van de werkingssfeer van het beding uit te sluiten, niet konden slagen en dat, gezien de afwijzing van de argumenten van de partijen ten aanzien van het bestaan van potentiële concurrentie tussen hen en gelet op de werkingssfeer van het beding, geen gedetailleerde analyse nodig was om voor elke specifieke markt na te gaan of de partijen potentiële concurrenten waren met het oog op de beoordeling of de overeenkomst als een mededingingsbeperking naar strekking moest worden beschouwd. Vervolgens heeft de Commissie in overweging 482 van het bestreden besluit, onder het opschrift „Waarde van de verkopen", opgemerkt dat zij van oordeel was dat het niet-concurrentiebeding van toepassing was op alle soorten elektronischecommunicatie- en televisiediensten, met uitzondering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, zodat alle diensten die in Spanje of Portugal werden geleverd en vast bestanddeel waren van de markten die in onderdeel 5.3 waren geïnventariseerd, met uitzondering van de markt van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, direct of indirect verband hielden met de inbreuk.

224 Hieruit volgt dat de Commissie voldoende toelichtingen heeft gegeven ten aanzien van de manier waarop zij de in aanmerking te nemen waarde van de verkopen heeft bepaald met het oog op de berekening van de geldboete en de redenen waarom zij van mening was dat geen onderzoek hoefde te worden verricht naar elk van de diensten ten aanzien waarvan verzoekster om uitsluiting van de

berekening van de geldboete had gevraagd in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Voor zover verzoeksters betoog aldus moet worden opgevat dat het is ontleend aan niet-inachtneming van de motiveringsplicht, moet dit dus worden verworpen.

Ten gronde

225 Verzoekster geeft te kennen dat de waarde van bepaalde verkopen moet worden uitgesloten van de boeteberekening, namelijk de verkopen die zijn gerealiseerd op de markten waarop partijen geen potentiële concurrenten van elkaar zijn, de verkopen in verband met bestaande activiteiten en de verkopen die buiten het Iberische schiereiland zijn gerealiseerd.

– Verkopen in verband met activiteiten waarvoor geen concurrentie kan bestaan

226 Wat betreft de verkopen die zijn gerealiseerd op markten of met diensten waarvoor volgens verzoekster geen potentiële concurrentie kan bestaan, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 478 van het bestreden besluit heeft verwezen naar punt 12 van de richtsnoeren, waarin is neergelegd dat het basisbedrag wordt bepaald onder verwijzing naar de waarde van de verkochte goederen of diensten overeenkomstig de daaropvolgende methode. In die overweging heeft de Commissie voorts uitgelegd dat bij de vaststelling van het basisbedrag van de op te leggen boete zal worden uitgegaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de Europese Unie verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk. In overweging 482 van het bestreden besluit (zie punt 208 hierboven) heeft de Commissie daaraan toegevoegd dat zij het niet-concurrentiebeding toepasselijk achtte op alle soorten diensten op het gebied van de elektronische communicatie alsook televisiediensten, met uitzondering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, zodat alle in Spanje en Portugal geleverde diensten die een vast bestanddeel waren van de markten die zijn opgesomd in onderdeel 5.3, met uitzondering van mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, rechtstreeks of indirect verband hielden met de inbreuk.

227 Ter terechtzitting heeft de Commissie in antwoord op de vragen van het Gerecht uitgelegd dat zij, gezien de zeer ruime werkingssfeer van het beding, met het oog op de bepaling van de voor de boeteberekening in aanmerking te nemen waarde van de verkopen niet hoefde te onderzoeken of er voor elk van de door verzoekster aangevoerde diensten potentiële concurrentie tussen de partijen bestond. In het kader van een inbreuk naar strekking als die in de onderhavige zaak, waarvoor een dergelijke oefening niet vereist is om de inbreuk aan te tonen, kan een dergelijke oefening zich evenmin opdringen voor de bepaling van het bedrag van de geldboete.

228 Dit betoog kan niet slagen.

229 Het beding was volgens de bewoordingen ervan immers van toepassing op „enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten, maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt”. Bovendien heeft de Commissie voor de boeteberekening gebruikgemaakt van de waarde van de verkopen in verband met de activiteiten die volgens haar binnen de werkingssfeer van het beding vielen, met uitsluiting van de verkopen in verband met bestaande activiteiten, wat in overeenstemming is met de bewoordingen van het beding, die deze activiteiten van de werkingssfeer uitsluiten. De verkopen in verband met de activiteiten waarvoor niet met de andere partij kon worden geconcurreerd in de periode waarin het beding van toepassing was, die volgens de bewoordingen ervan eveneens van de werkingssfeer van het beding waren uitgesloten, moeten derhalve ook worden uitgesloten met het oog op de boeteberekening.

230 Hieruit volgt dat, ook wanneer de Commissie niet voor elk van de door verzoekster aangevoerde diensten de potentiële concurrentie hoefde te onderzoeken om de inbreuk vast te stellen (zie punten 169-188 hierboven), zij niettemin had moeten onderzoeken of verzoekster terecht kon aanvoeren dat de waarde van de verkopen in verband met de betrokken diensten van de boeteberekening moest worden uitgesloten wegens het ontbreken van potentiële concurrentie voor deze diensten tussen de partijen.

231 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de Commissie in elk concreet geval – gelet op de context ervan en de doelen van de bij verordening nr. 1/2003 ingestelde sanctieregeling – moet beoordelen wat de gezochte weerslag op de betrokken onderneming is, met name door rekening te houden met een omzet die de werkelijke economische situatie van die onderneming in het tijdvak waarin de inbreuk is begaan, weergeeft (arresten van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie, C-76/06 P, Jurispr., EU:C:2007:326, punt 25; van 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, C-580/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2363, punt 53, en van 23 april 2015, LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, C-227/14 P, Jurispr., EU:C:2015:258, punt 49).

232 Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete mag rekening worden houden met zowel de totale omzet van de onderneming, die een – zij het approximatieve en onvolledige – aanwijzing van de omvang en economische macht vormt, als het deel van de omzet dat is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, en dat dus een aanwijzing kan geven omtrent de omvang van de inbreuk (arresten van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr., EU:C:1983:158, punt 121; Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2014:2363, punt 54, en LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2015:258, punt 50).

233 Artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 laat de Commissie weliswaar een beoordelingsmarge, maar beperkt het gebruik daarvan door de invoering van objectieve criteria waaraan de Commissie zich moet houden. Zo geldt een absolute en becijferbare bovengrens voor de mogelijke geldboete, zodat de maximumboete die aan een gegeven onderneming kan worden opgelegd, vooraf kan worden bepaald. De uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid wordt ook beperkt door de gedragsregels die de Commissie zichzelf heeft opgelegd, met name in de richtsnoeren (arresten Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2014:2363, punt 55, en LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2015:258, punt 51).

234 Indien de Commissie het basisbedrag van de geldboete dus overeenkomstig de methode in de richtsnoeren vaststelt, zoals in de onderhavige zaak, dient zij zich aan die methode te houden.

235 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat in punt 13 van de richtsnoeren is bepaald dat de Commissie „om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal [...] uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk”. Diezelfde richtsnoeren preciseren in punt 6 dat „de combinatie van de waarde van de verkopen in verband met de inbreuk en de duur van de inbreuk derhalve als een geschikte maatstaf [wordt] beschouwd waarin zowel de economische impact van de inbreuk tot uiting komt als het relatieve gewicht van elke onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen”.

236 Daarnaast volgt uit de rechtspraak dat het gedeelte van de omzet dat betrekking heeft op de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, een correcte aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk op de betrokken markt, aangezien de omzet die is behaald met de producten die het voorwerp waren van concurrentiebeperkende gedragingen, als objectieve maatstaf de schadelijkheid van deze gedragingen voor de normale mededinging correct weergeeft (zie in die zin arresten

Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 232 supra, EU:C:1983:158, punt 121; van 11 maart 1999, British Steel/Commissie, T-151/94, Jurispr., EU:T:1999:52, punt 643, en van 8 juli 2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium/Commissie, T-50/03, EU:T:2008:252, punt 84).

237 Met punt 13 van de richtsnoeren wordt dus beoogd dat als uitgangspunt voor de berekening van de aan een onderneming op te leggen geldboete, een bedrag wordt genomen dat de economische impact van de inbreuk en het relatieve aandeel van deze onderneming daarin weerspiegelt (arresten van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, EU:C:2013:464, punt 76; Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2014:2363, punt 57, en LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2015:258, punt 53).

238 Het in dit punt 13 bedoelde begrip waarde van de verkopen omvat dus de verkopen die binnen de EER zijn gerealiseerd op de markt waarop de inbreuk betrekking heeft, zonder dat hoeft te worden bepaald of deze verkopen daadwerkelijk door die inbreuk zijn beïnvloed. Het deel van de omzet dat afkomstig is uit de verkoop van de producten waarop de inbreuk betrekking heeft, is immers het meest geschikt om de economische impact van deze inbreuk tot uiting te brengen (zie in die zin arresten Team Relocations e.a./Commissie, punt 237 supra, EU:C:2013:464, punten 75-78; Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2014:2363, punten 57-59; van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, Jurispr., EU:C:2015:184, punten 148 en 149, en LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, punt 231 supra, EU:C:2015:258, punten 53 -58 en 64).

239 Hoewel het juist is dat aan de door deze bepaling nagestreefde doelstelling afbreuk zou worden gedaan indien het daarin bedoelde begrip verkopen aldus zou moeten worden uitgelegd dat het enkel ziet op de omzet die is gerealiseerd met verkopen waarvan is aangetoond dat zij daadwerkelijk door het verweten kartel beïnvloed zijn, kan dit begrip evenwel niet zodanig ruim worden opgevat dat het ook de verkopen van de onderneming in kwestie omvat die niet binnen de reikwijdte van dat kartel vallen (zie in die zin arresten Team Relocations e.a./Commissie, punt 237 supra, EU:C:2013:464, punt 76, en Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, punt 238 supra, EU:C:2015:184, punt 148).

240 In die context moet worden opgemerkt dat van de Commissie inderdaad niet kan worden verlangd dat zij in geval van een mededingingsbeperking naar strekking zoals in casu, ambtshalve de potentiële concurrentie onderzoekt op alle markten en diensten die met de werkingssfeer van de inbreuk in verband staan, omdat zij anders van de hierboven in de punten 175, 176 en 178 aangehaalde beginselen in de rechtspraak zou afwijken en via de bepaling van de voor de boeteberekening in aanmerking te nemen waarde van de verkopen een verplichting zou worden ingevoerd om de potentiële concurrentie te onderzoeken terwijl een dergelijke oefening niet vereist is in geval van een mededingingsbeperking naar strekking (zie punt 177 hierboven). Het Hof heeft in dat verband in een casus die viel onder de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 respectievelijk artikel 65, lid 5, [KS] worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3), geoordeeld dat in geval van een inbreuk die in een verdeling van markten bestaat, een uitlegging die tot gevolg zou hebben dat de Commissie met betrekking tot de berekeningsmethode voor geldboeten een verplichting werd opgelegd die zij voor de toepassing van artikel 101 VWEU niet heeft wanneer de betrokken inbreuk een mededingingsverstorende strekking heeft, niet kan worden aanvaard (arrest Prym en Prym Consumer/Commissie, punt 196 supra, EU:C:2009:505, punt 64).

241 De in de onderhavige zaak gekozen oplossing bestaat er niet in dat in het kader van de boetebepaling aan de Commissie een verplichting wordt opgelegd waaraan zij voor de toepassing van artikel 101 VWEU niet gehouden is in geval van een inbreuk met een mededingingsverstorende strekking, maar om gevolgen te verbinden aan het feit dat de waarde van de verkopen rechtstreeks of indirect verband moet houden met de inbreuk in de zin van punt 13 van de richtsnoeren en niet verkopen kan omvatten die direct noch indirect vallen binnen de reikwijdte van de inbreuk waarvoor een sanctie is

opgelegd (zie de hierboven in punt 239 aangehaalde rechtspraak). Zodra de Commissie er dus voor kiest om zich voor de boetebepaling te baseren op de waarde van de verkopen die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk, moet zij die waarde nauwkeurig bepalen.

242 In dat verband moet erop worden gewezen dat de Commissie in de onderhavige zaak, gezien de bewoordingen van het beding – die uitdrukkelijk verwijzen naar „enigerlei project in de telecommunicatiesector (inclusief vaste en mobiele diensten, internettoegang en televisiediensten, maar exclusief investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht) dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt" – en gezien het feit dat verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar feitelijke gegevens had aangevoerd om aan te tonen dat de waarde van de verkopen van bepaalde met name genoemde diensten met het oog op de boeteberekening moesten worden uitgesloten wegens het ontbreken van enige concurrentie tussen de partijen, deze gegevens had moeten onderzoeken ten behoeve van de bepaling van de waarde van de door de onderneming gerealiseerde verkopen van goederen of diensten die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk.

243 Daar waar de verkopen die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk, in de onderhavige zaak de verkopen zijn die zijn behaald met de diensten die binnen de werkingssfeer van het beding vallen, namelijk enigerlei project in de telecommunicatiesector dat kan worden beschouwd als concurrerend met de andere partij op de Iberische markt, met uitsluiting van bestaande activiteiten, had de Commissie ten behoeve van de bepaling van de waarde van de verkopen moeten nagaan voor welke diensten de partijen geen potentiële concurrenten van elkaar waren op de Iberische markt, door de gegevens te onderzoeken die zij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden aangevoerd om aan te tonen dat er voor bepaalde diensten geen potentiële concurrentie tussen hen was in de periode waarin het beding van toepassing was. Slechts op basis van een dergelijke feitelijke en juridische analyse had kunnen worden bepaald welke de verkopen waren die rechtstreeks of indirect verband hielden met de inbreuk, waarvan de waarde als uitgangspunt had moeten dienen voor de berekening van het basisbedrag van de geldboete.

244 Daarmee slaagt verzoeksters betoog dat de Commissie op basis van de door verzoekster aangevoerde gegevens over het ontbreken van potentiële concurrentie tussen Telefónica en PT voor bepaalde diensten had moeten bepalen wat de waarde was van de verkopen die rechtstreeks of indirect verband hielden met de inbreuk, zodat artikel 2 van het bestreden besluit nietig moet worden verklaard, doch uitsluitend voor zover het bedrag van de geldboete is vastgesteld op basis van de waarde van de verkopen waarvan de Commissie is uitgegaan.

245 In de tweede plaats moet eraan worden herinnerd dat het stelsel van de rechterlijke toetsing van de besluiten van de Commissie in procedures op grond van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU bestaat in een in artikel 263 VWEU vastgesteld wettigheidstoezicht op handelingen van de instellingen dat krachtens artikel 261 VWEU en op vraag van de verzoekende partijen kan worden vervolledigd met de uitoefening van volledige rechtsmacht door het Gerecht wat de door de Commissie op dit gebied opgelegde sancties betreft (arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2062, punt 42). In dat verband moet erop worden gewezen dat de in de onderhavige zaak constateerde onwettigheid betrekking heeft op de waarde van de verkopen die in aanmerking is genomen voor de bepaling van het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete, en dus de grondslag voor de berekening ervan zelve.

246 In die context is het dienstig om er nogmaals aan te herinneren dat de Commissie in overweging 482 van het bestreden besluit geen analyse heeft gemaakt van de potentiële concurrentie tussen de partijen voor de door verzoekster aangevoerde diensten. Bovendien heeft de Commissie in antwoord op de vragen van het Gerecht tijdens de terechtzitting waarmee van de Commissie antwoorden moesten worden verkregen op de argumenten van verzoekster ten aanzien van het vermeende ontbreken van potentiële concurrentie tussen Telefónica en PT voor bepaalde diensten in Portugal, slechts haar

standpunt herhaald dat zij de potentiële concurrentie tussen de partijen niet hoefde te analyseren ten behoeve van de bepaling van het boetebedrag en er bovendien genoegen mee heeft genomen om op alle argumenten van verzoekster te antwoorden met de stelling dat Telefónica een potentiële concurrent van PT voor de betrokken diensten was, aangezien zij aan aanbestedingen had kunnen deelnemen of een bestaande aanbieder had kunnen verwerven.

247 Uit een en ander volgt dat het Gerecht in de onderhavige zaak over onvoldoende gegevens beschikt om het eindbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete te bepalen.

248 Hoewel het juist is dat de volledige rechtsmacht waarover het Gerecht krachtens artikel 31 van verordening nr. 1/2003 beschikt, verder gaat dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie en hem de mogelijkheid biedt om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie, heeft de Commissie in de onderhavige zaak evenwel ten behoeve van de bepaling van de voor de boeteberekening in aanmerking te nemen waarde van de verkopen niet de gegevens onderzocht die verzoekster had aangevoerd om aan te tonen dat er voor bepaalde diensten geen potentiële concurrentie tussen de partijen was. Indien het Gerecht de waarde van de verkopen zou moeten bepalen, zou het dus een lacune in de instructie van het dossier moeten opvullen.

249 De uitoefening van de volledige rechtsmacht kan echter niet zover strekken dat het Gerecht tot een dergelijke instructie zou moeten overgaan, die verder gaat dan zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de Commissie te stellen, aangezien de beoordeling van het Gerecht de enige en eerste beoordeling zou zijn van de gegevens die de Commissie in aanmerking had moeten nemen voor de bepaling van de waarde van de verkopen die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk in de zin van punt 13 van de richtsnoeren, waarvan de analyse aan de Commissie toekomt.

250 Hieruit volgt dat het in de onderhavige zaak niet op zijn plaats is om de volledige rechtsmacht van het Gerecht uit te oefenen, zodat het aan de Commissie staat om bij de uitvoering van het onderhavige arrest alle gevolgen aan de geconstateerde onwettigheid te verbinden en zich opnieuw uit te spreken over de vaststelling van het bedrag van de geldboete. Voor het overige is het Gerecht van oordeel dat ook de overige middelen met betrekking tot het bedrag van de geldboete moeten worden onderzocht.

– Verkopen in verband met bestaande activiteiten

251 Verzoekster geeft te kennen dat de verkopen in verband met bestaande activiteiten overeenkomstig de bewoordingen van het beding moeten worden uitgesloten van de boeteberekening.

252 In de eerste plaats moet eraan worden herinnerd dat uit de overwegingen 482 en 483 van het bestreden besluit volgt dat de waarde van de verkopen in verband met mondiale telecommunicatiediensten en de wholesalelevering van internationale carrierdiensten, waarvoor partijen daadwerkelijke concurrenten van elkaar waren op de datum van ondertekening van de overeenkomst, niet in aanmerking is genomen voor de berekening van de geldboete.

253 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de waarde van de verkopen in verband met de diensten van PT die met de door Zon geleverde diensten overeenstemmen, namelijk vaste telefonie, breedbandinternet en betaaltelevisie, van de werkingssfeer van het beding moet worden uitgesloten, omdat de door Zon geleverde diensten, gezien het feit dat Telefónica aandelen had in deze met PT concurrerende vennootschap die actief is in de sector van de elektronische communicatie (zie punt 7 hierboven), vielen binnen de categorie „investeringen of activiteiten die op de datum van deze overeenkomst reeds worden aangehouden of verricht” (zie punt 1 hierboven), die van de werkingssfeer van het beding was uitgesloten.

254 Verzoekster merkt ten eerste op dat het bestreden besluit weinig of geen verduidelijking bevat ten aanzien van de verwijten aan het adres van de adressaten ervan en dat de Commissie wat de deelneming van Telefónica in het kapitaal van Zon betreft en de invloed die zij daardoor heeft kunnen

hebben, slechts de stelling herhaalt dat deze deelneming aan Telefónica geen enkele zeggenschap verleende. Voor zover deze opmerking aldus moet worden opgevat dat daarmee wordt gesteld dat de Commissie haar motiveringsplicht niet is nagekomen, moet die stelling worden verworpen.

255 Het blijkt namelijk dat de Commissie heeft geantwoord op de argumenten van partijen betreffende de uitsluiting van de diensten van Zon van de werkingssfeer van het beding, door te preciseren dat zij niet de stelling kon aanvaarden dat de activiteiten van Zon van de werkingssfeer van het beding moesten worden uitgesloten, op grond dat de partijen, zo zij hadden willen aantonen dat zij in Portugal met elkaar concurreerden via de deelneming van Telefónica in Zon, hadden moeten aantonen dat Telefónica zeggenschap uitoefende over de activiteiten van deze aanbieder, hetgeen zij niet hebben gedaan, terwijl uit de jaarrekening van 2011 blijkt dat Telefónica deze Portugese aanbieder niet controleerde. Daarmee heeft de Commissie duidelijk uiteengezet waarom zij van oordeel was dat de activiteiten van Zon niet van de werkingssfeer van het beding mochten worden uitgesloten en waarom zij tot de conclusie was gekomen dat Telefónica geen zeggenschap over die onderneming uitoefende, zodat haar geen niet-nakoming van de motiveringsplicht kan worden verweten.

256 Op dat punt heeft de Commissie in de overwegingen 156 tot en met 164 van het bestreden besluit nog toegelicht dat indien de activiteiten van een onderneming waarin een van de partijen aandelen had maar daarover geen zeggenschap had, relevant waren voor de bepaling van werkingssfeer van het beding, daarin dan zou zijn aangegeven dat het de bedoeling was dat het ook zou worden toegepast op de activiteiten van de ondernemingen waarover partijen geen zeggenschap hadden. Indien dergelijke activiteiten relevant waren voor de bepaling van de werkingssfeer van het beding, hadden zij dat bovendien ook moeten zijn voor de naleving van het daarin bepaalde, zodat het opstarten van een verboden activiteit door een niet-gecontroleerde onderneming waarin een van de partijen een minderheidsdeelneming had, schending van het beding zou hebben betekend. De Commissie heeft over dit punt verder verklaard dat de partijen niet kunnen beweren dat zij om het even welke verplichting in naam en voor rekening van de ondernemingen waarin zij een minderheidsdeelneming hadden maar die zij niet controleerden, zijn overeengekomen, aangezien zij niet konden garanderen dat een dergelijke verplichting ook zou worden nageleefd. Om van de werkingssfeer van het beding te zijn uitgesloten, moest een activiteit dus direct door een van de partijen of indirect door een van de door hen gecontroleerde ondernemingen worden verricht.

257 Wat ten tweede deze kwestie ten gronde betreft, bestrijdt verzoekster noch het betoog dat zojuist is uiteengezet noch de vaststelling van de Commissie dat Telefónica in de relevante periode slechts een minderheidsdeelneming in Zon (5,46 %) had (overweging 19 van het bestreden besluit) en deze vennootschap dus niet controleerde, zodat de door Zon geleverde diensten niet kunnen worden geacht door Telefónica geleverde diensten te zijn en dus als diensten waarvoor Telefónica en PT met elkaar concurreerden, die daarmee moesten worden uitgesloten van de werkingssfeer van het beding. Hieruit volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond waarom de door Zon geleverde diensten, ondanks het feit dat Telefónica slechts een minderheidsdeelneming in die vennootschap had, moesten worden beschouwd als door Telefónica geleverde diensten, die derhalve van de werkingssfeer van het beding waren uitgesloten. In die omstandigheden moet haar betoog worden verworpen.

– Verkopen in verband met activiteiten die buiten het Iberisch schiereiland zijn verricht

258 Verzoekster bestrijdt de geografische werkingssfeer van het beding zoals die door de Commissie is bepaald. Daarbij voert zij aan dat, daar waar de overeenkomst uitdrukkelijk verwijst naar de Iberische markt en niet naar Portugal en Spanje, de conclusie moet luiden dat de partijen hebben willen verwijzen naar de gebieden waaruit het Iberisch schiereiland bestaat en niet de gebieden waaruit het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek bestaan. Volgens verzoekster moeten derhalve de gebieden die overeenstemmen met de autonome regio's Azoren en Madeira, die in 2011 een omzet van 36 992 000 EUR respectievelijk 23 492 000 EUR vertegenwoordigden, van de geografische werkingssfeer van het beding worden uitgesloten, zodat de voor de boeteberekening in aanmerking genomen waarde van de verkopen van PT en dus ook het bedrag van de geldboete moeten worden aangepast.

259 Deze stelling kan niet worden aanvaard. Anders dan verzoekster stelt, verwijst de tekst van het beding niet letterlijk naar het „Iberische schiereiland", maar naar de „Iberische markt". Het blijkt dat de verwijzing naar de „Iberische markt" niet in strikt geografische zin moet worden opgevat als een verwijzing naar alleen het Iberische schiereiland, maar als een verwijzing naar de markten in Spanje en Portugal, die de markten op hun grondgebied buiten het Iberische schiereiland omvatten. Er zijn geen aanwijzingen en verzoekster voert ook geen argumenten aan om aan te tonen dat het grondgebied van deze Staten dat zich buiten het Iberische schiereiland bevindt, van de werkingssfeer van het beding was uitgesloten.

260 Opgemerkt moet namelijk worden dat verzoekster slechts kritiek uit ten aanzien van de uitlegging van de geografische werkingssfeer van het beding waar de Commissie van is uitgegaan, maar geen argument aanvoert waarmee moet worden afgedaan aan de conclusies van de Commissie ten aanzien van de geografische werkingssfeer van het beding in de overwegingen 175 tot en met 182 van het bestreden besluit. In die omstandigheden kunnen deze stellingen niet slagen.

261 Uit een en ander volgt dat het verzoeksters betoog inzake de voor de boeteberekening in aanmerking genomen verkopen slaagt voor zover de Commissie ten behoeve van de bepaling van de waarde van verzoeksters verkopen die voor de boeteberekening in aanmerking moest worden genomen, verzoeksters argumenten had moeten onderzoeken waarmee zij wilde aantonen dat er voor bepaalde diensten geen potentiële concurrentie tussen Telefónica en PT was (zie punten 226-250 hierboven) en verworpen moet worden voor het overige.

c) Duur van de inbreuk

262 Verzoekster geeft te kennen dat de Commissie de duur van de inbreuk op onjuiste wijze heeft bepaald, aangezien de verplichting om zich van concurrentie te onthouden geen effecten kon sorteren voordat die bevestigd was, zodat zij niet kon worden gekwalificeerd als beperking naar strekking waarvan het noodzakelijkerwijs de bedoeling was dat die vanaf de datum van inwerkingtreding ervan van toepassing was, namelijk de closingdatum 27 september 2010, en dat, zelfs wanneer voorbij zou worden gegaan aan de uitdrukkelijke voorwaarde dat die voorafgaand moest worden bevestigd, de niet-concurrentieovereenkomst hoe dan ook op 29 oktober 2010 is vervallen, als gevolg van de conclusies waartoe de telefoonconferenties op 26 en 29 oktober 2010 hadden geleid.

263 Er dient aan te worden herinnerd dat de duur van de inbreuk volgens artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 een van de factoren is waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete die moet worden opgelegd aan ondernemingen die inbreuk hebben gemaakt op de mededingingsregels.

264 Zoals voorts is aangegeven in punt 202 hierboven, is in punt 24 van de richtsnoeren bepaald dat, om ten volle rekening te houden met de duur van de deelname van elke onderneming aan de inbreuk, het bedrag dat op basis van de waarde van de verkopen is vastgesteld, wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen en dat perioden van minder dan zes maanden als een half jaar worden geteld, terwijl perioden van meer dan zes maanden maar minder dan een jaar als een volledig jaar worden geteld.

265 Zoals reeds is aangegeven in punt 51 hierboven, is de Commissie wat de duur van de inbreuk in de onderhavige zaak betreft in de overwegingen 454 tot en met 465 van het bestreden besluit tot de conclusie gekomen dat die samenvalt met de periode van de closing, te weten 27 september 2010 (zie punt 25 hierboven), tot de datum waarop het beding is ontbonden, te weten 4 februari 2011 (zie punt 29 hierboven).

266 Met de onderhavige grief bestrijdt verzoekster in essentie de rechtmatigheid van het bestreden besluit voor zover daarin is vastgesteld dat de inbreuk heeft geduurd vanaf de closing op 27 september 2010 tot 4 februari 2011, zoals blijkt uit artikel 1 van het dispositief. Bijgevolg is de constatering gerechtvaardigd dat verzoekster met dit middel inzake de duur niet alleen verlaging van de geldboete beoogt, maar ook gedeeltelijke nietigverklaring van het bestreden besluit, met name van artikel 1 van het dispositief, omdat de Commissie daarin ten onrechte zou hebben vastgesteld dat de inbreuk 27 september 2010 tot 4 februari 2011 heeft geduurd.

267 Vastgesteld moet worden dat zij geen aanvullende gegevens aanvoert over specifiek de duur van de inbreuk en slechts verwijst naar de kritiek die reeds is geuit in de context van haar middel inzake schending van artikel 101 VWEU en van de uitvoeringsbepalingen daarbij, die reeds in dat kader is onderzocht en verworpen (zie punten 122-161 hierboven). Daar waar verzoekster er niet in is geslaagd om aan te tonen dat de verplichting om zich van concurrentie te onthouden onderworpen was aan een verplichting tot zelfonderzoek en ook niet dat de audioconferenties van oktober 2010 hadden geleid tot intrekking van het beding, moet haar verzoek om de voor de boeteberekening in aanmerking genomen duur van de inbreuk te verkorten, worden afgewezen.

d) Eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel

268 Verzoekster stelt dat bij de vaststelling van het bedrag van de haar in casu opgelegde geldboete het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

269 De Commissie voert een middel van niet-ontvankelijkheid aan, waarbij zij betoogt dat dit vermeende middel tot nietigverklaring niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat verzoekster zich in de drie regels van het verzoekschrift die hieraan zijn gewijd, beperkt tot de kritiek dat „zij, alles wel beschouwd, ervan overtuigd is dat de Commissie, gelet op alle omstandigheden van de zaak en de criteria die moeten worden gevolgd bij het opleggen van geldboeten, het evenredigheidsbeginsel niet in acht heeft genomen”.

270 In de eerste plaats dient eraan te worden herinnerd dat artikel 44, lid 1, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991, zoals reeds is opgemerkt in de punten 68 en volgende hierboven, bepaalt dat elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten en dat deze aanduiding voldoende duidelijk en nauwkeurig moet zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden, en om het Gerecht in staat te stellen uitspraak te doen op het beroep, in voorkomend geval zonder nadere gegevens. Teneinde de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is het voorts noodzakelijk dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken (zie beschikking TF1/Commissie, punt 70 supra, EU:T:2008:155, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

271 Geconstateerd moet worden dat de uiteenzetting van het vermeende middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel door verzoekster in het kader van het onderhavige beroep niet voldoet aan de zojuist benoemde vereisten, zodat het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid gegrond blijkt te zijn en het vermeende middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

272 In de tweede plaats moet erop worden gewezen dat het wettigheidstoezicht in het mededingingsrecht van de Unie wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 17 van verordening nr. 17 werd verleend en die thans is neergelegd in artikel 31 van verordening nr. 1/2003, overeenkomstig artikel 261 VWEU. Deze bevoegdheid gaat verder dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie en biedt de rechter de mogelijkheid om

zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en derhalve de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (zie arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, Jurispr., EU:C:2011:815, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

273 Benadrukt moet echter worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht. Voorts zij eraan herinnerd dat de procedure voor de Unierechters op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals de omstandigheid dat de betrokken beslissing niet is gemotiveerd, staat het aan de verzoeker middelen tegen deze beslissing aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen (arrest Chalkor/Commissie, punt 272 supra, EU:C:2011:815, punt 64).

274 Dat procedurevoorschrift is niet in strijd met de regel dat het bij inbreuken op de mededingingsregels aan de Commissie staat de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die rechtens afdoende bewijzen dat de feiten die een inbreuk vormen, bestaan. Aan een verzoeker wordt in het kader van een beroep in rechte namelijk gevraagd de bestreden elementen van de bestreden beslissing aan te duiden, grieven daarover te formuleren en, eventueel aan de hand van ernstige aanwijzingen, te bewijzen dat zijn grieven gegrond zijn (arrest Chalkor/Commissie, punt 272 supra, EU:C:2011:815, punt 65).

275 Dat geen ambtshalve toezicht op de gehele bestreden beslissing wordt uitgeoefend, is niet in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Om dit beginsel in acht te nemen, is het niet noodzakelijk dat het Gerecht, dat uiteraard de aangevoerde middelen moet beantwoorden en een toezicht in rechte en in feite moet uitoefenen, verplicht is het dossier ambtshalve volledig opnieuw te onderzoeken (arrest Chalkor/Commissie, punt 272 supra, EU:C:2011:815, punt 66).

276 Het toezicht waarin de Verdragen voorzien, houdt bijgevolg in dat de Unierechter een toezicht in feite en in rechte uitoefent en dat hij het bewijs kan beoordelen, de betrokken beslissing nietig kan verklaren en de hoogte van de geldboeten kan wijzigen. Bijgevolg blijkt het in artikel 263 VWEU neergelegde wettigheidstoezicht, aangevuld door de bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 voorziene toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht ter zake van de hoogte van de geldboete, niet in strijd te zijn met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (arrest Chalkor/Commissie, punt 272 supra, EU:C:2011:815, punt 67).

277 Uit deze rechtspraak volgt dat, aangezien verzoekster geen argumenten of bewijs ter ondersteuning van haar vermeende middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel heeft aangevoerd, het Gerecht niet gehouden is om ambtshalve, in de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht, te onderzoeken of de Commissie genoemd beginsel in acht heeft genomen bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete.

3. *Verzoek om getuigen te horen*

278 Verzoekster vraagt het Gerecht om als getuige M. R. S. S. N. te horen, die op de datum van sluiting van de overeenkomst en op de datum van de overeenkomst tot intrekking van het beding, directeur van de directie mededinging van PT was.

279 De Commissie geeft te kennen dat dit verzoek moet worden afgewezen op grond dat dit getuigenverhoor niet dienstig en overbodig is, aangezien de verklaring onder ede van M. R. S. S. N. over de feiten waarvan zij wetenschap heeft, reeds in het dossier is opgenomen.

280 Er dient aan te worden herinnerd dat het uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht staat of de gegevens betreffende de voorgelegde zaken waarover het beschikt eventueel aanvulling behoeven (zie beschikking van 10 juni 2010, Thomson Sales Europe/Commissie, C-498/09 P, EU:C:2010:338, punt 138 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

281 Zoals het Hof reeds in een mededingingszaak heeft beslist, staat het, zelfs wanneer een in het verzoekschrift geformuleerd verzoek om getuigen te horen nauwkeurig de feiten aangeeft waarop dit verhoor betrekking dient te hebben, alsmede de redenen die dit verhoor rechtvaardigen, aan het Gerecht om de relevantie van dit verzoek voor het geschil en de noodzaak om die getuigen te horen te beoordelen (zie arrest van 19 december 2013, Siemens/Commissie, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, EU:C:2013:866, punt 323 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

282 Bovendien heeft het Hof aangegeven dat die beoordelingsbevoegdheid van het Gerecht verenigbaar is met het grondrecht op een eerlijk proces en meer in het bijzonder met artikel 6, lid 3, onder d), van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Blijkens de rechtspraak van het Hof verleent deze bepaling degene tegen wie een vervolging is ingesteld, namelijk geen absoluut recht om getuigen voor de rechter te doen verschijnen, en staat het in beginsel aan de rechter om te beslissen of oproeping van een getuige nodig of opportuun is. Artikel 6, lid 3, EVRM schrijft niet de oproeping van alle getuigen voor, maar strekt tot de volledige gelijkwaardigheid van procedurele rechten, die verzekert dat degene tegen wie een vervolging is ingesteld, in de litigieuze procedure in haar geheel genomen de mogelijkheid heeft gehad om de op hem rustende verdenking naar behoren en voldoende te betwisten (zie arrest Siemens/Commissie, punt 281 supra, EU:C:2013:866, punten 324 en 325 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

283 In dat verband heeft het Gerecht reeds geoordeeld dat het door een verzoekende onderneming ingediende verzoek om getuigenverhoren niet kan worden ingewilligd wanneer de verklaringen die zij via een dergelijk getuigenis voor het Gerecht wenst te verkrijgen, reeds voor de Commissie zijn afgelegd en die van mening was dat zij niet door bewijsstukken worden gestaafd en zelfs door bepaalde gegevens in het dossier worden tegengesproken (zie in die zin arrest van 13 juli 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Commissie, T-144/07, T-147/07–T-150/07 en T-154/07, Jurispr., EU:T:2011:364, punten 152 en 154).

284 Daarnaast moet worden opgemerkt dat een verzoek dat ertoe strekt dat het Gerecht de gegevens waarover het beschikt aanvult, niet ter zake dienend is wanneer zijn besluit, zelfs wanneer het Gerecht een dergelijk verzoek zou inwilligen, daardoor niet anders zou luiden (zie in die zin beschikking Thomson Sales Europe/Commissie, punt 280 supra, EU:C:2010:338, punt 141).

285 Indien het Gerecht op dienstige wijze uitspraak kan doen op basis van de conclusies, middelen en argumenten die in de loop van de schriftelijke en mondelinge behandeling zijn voorgedragen en aan de hand van de overgelegde stukken, dient het door de verzoekende partij gedane verzoek om een getuige te horen te worden afgewezen, zonder dat het Gerecht specifiek hoeft te motiveren waarom het naar zijn oordeel niet dienstig is om aanvullend bewijs te verzamelen (zie in die zin beschikking van 15 september 2005, Marlines/Commissie, C-112/04 P, EU:C:2005:554, punt 39, en arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, Jurispr., EU:T:2009:317, punt 218).

286 Hoewel het juist is dat een partij niet het recht heeft om van de Unierechter te eisen dat hij een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie treft, neemt dit echter niet weg dat de rechter geen gevolgen mag verbinden aan het ontbreken van bepaalde gegevens in het dossier zolang hij niet alle maatregelen in het Reglement voor de procesvoering van de rechterlijke instantie heeft uitgeput om de overlegging ervan door de betrokken partij te verkrijgen (zie beschikking van 8 oktober 2013, Michail/Commissie, T-597/11 P, JurAmbt., EU:T:2013:542, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

287 Aangezien de verklaring van M. R. S. S. N. over de feiten waarvan zij wetenschap heeft, in casu reeds in het dossier is opgenomen, is er geen aanleiding om het door verzoekster gedane verzoek om getuigen te horen in te willigen.

288 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht, zoals reeds is aangegeven in punt 283 hierboven, heeft geoordeeld dat het door een verzoekende onderneming ingediende verzoek om getuigenverhoren niet kan worden ingewilligd wanneer de verklaringen die zij via een dergelijk getuigenis voor het Gerecht wenst te verkrijgen, reeds voor de Commissie zijn afgelegd en die van mening was dat zij niet door bewijsstukken worden gestaafd en zelfs door bepaalde gegevens in het dossier worden tegengesproken.

289 In de onderhavige zaak dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie, zoals is opgemerkt in de punten 149 en 150 hierboven, heeft aangegeven dat zij met de betrokken verklaring rekening heeft gehouden en dat zij die heeft beoordeeld overeenkomstig de beginselen op het gebied van de bewijswaardering. Zo heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat die verklaring was opgesteld door een persoon die direct belang bij de zaak had (overweging 122 van het bestreden besluit) en dat bewijs afgewogen tegen ander beschikbaar bewijs (overwegingen 121, 124 en 308 van het bestreden besluit). De Commissie heeft op geen enkel moment getwijfeld over het feit dat de persoon van wie deze verklaring afkomstig was, zich ook zo heeft uitgedrukt als in deze verklaring is neergelegd.

290 In die omstandigheden moet het verzoek om de auteur van deze verklaring voor het Gerecht te horen worden afgewezen, aangezien het Gerecht genoeg heeft aan de stukken om zich over de audioconferenties van oktober 2010 te kunnen uitspreken (zie in die zin arrest ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Commissie, punt 283 supra, EU:T:2011:364, punten 152 en 154; zie in die zin en naar analogie ook arrest van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr., EU:C:2004:592, punt 77).

291 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door verzoeksters stelling dat het horen van getuigen door het Gerecht op grond van het nabijheids- of onmiddellijkheidsbeginsel een niet te ontkennen meerwaarde heeft ten opzichte van het in aanmerking nemen van een verklaring die schriftelijk is neergelegd. Daar waar de inhoud van die verklaring niet in twijfel wordt getrokken en het slechts gaat om het begrip van dat bewijs in vergelijking met al het andere bewijs, kunnen de door verzoekster ter terechtzitting aangevoerde argumenten niet afdoen aan de vaststelling dat het voor het Gerecht horen van de auteur van de betrokken verklaring overbodig is.

292 Uit bovenstaande overwegingen volgt dat het verzoek om getuigen te horen moet worden afgewezen.

293 Uit een en ander volgt dat verzoeksters betoog inzake de voor de boeteberekening in aanmerking genomen verkopen gedeeltelijk slaagt doordat de Commissie ten behoeve van de bepaling van de waarde van verzoeksters verkopen die voor de boeteberekening in aanmerking moest worden genomen, verzoeksters argumenten had moeten onderzoeken waarmee zij wilde aantonen dat er voor bepaalde diensten geen potentiële concurrentie tussen Telefónica en PT was. Derhalve moet artikel 2 van het bestreden besluit nietig worden verklaard, doch uitsluitend voor zover het bedrag van de geldboete is vastgesteld op basis van de waarde van de verkopen waarvan de Commissie is uitgegaan, en dat het beroep moet worden verworpen voor het overige.

Kosten

294 Volgens artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht draagt elke partij haar eigen kosten, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, kan het Gerecht evenwel beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

295 Aangezien het beroep slechts gedeeltelijk is toegewezen, zal aan de omstandigheden van de zaak recht worden gedaan door te beslissen dat verzoekster drie kwart van haar eigen kosten en een kwart van de kosten van de Commissie zal dragen. De Commissie zal drie kwart van haar eigen kosten en een kwart van verzoeksters kosten dragen.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **Artikel 2 van besluit C(2013) 306 final van de Commissie van 23 januari 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU (zaak COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) wordt nietig verklaard voor zover het bedrag van de aan Portugal Telecom SGPS, SA opgelegde geldboete is vastgesteld op 12 290 000 EUR, aangezien dit bedrag is vastgesteld op basis van de waarde van de verkopen waarvan de Europese Commissie is uitgegaan.**

2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

3) **Portugal Telecom SGPS zal drie kwart van haar eigen kosten en een kwart van de kosten van de Commissie dragen. De Commissie zal drie kwart van haar eigen kosten en een kwart van de kosten van Portugal Telecom SGPS dragen.**

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 juni 2016.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 2

A – Presentatie van PT en Telefónica 2

B – Onderhandelingen over en ondertekening van de overeenkomst 3

C – Feiten die zich na de sluiting van de overeenkomst hebben voorgedaan 5

D – Procedure voor de Commissie 6

Bestreden besluit 7

Procedure en conclusies van partijen 11

In rechte 11

A – Ontvankelijkheid 11

B – Ten gronde 13

1. Conclusies strekkende tot nietigverklaring van het bestreden besluit 13

a) Middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften 13

b) Middel inzake schending van artikel 101 VWEU en de uitvoeringsbepalingen daarbij ... 14

Opmerkingen vooraf 15

Betoog dat het beding verband hield met de koopoptie of met de neerlegging van hun functie door de leden van de raad van bestuur van PT die door Telefónica waren benoemd 16

Betoog dat het beding een verplichting tot zelfonderzoek bevatte 20

Betoog inzake schending van artikel 101 VWEU wegens het verzuim om de voorwaarden voor potentiële concurrentie te onderzoeken 28

Betoog inzake het ontbreken van gevolgen 32

2. Conclusies ten aanzien van het bedrag van de geldboete 33

a) Opmerkingen vooraf 33

Beginselen inzake de berekening van geldboeten 33

Bestreden besluit 37

b) Verkopen die voor de berekening van de geldboete in aanmerking zijn genomen 38

Motivering 39

Ten gronde 40

– Verkopen in verband met activiteiten waarvoor geen concurrentie kan bestaan 40

– Verkopen in verband met bestaande activiteiten 44

– Verkopen in verband met activiteiten die buiten het Iberisch schiereiland zijn verricht 45

c) Duur van de inbreuk 46

d) Eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel 47

3. Verzoek om getuigen te horen 48

Kosten 51