Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (druga izba)

z dnia 28 czerwca 2016 r.*

Konkurencja — Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki — Rynki telekomunikacyjne portugalski i hiszpański — Klauzula o zakazie konkurencji na rynku iberyjskim w umowie dotyczącej nabycia przez Telefónikę należącego do Portugal Telecom udziału w brazylijskim operatorze telefonii mobilnej Vivo — Ochrona prawna „w zakresie dozwolonym przez prawo" — Obowiązek uzasadnienia — Naruszenie ze względu na cel — Ograniczenie akcesoryjne — Potencjalna konkurencja — Naruszenie ze względu na skutki — Obliczanie kwoty grzywny — Wniosek o przesłuchanie świadków

W sprawie T-208/13

Portugal Telecom SGPS, SA, z siedzibą w Lizbonie (Portugalia), reprezentowana przez adwokatów N. Mimosa Ruiza i R. Bordala Junqueira,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej początkowo przez C. Giolita, C. Urracę Caviedesa i T. Christoforou, a następnie przez C. Giolita, C. Urracę Caviedesa i P. Costę de Oliveirę, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokata M. Marquesa Mendesa,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, tytułem głównym, żądanie stwierdzenia nieważności decyzji Komisji C(2013) 306 final z dnia 23 stycznia 2013 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 101 TFUE (sprawa COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom), a tytułem subsydiarnym żądanie obniżenia kwoty grzywny,

SĄD (druga izba),

w składzie: E. Martins Ribeiro (sprawozdawca), prezes, S. Gervasoni i L. Madise, sędziowie,

sekretarz: J. Palacio González, główny administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 maja 2015 r.,

wydaje następujący

* Język postępowania: portugalski.

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 U podstaw niniejszego sporu, odnoszącego się do decyzji Komisji C(2013) 306 final z dnia 23 stycznia 2013 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 101 TFUE (sprawa COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją"), znajduje się klauzula (zwana dalej „klauzulą") zawarta w art. 9 umowy o nabyciu akcji (zwanej dalej „umową") podpisanej przez spółkę Telefónica, SA (zwaną dalej „Telefóniką") i skarżącą Portugal Telecom SGPS, SA (zwaną dalej „PT") w dniu 28 lipca 2010 r., której przedmiotem jest wyłączna kontrola przez Telefónikę nad brazylijskim operatorem sieci ruchomej Vivo Participações, SA (zwanym dalej „Vivo"). Klauzula ma następujące brzmienie (motyw 1 zaskarżonej decyzji):

„Dziewięć – Zakaz konkurencji

W zakresie zgodnym z prawem każda ze stron powstrzymuje się od angażowania się lub inwestowania, bezpośrednio lub pośrednio poprzez podmiot zależny, w jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim w okresie trwającym od daty [ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r.] do dnia 31 grudnia 2011 r.".

2 Komisja Europejska uznała, zgodnie ze swoim wstępnym ustaleniem zawartym w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów z dnia 21 października 2011 r., że ze względu na klauzulę i okoliczności (kontekst ekonomiczny i prawny, w który wpisana jest ta sprawa, i zachowanie stron), klauzula była równoważna z porozumieniem o podziale rynków, którego celem było ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym, z naruszeniem art. 101 TFUE (motywy 2 i 434 zaskarżonej decyzji).

A – *Prezentacja PT i Telefóniki*

3 Grupa Portugal Telecom została utworzona w 1994 r. w wyniku fuzji trzech spółek publicznych i prywatnych w trzech etapach w latach 1995–2000. Po przeprowadzeniu piątego i ostatniego etapu prywatyzacji, w 2000 r., do państwa portugalskiego należało 500 akcji kategorii A (zwanych dalej „akcjami uprzywilejowanymi"), które dawały mu pewne szczególne uprawnienia, w tym prawo weta wobec zmian statutowych i innych ważnych decyzji. W dniu 12 grudnia 2000 r. Portugal Telecom, SA przyjęła strukturę spółki holdingowej i nazwę PT (motywy 21, 22 i 23 zaskarżonej decyzji).

4 PT jest pierwszym operatorem telekomunikacyjnym w Portugalii i jest strategicznie obecna w innych państwach, w szczególności w Brazylii i w Afryce Subsaharyjskiej. W Brazylii główne aktywa PT stanowiło 50% udziałów we wspólnym przedsiębiorstwie, które kontrolowało Vivo do chwili jego nabycia przez Telefónikę. W następstwie dokonania w dniu 28 lipca 2010 r. cesji swojego udziału w Vivo PT zawarła partnerstwo strategiczne z Oi, jednym z głównych dostawców łączności elektronicznej w Brazylii (motywy 24 i 25 zaskarżonej decyzji).

5 PT zbyła swój wynoszący 0,20% udział w Telefónice w 2010 r. i nie kontroluje żadnego hiszpańskiego przedsiębiorstwa. Świadczy usługi telekomunikacyjne na rzecz swoich wielonarodowych klientów portugalskich prowadzących działalność na rynku hiszpańskim przy użyciu sieci innych operatorów, w szczególności Telefóniki (motywy 27, 28 i 233 zaskarżonej decyzji).

6 Telefónica jest dawnym hiszpańskim państwowym monopolem telekomunikacyjnym, w całości sprywatyzowanym w 1997 r., i pierwszym operatorem telekomunikacyjnym w Hiszpanii. Telefónica rozwinęła międzynarodową obecność w szeregu państw Unii Europejskiej, Ameryki Łacińskiej oraz Afryki i stanowi jedną z największych europejskich grup telekomunikacyjnych (motywy 12 i 16 zaskarżonej decyzji).

7 W momencie wydania decyzji, której dotyczy niniejszy spór, Telefónica posiadała 2% kapitału PT. W okresie wystąpienia okoliczności faktycznych będących przedmiotem wspomnianej decyzji Telefónica posiadała mniejszościowy udział w Zon Multimedia (zwanej dalej „Zon"), spółce konkurencyjnej wobec PT i prowadzącej działalność w sektorze łączności elektronicznej, powstałej w wyniku podziału w listopadzie 2007 r. pomiędzy PT Multimedia i jej spółkę dominującą PT. Oprócz udziałów w spółkach portugalskich Telefónica zaczęła rozwijać bezpośrednią obecność w Portugalii dzięki swoim dwóm spółkom zależnym i oddziałowi portugalskiemu jednej z nich (motywy 18–20 i 215 zaskarżonej decyzji).

8 Ponadto Telefónica wyznaczała, w zależności od daty, jednego lub dwóch członków rady nadzorczej PT. W dniu ostatecznego zawarcia transakcji dotyczącej nabycia Vivo, to znaczy w dniu 27 września 2010 r. (zob. pkt 25 poniżej), dwaj członkowi rady nadzorczej PT zostali wyznaczeni przez Telefónicę (przypis 67 do zaskarżonej decyzji).

B – *Negocjacje i podpisanie umowy*

9 Vivo jest jednym z głównych operatorów telekomunikacyjnych w Brazylii. W momencie podpisania umowy, w dniu 28 lipca 2010 r., Vivo był kontrolowany łącznie przez Telefónicę i PT za pośrednictwem Brasilcel NV (zwanej dalej „Brasilcel"), spółki inwestycyjnej z siedzibą w Niderlandach (motyw 33 zaskarżonej decyzji).

10 W dniu 6 maja 2010 r. Telefónica ogłosiła publiczną ofertę wrogiego nabycia za kwotę 5,7 mld EUR dotyczącą 50% udziału posiadanego wówczas przez PT w Brasicel. Wspomniana oferta zawierała w szczególności postanowienie, zgodnie z którym „Telefónica nie narzuci Portugal Telecom żadnej klauzuli o zakazie konkurencji lub zakazie pozyskiwania". Ta pierwsza oferta została jednogłośnie odrzucona przez członków rady nadzorczej PT (motywy 35 i 36 zaskarżonej decyzji).

11 W dniu 1 czerwca 2010 r. o godzinie 2.53, w następstwie spotkania, które odbyło się pomiędzy stronami w dniu 31 maja 2010 r., PT skierowała do Telefóniki wiadomość elektroniczną z projektem dotyczącym drugiej oferty nabycia jej udziału w Vivo. We wspomnianym projekcie po raz pierwszy została wprowadzona klauzula (motyw 38 zaskarżonej decyzji).

12 Pierwszy projekt klauzuli był zredagowany w sposób następujący (motyw 39 zaskarżonej decyzji).

„Zakaz konkurencji

Każda ze stron powstrzymuje się od angażowania się lub inwestowania, bezpośrednio lub pośrednio poprzez podmiot zależny, w jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim w okresie trwającym od daty przyjęcia oferty do dnia rzeczywistego przekazania ostatniej części akcji alternatywnych B".

13 W wiadomości elektronicznej skierowanej do PT w dniu 1 czerwca 2010 r. o godzinie 12.21 Telefónica zaproponowała wprowadzenie modyfikacji do klauzuli poprzez dodanie części zdania „z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy" w celu

wyłączenia z zakresu obowiązywania tej umowy istniejącej wówczas działalności każdej ze stron na rynku krajowym drugiej z nich. Wspomniana modyfikacja została wprowadzona do oferty drugiej, datowanej na dzień 1 czerwca 2010 r. (motyw 40 zaskarżonej decyzji).

14 Oprócz pierwszego projektu klauzuli oferta druga przewidywała podwyższenie ceny do 6,5 mld EUR, opcję kupna na rzecz PT, zgodnie z którą mogła ona odkupić swoje akcje należące do Telefóniki, oraz zobowiązanie Telefóniki do nabycia posiadanych przez PT akcji spółki Dedic SA, brazylijskiego operatora centrum obsługi telefonicznej. Ponadto oferta druga w dalszym ciągu zawierała zobowiązanie Telefóniki do nienarzucania „Portugal Telecom żadnej klauzuli o zakazie konkurencji lub zakazie pozyskiwania", które figurowało już w ofercie pierwszej (motywy 41 i 42 zaskarżonej decyzji).

15 Wieczorem w dniu 1 czerwca 2010 r. rada nadzorcza PT poinformowała, że uważa, iż oferta druga przygotowana przez Telefónicę nie odzwierciedla rzeczywistej wartości Vivo. Postanowiła jednak przedstawić swoją decyzję walnemu zgromadzeniu wspólników w dniu 30 czerwca 2010 r. (motyw 45 zaskarżonej decyzji).

16 Oferta druga została upubliczniona przez strony poprzez jej zamieszczenie na stronach internetowych każdej z nich i poprzez jej przedstawienie hiszpańskim i portugalskim organom giełdy. Ponadto treść klauzuli wprowadzonej do oferty drugiej została również upubliczniona w broszurze udostępnionej w dniu 9 czerwca przez radę nadzorczą PT jej akcjonariuszom w ramach przygotowań do walnego zgromadzenia przewidzianego na dzień 30 czerwca 2010 r. (motywy 128 i 129 zaskarżonej decyzji).

17 W dniu 29 czerwca 2010 r. Telefónica przedstawiła ofertę trzecią, w wysokości 7,15 mld EUR, która zawierała ponadto te same warunki co oferta druga (motyw 46 zaskarżonej decyzji).

18 W dniu 30 czerwca 2010 r. zwyczajne walne zgromadzenie PT przyjęło ofertę trzecią zaproponowaną przez Telefónicę. Jednak rząd portugalski skorzystał z prawa związanego z należącymi do niego akcjami uprzywilejowanymi PT (zob. pkt 3 powyżej), aby zablokować transakcję, i Telefónica przedłużyła obowiązywanie oferty trzeciej do dnia 16 lipca 2010 r. (motywy 47 i 48 zaskarżonej decyzji).

19 W wyroku z dnia 8 lipca 2010 r. Komisja/Portugalia (C-171/08. Zb.Orz. EU:C:2010:412) Trybunał stwierdził, że utrzymując w spółce PT szczególne uprawnienia, takie jak te, które zostały przewidziane w statucie tej spółki na rzecz skarbu państwa i innych podmiotów publicznych, przyznane w związku z akcjami uprzywilejowanymi skarbu państwa w PT, Republika Portugalska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 56 WE (motyw 50 zaskarżonej decyzji).

20 W dniu 16 lipca 2010 r. PT zwróciła się do Telefóniki o przedłużenie jej oferty do dnia 28 lipca 2010 r., ale Telefónica nie zgodziła się i oferta wygasła (motyw 51 zaskarżonej decyzji).

21 W dniu 27 lipca 2010 r. odbyło się kolejne spotkanie pomiędzy PT oraz Telefónicą i Telefónica zaproponowała PT, po pierwsze, dodanie wyrażenia „w zakresie zgodnym z prawem" na początku klauzuli, a po drugie, ustalenie czasu obowiązywania klauzuli od „daty [ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r.] do dnia 31 grudnia 2011 r." (motyw 54 zaskarżonej decyzji).

22 W dniu 28 lipca 2010 r. Telefónica i PT zawarły umowę, na mocy której Telefónica zyskiwała wyłączną kontrolę nad Vivo dzięki nabyciu 50% kapitału Brasilcel za cenę 7,5 mld EUR (motyw 54 zaskarżonej decyzji).

23 Umowa zawierała w art. 9 następującą klauzulę (motyw 55 zaskarżonej decyzji):

„Dziewięć – Zakaz konkurencji

W zakresie zgodnym z prawem każda ze stron powstrzymuje się od angażowania się lub inwestowania, bezpośrednio lub pośrednio poprzez podmiot zależny, w jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim w okresie trwającym od daty [ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r.] do dnia 31 grudnia 2011 r.”.

24 W odróżnieniu od oferty drugiej (pkt 14 powyżej) umowa nie przewidywała już opcji kupna na rzecz PT, na mocy której ta ostatnia mogłaby odkupić swoje akcje należące do Telefóniki. Umowa przewidywała natomiast, w szczególności, po pierwsze, dymisję członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę (art. 3 ust. 6 umowy), po drugie, program partnerstwa przemysłowego pomiędzy tymi dwoma przedsiębiorstwami (art. 6 umowy), z zastrzeżeniem, że nie konkurują one ze sobą w Brazylii (art. 7 umowy), a po trzecie, ewentualne nabycie przez Telefónicę brazylijskiej spółki Dedic, specjalizującej się w świadczeniu usług centrum obsługi telefonicznej (art. 10 umowy) (motywy 56–61 zaskarżonej decyzji).

25 Ostateczne zawarcie transakcji nastąpiło w dniu 27 września 2010 r. na podstawie „aktu notarialnego zbycia akcji” i „aktu notarialnego potwierdzającego” (motyw 63 zaskarżonej decyzji).

26 W dniu podpisania umowy, to znaczy w dniu 28 lipca 2010 r., PT oznajmiła również, że tego samego dnia podpisała protokół do umowy określający zasady obowiązujące przy wdrożeniu partnerstwa strategicznego z Oi (zob. pkt 4 powyżej) i że zamierza nabyć 22,38% udziałów w grupie Oi w celu zapewnienia sobie odgrywania istotnej roli w zarządzaniu tą grupą (motyw 62 zaskarżonej decyzji).

27 O transakcji Vivo zostały w dniach 29 lipca i 18 sierpnia 2010 r. powiadomione Agência National de Telecommunicações (Anatel, brazylijski organ regulacji telekomunikacji) i Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, brazylijski organ ochrony konkurencji), a w artykule opublikowanym w prasie w dniu 23 sierpnia 2010 r. Telefónica potwierdziła, że umowa zawiera klauzulę o zakazie konkurencji (motywy 103, 130 i 491 zaskarżonej decyzji).

C – *Okoliczności faktyczne zaistniałe po zawarciu umowy*

28 W dniach 26 i 29 października 2010 r. odbyły się dwie konferencje telefoniczne pomiędzy Telefónicą i PT (motywy 113 i 124 zaskarżonej decyzji).

29 W dniu 4 lutego 2011 r., w następstwie wszczęcia postępowania przez Komisję w dniu 19 stycznia 2011 r. (zob. pkt 31 poniżej), Telefónica i PT w celu usunięcia klauzuli podpisały umowę (motyw 125 zaskarżonej decyzji) sformułowaną w sposób następujący:

„Preambuła:

Zważywszy, że [PT] i Telefónica zawarły w dniu 28 czerwca 2010 r. umowę (zwaną dalej »umową«) w sprawie sprzedaży przez [PT] na rzecz Telefóniki 50% (pięćdziesięciu procent) kapitału spółki prawa niderlandzkiego [Brasilcel] (zwanej dalej »Brasilcel« lub »spółką«).

Zważywszy, że artykuł dziewiąty wspomnianej umowy zawierał klauzulę o zakazie konkurencji, na mocy której w zakresie zgodnym z prawem każda ze stron zobowiązała się nie konkurować z drugą stroną na rynku iberyjskim od dnia zawarcia transakcji (określonego w umowie) do dnia 31 grudnia 2011 r.

Zważywszy, że artykuł dziewiąty umowy był uprzednio rozważany przez strony w związku z ewentualną opcją kupna, przysługującą PT, akcji posiadanych wówczas przez Telefónicę we wspomnianej spółce i że ów artykuł został zachowany w ostatecznej umowie, z zastrzeżeniem jego zgodności z prawem, pomimo zrezygnowania in fine ze wspomnianej opcji.

Zważywszy, że strony pragną stwierdzić na piśmie, iż wyżej wspomniany artykuł dziewiąty nie jest stosowany, że nie został on nigdy wykonany i że w konsekwencji nie ma żadnego wpływu na decyzje gospodarcze żadnej z nich.

Zważywszy, że Telefónica i PT zostały powiadomione, odpowiednio w dniach 24 stycznia i 21 stycznia 2011 r., o wszczęciu przez Komisję Europejską wobec nich formalnego postępowania dotyczącego wyżej wspomnianego artykułu dziewiątego.

Wobec powyższego strony uzgadniają, co następuje:

Artykuł 1. Zmiana umowy i cofnięcie praw

Zostaje dokonana zmiana umowy i jej artykuł dziewiąty zostaje usunięty w całości. Wspomniany artykuł zostaje uznany za nieważny i nienapisany.

Strony potwierdzają nieodwołalnie i ostatecznie, że artykuł dziewiąty nie może dawać żadnych praw ani nakładać żadnych obowiązków na strony ani na żaden podmiot trzeci.

Artykuł 2. Właściwe przepisy

Niniejsza umowa, jak również wszelkie spory dotyczące jej wykonania lub wszelkie skutki związane z jakimkolwiek naruszeniem jej postanowień będą podlegały prawu portugalskiemu i zgodnie z nim będą interpretowane”.

D – *Postępowanie przed Komisją*

30 Klauzula została odkryta we wrześniu 2010 r. przez hiszpański organ ochrony konkurencji, który powiadomił o niej portugalski organ ochrony konkurencji oraz Komisję, i postanowiono, że tej ostatniej zostanie powierzone dochodzenie (motyw 3 zaskarżonej decyzji).

31 W dniu 19 stycznia 2011 r. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko Telefónice i PT na podstawie postanowień art. 11 ust. 6 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 TFUE] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1) i art. 2 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszącego się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. [101 TFUE] i art. [102 TFUE] (Dz.U. L 123, s. 18) (motyw 5 zaskarżonej decyzji).

32 W ramach dochodzenia, na podstawie art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, Komisja skierowała żądania udzielenia informacji do stron w dniach 5 stycznia, 1 kwietnia, 25 maja, 10 i 24 czerwca, a także w dniu 5 września 2012 r., oraz do ich niektórych klientów wielonarodowych w dniu 20 kwietnia 2011 r. Ponadto w dniach 17 marca i 8 września 2011 r., a także w dniu 27 września 2012 r. odbyły się spotkania z PT, natomiast w dniach 21 marca i 7 września 2011 r., a także w dniu 27 września 2012 r. – spotkania z Telefónicą (motyw 6 zaskarżonej decyzji).

33 W dniu 21 października 2011 r. Komisja sporządziła pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w dniu 4 listopada 2011 r. strony uzyskały dostęp do akt postępowania, a w dniu 7 listopada 2011 r. otrzymały one stosowne dokumenty. W dniu 13 stycznia 2012 r. Telefónica i PT odpowiedziały na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, ale nie wnioskowały o przeprowadzenie spotkania wyjaśniającego (motywy 7, 8 i 9 zaskarżonej decyzji).

34 W dniu 23 stycznia 2013 r. Komisja wydała zaskarżoną decyzję.

Zaskarżona decyzja

35 Komisja wskazała, że sprawa leżąca u podstaw zaskarżonej decyzji dotyczyła klauzuli zawartej w umowie (pkt 1, 22 i 23 powyżej) (motyw 1 zaskarżonej decyzji).

36 Komisja wyjaśniła, iż uznała – w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów – że ze względu na klauzulę i okoliczności (kontekst ekonomiczny i prawny, w który wpisana jest ta sprawa, i zachowanie stron) klauzula była równoważna z porozumieniem o podziale rynków, którego celem było ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym z naruszeniem art. 101 TFUE, i że potwierdza to ustalenie w zaskarżonej decyzji (motyw 2 zaskarżonej decyzji).

37 W pierwszej kolejności Komisja przeanalizowała wydarzenia poprzedzające negocjacje pomiędzy stronami, które doprowadziły do wprowadzenia klauzuli do ostatecznej wersji umowy, okoliczności faktyczne, które nastąpiły po jej podpisaniu (zob. pkt 10–29 powyżej), i argumenty stron przedstawione w odniesieniu do tych wydarzeń poprzedzających i okoliczności faktycznych (motywy 29–130 zaskarżonej decyzji).

38 W drugiej kolejności Komisja stwierdziła, w odniesieniu do zakresu stosowania klauzuli i do rynków właściwych, że ze względu na swoje brzmienie (pkt 1 i 23 powyżej) klauzula dotyczyła każdego projektu odnoszącego się do usług łączności elektronicznej, jeśli tylko jedna lub druga ze stron świadczyła lub mogła świadczyć taką usługę. W konsekwencji, jak wynika z jej brzmienia, klauzula dotyczyła usług telefonii stacjonarnej i ruchomej, dostępu do Internetu i usług telewizyjnych, a także usług nadawczych, które są uważane za usługi łączności, pomimo że nie zostały wspomniane w klauzuli. Komisja wyjaśniła natomiast, że zgodnie z brzmieniem klauzuli każde działanie lub inwestycja realizowane przed podpisaniem umowy, to znaczy przed dniem 28 lipca 2010 r., były wykluczone z zakresu stosowania klauzuli (motywy 132–136 i 185 zaskarżonej decyzji).

39 W tym ostatnim względzie Komisja zauważyła, że globalne usługi telekomunikacyjne i hurtowe usługi połączeń międzynarodowych były wyłączone z zakresu stosowania klauzuli z powodu obecności każdej ze stron na rynkach tych usług na Półwyspie Iberyjskim w dniu podpisania umowy (motywy 173, 174, 184 i 185 zaskarżonej decyzji).

40 Co się tyczy zasięgu geograficznego klauzuli, Komisja zinterpretowała wyrażenie „rynek iberyjski” jako odnoszące się do rynków hiszpańskiego i portugalskiego. Zważywszy na działalność handlową stron, która polegała na obecności na większości rynków łączności elektronicznej w państwie pochodzenia każdej z nich i na słabej, a nawet nieistniejącej obecności w kraju pochodzenia drugiej strony (pkt 3–7powyżej), Komisja stwierdziła, że geograficzny zakres stosowania klauzuli dotyczył Portugalii w przypadku Telefóniki i Hiszpanii w przypadku PT (motywy 137 i 140 zaskarżonej decyzji).

41 Wobec tego Komisja uznała, że klauzula miała zastosowanie do wszystkich rynków elektronicznych usług telekomunikacyjnych i usług telewizyjnych w Hiszpanii i w Portugalii, z wyłączeniem świadczenia globalnych usług telekomunikacyjnych i hurtowych usług połączeń międzynarodowych (motyw 185 zaskarżonej decyzji).

42 W trzeciej kolejności, zdaniem Komisji, nie ulega wątpliwości, że klauzula stanowi porozumienie w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ chodzi o porozumienie pisemne, zawarte i podpisane przez strony, którego istnienie jest niezaprzeczalne, i że, co więcej, klauzula stanowiła przedmiot aktu notarialnego, którego preambuła wskazuje, że kopia porozumienia została do niego załączona (motyw 237 zaskarżonej decyzji).

43 Po pierwsze, w świetle orzecznictwa dotyczącego ograniczeń konkurencji ze względu na cel, Komisja stwierdziła, po analizie argumentów stron, że klauzula stanowiła takie ograniczenie ze względu na cel, zważywszy na treść umowy, cele klauzuli, kontekst gospodarczy i prawny, w jaki klauzula była wpisana, sposób postępowania i rzeczywiste zachowanie się stron, a wreszcie zamiar stron (motywy 238–242 i 243–356 zaskarżonej decyzji).

44 Komisja stwierdziła więc w odniesieniu do celu klauzuli, że ze względu na zakres stosowania klauzula zakazywała PT wchodzenia na jeden z hiszpańskich rynków telekomunikacyjnych, a Telefónice zakazywała zwiększania jej ograniczonej obecności na portugalskich rynkach telekomunikacyjnych przez cały czas stosowania klauzuli, tak iż zamiast wzajemnie ze sobą konkurować i zachowywać się jak rywale, co jest zachowaniem zazwyczaj spodziewanym na otwartym i konkurencyjnym rynku, Telefónica i PT porozumiały się, w sposób świadomy, w celu wykluczenia i ograniczenia wszelkiej konkurencji na swoich rynkach, tak iż klauzula stanowiła porozumienie o podziale rynków (motyw 353 zaskarżonej decyzji).

45 W tym ostatnim względzie Komisja wskazała, że co więcej, klauzula mogła opóźniać integrację w sektorze łączności elektronicznej, ponieważ proces integracji tego rynku byłby poważnie zagrożony, gdyby operatorzy historyczni, tacy jak Telefónica i PT, mogli wzmocnić swoją i tak bardzo silną pozycję na rynku, uczestnicząc w ukartowanych praktykach mających na celu ochronę ich rynków pochodzenia i uniemożliwienie wejścia innych operatorów na te rynki (motywy 354 i 355 zaskarżonej decyzji).

46 Po drugie, przypomniawszy, że zgodnie z orzecznictwem uwzględnienie konkretnych skutków umowy jest zbędne, jeżeli zostało wykazane, że umowa stanowiła ograniczenie konkurencji ze względu na cel, co zdaniem Komisji miało miejsce w niniejszym przypadku, Komisja wskazała jednak, w odpowiedzi na argumenty stron, że przede wszystkim klauzula została przyjęta przez dwóch konkurentów, tak iż była zdolna spowodować skutki antykonkurencyjne; że, następnie, nawet jeżeli klauzula była uważana za niezdolną spowodować skutki, nie przeszkadzało to temu, by mogła być uważana za stanowiącą ograniczenie ze względu na cel, ponieważ jeżeli umowa miała na celu ograniczenie konkurencji, to dla kwestii istnienia naruszenia nie miało znaczenia , czy zawarcie umowy pozostawało czy też nie pozostawało w interesie handlowym stron umowy – a więc fakt, że klauzula mająca na celu ograniczenie konkurencji mogła okazać się niezdolna do spowodowania skutków będących w interesie handlowym Telefóniki lub PT, jest wobec tego pozbawiony wszelkiego znaczenia; i że wreszcie strony w żadnym razie nie wykazały, iż rozpoczęły nową działalność w Hiszpanii lub w Portugalii mogącą zaprzeczyć wykonaniu klauzuli, co choć samo w sobie nie świadczy, iż klauzula została wykonana, to stanowi wskazówkę, że mogło tak być (motywy 240 i 357–365 zaskarżonej decyzji).

47 Komisja uznała, że należy przyjąć, iż w niniejszym przypadku nie było konieczne wykazanie istnienia żadnego negatywnego wpływu na konkurencję, ponieważ antykonkurencyjny cel klauzuli został stwierdzony i wobec tego nie zachodziła potrzeba dokonywania szczegółowej oceny każdego z właściwych rynków telekomunikacyjnych ani skutków klauzuli na każdym z nich (motyw 366 zaskarżonej decyzji).

48 Po trzecie, Komisja wskazała, że klauzula nie mogła być analizowana jako ograniczenie akcesoryjne w stosunku do transakcji Vivo, ponieważ klauzula odnosiła się rynku iberyjskiego, natomiast transakcja Vivo dotyczyła operatora, którego działalność ograniczała się do Brazylii, i że klauzula nie mogła być uznana za konieczną do wykonania operacji (motywy 367–433 zaskarżonej decyzji).

49 Komisja doszła do wniosku, że klauzula nakłada na strony zakaz konkurowania i stanowi porozumienie o podziale rynków w celu ograniczenia konkurencji na rynku wewnętrznym oraz że wobec tego narusza art. 101 TFUE z uwagi na treść umowy (a w szczególności na sformułowanie klauzuli, które pozostawiało bardzo niewiele wątpliwości co do jej charakteru lub nawet nie pozostawiało ich wcale), a także na kontekst ekonomiczny i prawny umowy (na przykład kwestię rynków łączności elektronicznej, które zostały zliberalizowane) i na sposób postępowania i rzeczywiste zachowanie się stron (w szczególności na rozwiązanie przez nie klauzuli dopiero w dniu 4 lutego 2011 r., po wszczęciu przez Komisję postępowania w dniu 19 stycznia 2011 r., nie zaś po konferencjach telefonicznych w październiku 2010 r., wbrew twierdzeniom stron) (motyw 434 zaskarżonej decyzji).

50 Po czwarte, Komisja wyjaśniła, że klauzula nie spełniała warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE (motywy 436–446 zaskarżonej decyzji) i że mogła wpływać na handel między państwami członkowskimi (motywy 447–453 zaskarżonej decyzji).

51 Po piąte, co się tyczy czasu trwania naruszenia, Komisja doszła do wniosku, że pokrywał się on z okresem od dnia ostatecznego zawarcia transakcji, to znaczy dnia 27 września 2010 r. (zob. pkt 25 powyżej), do dnia, w którym klauzula została rozwiązana, to znaczy dnia 4 lutego 2011 r. (zob. pkt 29 powyżej) (motywy 454–465 zaskarżonej decyzji).

52 Po szóste, jeśli chodzi o obliczenie kwoty grzywien, w zaskarżonej decyzji Komisja zastosowała postanowienia wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, zwanych dalej „wytycznymi”).

53 Aby ustalić kwotę podstawową nakładanej grzywny, Komisja uwzględniła wartość sprzedaży usług objętych klauzulą określonych w sekcji 5 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 38–40 powyżej) i, w szczególności, dla każdej ze stron – wyłącznie wartość jej własnej sprzedaży w jej kraju pochodzenia (motywy 478–483 zaskarżonej decyzji).

54 Komisja przypomniała również, że zasadniczo uwzględnia wartość sprzedaży dokonywanych przez przedsiębiorstwa w ostatnim pełnym roku ich uczestnictwa w naruszeniu, ale że w badanym przypadku naruszenie trwało krócej niż rok i nastąpiło na przełomie lat 2010 i 2011. Następnie Komisja wykorzystała sprzedaż dokonaną przez przedsiębiorstwa w 2011 r., która była mniejsza niż sprzedaż odnotowana przez strony w 2010 r. (motyw 484 zaskarżonej decyzji).

55 Co się tyczy wagi naruszenia, która określa, jaki procent wartości sprzedaży należy uwzględnić przy ustalaniu kwoty podstawowej grzywny, Komisja przypomniała, że naruszenie polegało na porozumieniu o zakazie konkurencji i na podziale rynków łączności elektronicznej i telewizji hiszpańskiego i portugalskiego oraz że Telefónica i PT były w swoich państwach operatorami historycznymi. Ponadto Komisja wskazała, że uwzględniła okoliczność, iż klauzula nie była przez strony utrzymywana w tajemnicy (zob. pkt 16 i 27 powyżej). Ze względu na te elementy Komisja stwierdziła, że procent wartości sprzedaży, który zostanie wzięty pod uwagę, powinien wynieść 2% dla obu odnośnych przedsiębiorstw (motywy 489–491 i 493 zaskarżonej decyzji).

56 Jeśli chodzi o czas trwania naruszenia, Komisja uwzględniła okoliczność, że obejmował on okres od dnia 27 września 2010 r. (data aktu notarialnego, a zatem ostatecznego zawarcia transakcji) do dnia 4 lutego 2011 r. (data porozumienia stron, które położyło kres klauzuli) (motyw 492 zaskarżonej decyzji).

57 Komisja nie stwierdziła żadnej okoliczności obciążającej i uznała, że data zakończenia klauzuli (dzień 4 lutego 2011 r.) stanowi okoliczność łagodzącą, ze względu na fakt, że nastąpiła jedynie 16 dni po wszczęciu postępowania i 30 dni po wysłaniu do stron pierwszego żądania udzielenia informacji. Ponadto, ponieważ klauzula nie była utrzymywana w tajemnicy, Komisja uznała, że należy obniżyć kwotę podstawową grzywny nakładanej na strony o 20% (motyw 496, 500 i 501 zaskarżonej decyzji).

58 Ostateczna kwota grzywien wynosi 66 894 000 EUR w przypadku Telefóniki i 12 290 000 EUR w przypadku PT (motyw 512 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśniła, ze kwota ta nie przekracza 10% całkowitego obrotu uzyskanego przez każde z odnośnych przedsiębiorstw (motywy 510 i 511 zaskarżonej decyzji).

59 Rozstrzygniecie zaskarżonej decyzji brzmi w sposób następujący:

„*Artykuł 1*

[Telefónica] i [PT] naruszyły art. 101 TFUE poprzez uczestnictwo w porozumieniu o zakazie konkurencji ujętym w artykule dziewiątym umowy zawartej przez owe spółki w dniu 28 lipca 2010 r.

Czas trwania naruszenia obejmuje okres od dnia 27 września 2010 r. do dnia 4 lutego 2011 r.

Artykuł 2

Za naruszenie, o którym mowa w art. 1, nałożone zostają następujące grzywny:

a) [Telefónica]: 66 894 000 EUR;

b) [PT]: 12 290 000 EUR;

[…]”.

Postępowanie i żądania stron

60 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 9 kwietnia 2013 r. skarżąca wniosła rozpatrywaną niniejszym skargę.

61 Zgodnie z propozycją sędziego sprawozdawcy Sąd (druga izba) postanowił otworzyć ustny etap postępowania i w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 64 regulaminu postępowania przed Sądem z dnia 2 maja 1991 r. wezwał strony do przedstawienia dokumentów. Strony zastosowały się do tego wezwania w wyznaczonym terminie.

62 Na rozprawie w dniu 22 maja 2015 r. wysłuchane zostały wystąpienia stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.

63 Skarżąca wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie, że rozpatrywana niniejszym skarga o stwierdzenie nieważności została wniesiona zgodnie z prawem i jest dopuszczalna na mocy art. 263 TFUE i dla celów art. 264 TFUE;

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

— ewentualnie – obniżenie kwoty grzywny nałożonej na nią w art. 2 zaskarżonej decyzji;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania i kosztami poniesionymi przez skarżącą.

64 Komisja wnosi do Sądu o:

— uznanie skargi za niedopuszczalną;

— ewentualnie – uznanie, że skarga jest całkowicie pozbawiona podstaw prawnych i utrzymanie decyzji w jej dokładnym brzmieniu, a także utrzymanie nałożonej grzywny w tej samej kwocie;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

A – *W przedmiocie dopuszczalności*

65 Na poparcie skargi skarżąca powołuje formalnie dwa zarzuty nieważności, z których pierwszy dotyczy istotnych wymogów proceduralnych, a mianowicie braku uzasadnienia i braku wystarczających dowodów, a drugi dotyczy naruszenia traktatu i prawa związanego z jego stosowaniem, ponieważ decyzja jest obarczona oczywistym błędem co do okoliczności faktycznych, co do dowodu i co do wystarczającego charakteru dowodu, błędem w wykładni art. 101 TFUE, a w konsekwencji naruszeniem tego przepisu, naruszeniem obowiązku dochodzenia i orzekania, naruszeniem zasady in dubio pro reo, naruszeniem zasad, do których przestrzegana Komisja zobowiązała się przy nakładaniu grzywien, oraz naruszeniem zasady proporcjonalności.

66 Przed przedstawieniem zarzutów w ścisłym tego słowa znaczeniu skarga zawiera trzy części wstępne, zatytułowane „Okoliczności faktyczne", „Przedmiot skargi" i „Istotna treść i główne wady decyzji".

67 Komisja twierdzi, że z powodu braku przejrzystości i zrozumiałości oraz ze względu na przedstawienie powołanych zarzutów skarga powinna zostać uznana za niedopuszczalną na mocy art. 44 regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r. Komisja wskazuje, że bardzo trudno jest określić, co skarżąca chce wskazać jako zarzuty nieważności, ponieważ przedstawienie właściwych zarzutów zaczyna się dopiero w pkt 276 skargi i jest poprzedzone ponad 250 punktami uwag, w których skarżąca nie wyjaśnia, na czym konkretnie polega, według niej, zarzut czy też kilka zarzutów nieważności wobec zaskarżonej decyzji. Ponadto zdaniem Komisji przy przedstawieniu zarzutów nieważności skarżąca nie wyjaśniła, w jakim zakresie wspomniane uwagi są istotne dla skonkretyzowania tych zarzutów nieważności.

68 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 21 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii europejskiej i art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r. skarga powinna określać przedmiot sporu oraz zawierać zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów. Owo przedstawienie powinno być wystarczająco jasne i dokładne, by umożliwić stronie pozwanej przygotowanie obrony, a Sądowi rozstrzygnięcie skargi, w razie potrzeby bez dodatkowych informacji na poparcie skargi (wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r., France Télécom/Komisja, T-340/03, Zb.Orz., EU:T:2007:22, pkt 166). Ponadto sądy Unii orzekły, iż należy przyjąć, że sformułowanie zarzutów skargi nie jest związane z terminologią lub wyliczeniem z regulaminu postępowania i że przedstawienie tych zarzutów raczej ze względu na ich istotę niż na ich kwalifikację prawną może być wystarczające, jeżeli rzeczone zarzuty wynikają ze skargi wystarczająco jasno (zob. postanowienie z dnia 21 maja 1999 r., Asia Motor France i in./Komisja, T-154/98, Rec, EU:T:1999:109, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

69 Natomiast w przeciwnym wypadku, jeżeli skarga nie zawiera w szczególności konkretnych zarzutów wobec zaskarżonej decyzji, należy uznać ją za niedopuszczalną (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 stycznia 2012 r., Groupe Partouche/Komisja, T-315/10, EU:T:2012:21, pkt 22 i nast.).

70 Nie jest zatem dopuszczalne, aby zarówno pozwana instytucja, jak i Sąd były zmuszone do opierania się na domysłach dotyczących argumentacji i konkretnych powodów, tak faktycznych, jak i prawnych, na których mogłyby się opierać twierdzenia skarżącej. Między innymi właśnie takim sytuacjom, będącym źródłem braku pewności prawa i niezgodnym z zasadą dobrej administracji wymiarem

sprawiedliwości, ma bowiem zapobiegać art. 44 § 1 regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r. (zob. podobnie postanowienie z dnia 19 maja 2008 r., TF1/Komisja, T-144/04, Zb.Orz., EU:T:2008:155, pkt 57).

71 Wreszcie należy wskazać, że okoliczności opisane w skardze o stwierdzenie nieważności pod tytułem „Okoliczności faktyczne", „Przedmiot skargi" lub „Istotna treść i główne wady decyzji" nie mają, na pierwszy rzut oka, stanowić niezależnych zarzutów mogących prowadzić do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, lecz raczej opis okoliczności faktycznych i kwestionowanego aktu. Tym niemniej nie jest możliwe wykluczenie a priori możliwości, że ta część skargi mogłaby zawierać przedstawienie jednego lub kilku zarzutów nieważności. Jednakże tylko w sytuacji, gdy z fragmentu znajdującego się pod tymi tytułami wynikałoby w sposób jasny i jednoznaczny, że oprócz swojej opisowej funkcji fragment ten kwestionuje prawdziwość stwierdzeń zawartych w zaskarżonej decyzji, można by ewentualnie uznać, że stanowi on zarzut, bez względu na konstrukcję skargi i jego miejsce w jej ogólnej strukturze (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 grudnia 2005 r., Honeywell/Komisja, T-209/01, Zb.Orz., EU:T:2005:455, pkt 106; z dnia 1 lipca 2008 r., Komisja/D, T-262/06 P, Zb.Orz.SP, EU:T:2008:239, pkt 52).

72 W niniejszym przypadku należy stwierdzić brak jasności skargi ze względu w szczególności na to, że przed przystąpieniem do przedstawienia zarzutów w ścisłym tego słowa znaczeniu skarżąca przedstawia, w ponad 200 punktach, „[i]stotn[ą] treść i główne wady decyzji". Ponieważ owe „zarzuty" zostały przedstawione w sposób bardzo zwięzły, konieczne okazuje się odszukanie, we wspomnianych około 200 punktach, zastrzeżeń i argumentów potwierdzających podniesione zarzuty.

73 Okazuje się ponadto, że taki był zamiar skarżącej, jak przyznała w pkt 69 repliki i potwierdziła na rozprawie. Wbrew temu, co twierdzi Komisja, możliwe jest odszukanie, w części dotyczącej „[i]stotn[ej] treś[ci] i główn[ych] wad decyzji", krytycznych uwag, które skarżąca formułuje wobec zaskarżonej decyzji, i przepisów, których naruszenie podnosi. Nie można zatem twierdzić, jak czyni to Komisja, że „ze skargi wynika jednoznacznie całkowity brak wniosków prawnych mogących podważyć zgodność z prawem [zaskarżonej] decyzji". Należy ponadto zauważyć, że Komisja mogła sformułować odpowiedź na zastrzeżenie podniesione przez skarżącą.

74 Jak z tego wynika, przeszkoda procesowa podniesiona przez Komisję nie może zostać uwzględniona i należy uznać skargę za dopuszczalną.

75 Trzeba jednak wskazać, że chociaż w około 200 punktach poprzedzających przedstawienie zarzutów skargi w ścisłym tego słowa znaczeniu można odszukać krytyczne uwagi, które skarżąca formułuje wobec zaskarżonej decyzji, i przepisy, których naruszenie podnosi, pisma skarżącej charakteryzuje niedopasowanie tych krytycznych uwag i podniesionych zarzutów oraz pewien brak zwięzłości. W tych okolicznościach wskazane jest przypomnieć, że wykładnia spoczywającego na Sądzie obowiązku uzasadnienia jego wyroków nie może być dokonywana w ten sposób, iż wynika z niej, że Sąd jest zobowiązany do szczegółowej odpowiedzi na każdy podniesiony przez stronę argument, zwłaszcza jeśli nie jest on wystarczająco jasny i dokładny oraz nie opiera się na szczegółowych dowodach (wyroki: z dnia 11 września 2003 r., Belgia/Komisja, C-197/99 P, Rec, EU:C:2003:444, pkt 81; z dnia 11 stycznia 2007 r., Technische Glaswerke Ilmenau/Komisja, C-404/04 P, EU:C:2007:6, pkt 90). Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem obowiązek uzasadnienia nie przewiduje przedstawienia przez Sąd wyjaśnień odpowiadających w sposób wyczerpujący na każdy punkt rozumowania przedstawionego przez strony sporu, a zatem uzasadnienie może być dorozumiane, pod warunkiem że pozwala zainteresowanym na poznanie powodów, dla których Sąd nie przychylił się do ich argumentów, a Trybunał dysponuje wystarczającymi elementami dla sprawowania kontroli (zob. wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Komisja/Schneider Electric, C-440/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:459, pkt 135 i przytoczone tam orzecznictwo).

B – *Co do istoty*

1. *W przedmiocie żądań zmierzających do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji*

76 Na poparcie żądania stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji skarżąca podnosi zarzut dotyczący naruszenia istotnych wymogów proceduralnych i zarzut dotyczący naruszenia art. 101 TFUE oraz zasad, których należy przestrzegać przy jego stosowaniu.

a) W przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia istotnych wymogów proceduralnych

77 Skarżąca podnosi, tytułem naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, że zaskarżona decyzja jest obarczona brakiem uzasadnienia i brakiem wystarczających dowodów, z czego to drugie zastrzeżenie, co skarżąca potwierdziła na rozprawie, powinno zostać rozpatrzone w ramach badania drugiego zarzutu nieważności, dotyczącego naruszenia art. 101 TFUE.

78 Co się tyczy podnoszonego braku uzasadnienia, należy przypomnieć, że obowiązek uzasadnienia przewidziany w art. 296 TFUE stanowi istotny wymóg proceduralny, który należy odróżnić od kwestii prawidłowości uzasadnienia, wchodzącej w zakres zgodności z prawem spornego aktu (wyroki: z dnia 2 kwietnia 1998 r., Komisja/Sytraval i Brink's France, C-367/95 P, Rec, EU:C:1998:154, pkt 67; z dnia 22 marca 2001 r., Francja/Komisja, C-17/99, Rec, EU:C:2001:178, pkt 35; z dnia 29 września 2011 r., Elf Aquitaine/Komisja, C-521/09 P, Zb.Orz., EU:C:2011:620, pkt 146).

79 W niniejszym przypadku, po pierwsze, należy stwierdzić, że skarżąca porusza brak uzasadnienia zaskarżonej decyzji pod tytułem „Brak uzasadnienia" w części skargi zatytułowanej „Zarzuty nieważności". Należy poniżej zbadać zastrzeżenia umieszczone pod tym tytułem. Po drugie, okazuje się, że w całej skardze skarżąca przedstawia krytyczne uwagi mogące przypominać zastrzeżenia odnoszące się do uzasadnienia, ale w rzeczywistości dotyczące – z wyłączeniem zastrzeżeń badanych w pkt 165–168, 220–224 i 256 poniżej – kwestii zasadności zaskarżonej decyzji. Uwagi te należy zatem zbadać w ramach analizy kwestii dotyczących istoty sprawy, do których się odnoszą.

80 W ramach tych krytycznych uwag formalnie związanych z zarzutem dotyczącym naruszenia obowiązku uzasadnienia skarżąca – po przypomnieniu, że wspomniany obowiązek jest przewidziany w art. 296 TFUE – ogranicza się do wskazania, iż „uzasadnienie zaskarżonej decyzji zawiera braki, nieścisłości i błędy co do istotnych kwestii, co wpływa w sposób nieodwracalny na jej ustalenia", i do odniesienia się, „tytułem przykładu", do ustaleń Komisji zawartych w motywach 264 i nast. oraz 353 i nast. zaskarżonej decyzji. Z jej słów wynika jednak, że w rzeczywistości krytykuje ona nie uzasadnienie, lecz zasadność rozważań zawartych w tych motywach, jak zresztą przyznała na rozprawie, co zostało odnotowane w protokole.

81 Jak z tego wynika, ze względu na to, że nie odnosi się on do zastrzeżeń podważających w rzeczywistości zasadność zaskarżonej decyzji, i z zastrzeżeniem pkt 165–168, 220–224 i 254–256 poniżej, zarzut dotyczący naruszenia istotnych wymogów proceduralnych należy odrzucić, bez konieczności badania argumentów skarżącej związanych formalnie z tym zarzutem w odniesieniu do obowiązku uzasadnienia.

b) W przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 101 TFUE i prawa związanego z jego stosowaniem

82 Zdaniem skarżącej ze względu na charakter klauzuli oraz okoliczności i kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się ona wpisuje, ani klauzula, ani obowiązek dotyczący powstrzymania się przez strony od konkurowania na rynku iberyjskim nie powinny być uznane za ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

83 Skarżąca zarzuca zatem Komisji naruszenie art. 101 TFUE poprzez zakwalifikowanie klauzuli jako ograniczenia konkurencji ze względu na cel. W tym kontekście podnosi ona, że Komisja nie przedstawiła dowodu naruszenia oraz że instytucja ta popełniła oczywisty błąd co do okoliczności faktycznych, co do dowodu i co do wystarczającego charakteru dowodu, błąd w zastosowaniu art. 101 TFUE i naruszenie traktatu, naruszenie obowiązku dochodzenia i orzekania i wreszcie naruszenie zasady in dubio pro reo.

84 Zgodnie z tym, co potwierdziła na rozprawie, skarżąca podnosi w istocie następujące argumenty prawne i dotyczące okoliczności faktycznych: klauzula nie miała żadnego związku z operacją Vivo, lecz była związana z opcją kupna przez PT udziałów w niej posiadanych przez Telefónicę (zwaną dalej „opcja kupna"), która to opcja była zawarta w ofertach drugiej i trzeciej, ale nie występowała już w końcowej wersji umowy, lub z dymisją członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, które było przewidziane w tej umowie; klauzula zawierała dwa odrębne zobowiązania, zobowiązanie główne do oceny własnej i zobowiązanie wtórne polegające na zakazie konkurowania, przy czym to drugie zobowiązanie stawało się wiążące tylko wtedy, gdy jego zgodność z prawem została stwierdzona w ramach wykonania pierwszego zobowiązania; klauzula nie mogła stanowić ograniczenia konkurencji ze względu na cel, ponieważ Komisja nie wykazała, że Telefónica i PT były potencjalnymi konkurentami i że wobec tego klauzula mogła ograniczyć konkurencję; i wreszcie jako że klauzula nie stanowiła ograniczenia konkurencji ze względu na cel, Komisja powinna była zbadać jej skutki.

Uwagi wstępne

85 Należy przypomnieć, że zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 TFUE są objęte porozumienia, decyzje związku przedsiębiorstw czy też uzgodnione praktyki, których „celem lub skutkiem" jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym.

86 Z orzecznictwa Trybunału w tym względzie wynika, że pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby nie było konieczności badania ich skutków (wyrok CB/Komisja, C-67/13 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2204, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo).

87 Orzecznictwo to dotyczy okoliczności, w której pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami można, z uwagi na sam ich charakter, uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji (zob. ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).

88 Przyjęto zaś, że pewne mające znamiona zmowy zachowania, takie jak te, które prowadzą do horyzontalnego ustalania cen przez kartele, należy uznać za mające tak wysokie prawdopodobieństwo wywołania negatywnych skutków dla, w szczególności, ceny, ilości czy jakości towarów czy usług, iż dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE nie ma potrzeby wykazywania, że wywołują one konkretne skutki na rynku. Z doświadczenia wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem wielkości produkcji i zwyżką cen, pociągając za sobą ostatecznie nieprawidłowy podział zasobów, czego szkodliwe konsekwencje ponoszą w szczególności konsumenci (ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 51).

89 Gdy z analizy danego rodzaju współpracy między przedsiębiorstwami wynika, że nie wykazuje on wystarczającego stopnia szkodliwości z punktu widzenia konkurencji, należy wówczas zbadać skutki tego porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób (zob. ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

90 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami lub też decyzja związku przedsiębiorstw wykazują stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się na treści ich postanowień, na celach, do których osiągnięcia zmierzają, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisują. W ramach oceny takiego kontekstu należy również wziąć pod uwagę charakter dóbr lub usług, których porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków (zob. ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).

91 Ponadto, choć zamiar stron nie stanowi koniecznej przesłanki ustalenia ograniczającego charakteru porozumienia między przedsiębiorstwami, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby krajowe lub unijne organy ochrony konkurencji lub sądy go uwzględniły (zob. ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).

92 To w świetle tych zasad należy dokonać oceny argumentów podniesionych przez skarżącą.

W przedmiocie argumentacji dotyczącej tego, że klauzula była związana z opcją zakupu lub dymisją członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę

93 Skarżąca podnosi, że klauzula nie miała żadnego związku z operacją Vivo, lecz była związana z opcją kupna zawartą w ofertach drugiej i trzeciej – przy czym ta ostatnia oferta dotyczyła jedynie podwyższenia ceny i nie zawierała nowej wersji warunków umowy – i nie występowała już w końcowej wersji umowy, a także z dymisją członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę przewidzianą przez to porozumienie.

94 Skarżąca podkreśla, że opcja zakupu i klauzula pojawiły się jednocześnie w drugiej ofercie, i podnosi, że zakaz konkurencji był typowy dla nabycia aktywów w formie opcji kupna, powodującej ryzyko, że zbywca będzie eksploatował zbywany sektor, o którym ma dużą wiedzę.

95 Ze względu na zapowiedziane w dniu 23 czerwca 2010 r. obniżenie przez Telefónicę jej udziału w kapitale PT do około 2% czwarta oferta nie zawierała już opcji kupna, lecz zobowiązanie Telefóniki do podjęcia kroków, aby jej dwaj przedstawiciele w radzie nadzorczej PT zrezygnowali z tego stanowiska. Z powodu trudności w negocjacjach pewne przepisy pochodzące z wcześniejszych ofert nie zostały jednak ponownie przedyskutowane, tak iż klauzula została zachowana, z dodaną formułą „w zakresie zgodnym z prawem".

96 Na rozprawie, odpowiadając na pytanie Sądu, skarżąca wskazała, że nie podnosi, iż klauzula powinna zostać zakwalifikowana jako ograniczenie akcesoryjne do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę. Jednak z jej twierdzeń wynika w istocie, że utrzymuje ona, iż wiązała zobowiązanie dotyczące zakazu konkurencji z jednej strony z opcją kupna swoich akcji należących do Telefóniki, a z drugiej strony z dymisją członków rady nadzorczej powołanych przez tę ostatnia. Ponadto zdaniem skarżącej kiedy opcja kupna została usunięta z projektu umowy na etapie czwartej oferty, została tam dodana wzmianka „w zakresie zgodnym z prawem", przez co klauzula o zakazie konkurencji została przekształcona w klauzulę oceny własnej. W tych okolicznościach i w zakresie, w jakim poprzez tę argumentację skarżąca utrzymuje, że klauzula nie podlega zastosowaniu art. 101 TFUE, należy rozważyć, co następuje.

97 Z orzecznictwa Trybunału wynika, że jeśli określona operacja lub działalność nie jest objęta zasadą zakazu przewidzianą w art. 101 ust. 1 TFUE z powodu jej neutralności lub pozytywnego skutku w zakresie konkurencji, ograniczenie autonomii handlowej jednego lub większej liczby uczestników tej operacji lub działalności także nie jest objęte wspomnianą zasadą zakazu, jeżeli to ograniczenie jest

obiektywnie konieczne do realizacji wspomnianej operacji lub działalności oraz proporcjonalne do celów jednej lub drugiej (zob. wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2201, pkt 89 i przytoczone tam orzecznictwo).

98 W przypadku bowiem gdy nie można oddzielić takiego ograniczenia od operacji lub działalności głównej bez zagrożenia jej istnieniu i celom, należy zbadać zgodność tego ograniczenia z art. 101 TFUE wspólnie ze zgodnością operacji lub działalności głównej, w stosunku do której jest ono akcesoryjne, nawet jeśli ograniczenie takie, rozpatrywane osobno, może się wydawać na pierwszy rzut oka objęte zasadą zakazu przewidzianą w art. 101 ust. 1 TFUE (ww. w pkt 97 wyrok MasterCard i in./Komisja, EU:C:2014:2201, pkt 90).

99 Pojęcie ograniczenia akcesoryjnego obejmuje zatem każde ograniczenie, które jest bezpośrednio związane z operacją główną i konieczne do jej realizacji (wyroki: z dnia 18 września2001 r., M6 i in./Komisja, T-112/99, Rec, EU:T:2001:215, pkt 104; z dnia 29 czerwca 2012 r., E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, T-360/09, Zb.Orz., EU:T:2012:332, pkt 62).

100 Przez ograniczenie bezpośrednio związane z realizacją operacji głównej należy rozumieć każde ograniczenie, które ma drugorzędne znaczenie w stosunku do realizacji tej operacji i wykazuje oczywisty związek z tą operacją (ww. w pkt 99 wyroki: M6 i in./Komisja, EU:T:2001:215, pkt 105; E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 63).

101 Jeśli chodzi o przesłankę odnoszącą się do konieczności ograniczenia, wymaga ona podwójnego badania. Należy bowiem ustalić z jednej strony, czy ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, oraz z drugiej strony, czy jest ono proporcjonalne do tej operacji (ww. w pkt 99 wyroki: M6 i in./Komisja, EU:T:2001:215, pkt 106; E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 64).

102 Co się tyczy obiektywnej konieczności ograniczenia, należy podkreślić, że z uwagi na to, iż nie można uznać istnienia reguły rozsądku w unijnym prawie konkurencji, błędem byłoby interpretowanie w ramach kwalifikacji ograniczeń akcesoryjnych przesłanki obiektywnej konieczności w ten sposób, że wiąże się ona z potrzebą rozważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia (ww. w pkt 99 wyroki: M6 i in. /Komisja, EU:T:2001:215, pkt 107; E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 65).

103 To stanowisko jest uzasadnione nie tylko koniecznością poszanowania skuteczności art. 101 ust. 3 TFUE, ale również względami spójności. Jako że art. 101 ust. 1 TFUE nie wymaga analizy pozytywnych i negatywnych skutków ograniczenia głównego dla konkurencji, takie samo stwierdzenie narzuca się w odniesieniu do analizy ograniczeń towarzyszących (ww. w pkt 99 wyroki: M6 i in./Komisja, EU:T:2001:215, pkt 108; E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 66).

104 Wobec tego badanie obiektywnej konieczności ograniczenia w stosunku do operacji głównej może mieć tylko względnie abstrakcyjny charakter. Nie chodzi o dokonanie analizy, czy w świetle sytuacji konkurencyjnej na właściwym rynku ograniczenie jest niezbędne dla sukcesu komercyjnego operacji głównej, lecz o ustalenie, czy w szczególnych ramach operacji głównej ograniczenie jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli bez ograniczenia operacja główna okazuje się trudna, a nawet niemożliwa do zrealizowania, ograniczenie może zostać uznane za obiektywnie konieczne do jej realizacji (ww. w pkt 99 wyroki: M6 i in./Komisja, EU:T:2001:215, pkt 109; E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 67).

105 W przypadku gdy ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, należy jeszcze sprawdzić, czy jego czas obowiązywania oraz jego przedmiotowy i geograficzny zakres zastosowania nie wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli czas obowiązywania lub zakres

stosowania ograniczenia wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji operacji, powinno być ono poddane odrębnej analizie w ramach art. 101 ust. 3 TFUE (ww. w pkt 99 wyrok E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 68).

106 Należy podnieść, że w zakresie, w jakim ocena akcesoryjnego charakteru określonego zobowiązania w stosunku do operacji głównej wiąże się z dokonywaniem skomplikowanych analiz ekonomicznych przez pozwaną, kontrola sądowa tej oceny ogranicza się do sprawdzenia, czy przestrzegane były przepisy proceduralne, czy uzasadnienie jest wystarczające, czy okoliczności faktyczne zostały prawidłowo ustalone, czy nie ma oczywistego błędu w ocenie oraz czy nie doszło do nadużycia władzy (zob. ww. w pkt 99 wyrok E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 69).

107 Jeżeli zostanie ustalone, że ograniczenie jest bezpośrednio związane z operacją główną i jest konieczne do realizacji tej operacji, to zgodność tego ograniczenia z regułami konkurencji powinna zostać zbadana razem ze zgodnością operacji głównej. I tak w przypadku gdy operacja główna nie podlega zakazowi ustalonemu w art. 101 ust. 1 TFUE, to samo odnosi się do ograniczeń bezpośrednio związanych z tą operacją i koniecznych do tej operacji. Natomiast jeśli operacja główna stanowi ograniczenie w rozumieniu tego postanowienia, lecz korzysta z wyłączenia zgodnie z art. 101 ust. 3 WE, wyłączenie to obejmuje również ograniczenia akcesoryjne (ww. w pkt 99 wyrok E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 70).

108 Ponadto należy zauważyć, że w wyroku z dnia 11 lipca 1985 r. Remia i in./Komisja (42/84, Rec, EU:C:1985:327, pkt 17–20) Trybunał zbadał klauzulę o zakazie konkurencji zawartą w umowie zbycia przedsiębiorstwa. Stwierdziwszy, że fakt zawarcia ich w umowie zbycia przedsiębiorstwa sam z siebie nie wyłączał klauzul z zakresu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, Trybunał wskazał, iż w celu dokonania oceny, czy takie klauzule podlegają zakazowi ustanowionemu w tym artykule, należało zbadać, jaka konkurencja istniałaby na rynku w przypadku ich braku. Trybunał wyjaśnił, że w takim wypadku, gdyby sprzedawca i nabywca pozostawali konkurentami po zbyciu przedsiębiorstwa, umowa zbycia przedsiębiorstwa nie mogłaby zostać wykonana, ponieważ sprzedawca, mający wyjątkowo szczegółową wiedzę na temat zbywanego przedsiębiorstwa, zachowałby możliwość odzyskania swojej dawnej klienteli, wobec czego w takiej sytuacji zaletą klauzul o zakazie konkurencji jest co do zasady to, że gwarantują możliwość i skuteczność zbycia, z zastrzeżeniem, że powinny jednak być konieczne do przeniesienia zbywanego przedsiębiorstwa i że ich czas i zakres obowiązywania winny być ściśle ograniczone do tego celu.

109 Jeżeli chodzi o opcję kupna i o odejście członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, to należy zauważyć, że skarżąca twierdzi w pkt 20 i 76 skargi, iż klauzula miała w stosunku do tych dwóch elementów cel porównywalny z celem klauzul o zakazie konkurencji zawartych w umowach zbycia przedsiębiorstw, to znaczy zapobieżenie wykorzystaniu przez Telefónicę informacji pozyskanych dzięki jej obecności w radzie nadzorczej PT w celu konkurowania z PT.

110 Co się tyczy, z jednej strony, opcji kupna, należy wskazać, że nie znajdowała się już ona w końcowej wersji umowy, wobec czego nie mogła uzasadniać klauzuli, co zresztą stanowi przyczynę niezbadania przez Komisję, czy klauzula mogła być zakwalifikowana jako ograniczenie akcesoryjne w stosunku do opcji kupna (zob. motyw 390 zaskarżonej decyzji). Ponadto w każdym wypadku należy stwierdzić, że skarżąca poprzestaje, po pierwsze, na stwierdzeniu, iż „zakaz konkurencji był typowy dla nabycia aktywów w formie opcji kupna, powodującej ryzyko, że zbywca będzie eksploatował zbywany sektor, o którym ma dużą wiedzę”, po drugie, na podkreśleniu znaczenia udziału mającego być przedmiotem opcji kupna (10%), i po trzecie, na wskazaniu, że „PT była przyzwyczajona do zawierania tego rodzaju klauzul w umowach kupna i sprzedaży akcji, o ile były one ograniczone w czasie i nie były szkodliwe dla prowadzonej działalności” oraz że „w interesie PT leżała krótkoterminowa ochrona w następstwie wykonania opcji kupna”.

111 Skarżąca nie wyjaśnia jednak, dlaczego i w jaki sposób w niniejszym przypadku sprzedaż przez Telefónicę posiadanych przez nią akcji PT mogłaby konkretnie powodować ryzyko, że zbywca będzie nadal eksploatował odnośny sektor, o którym ma dużą wiedzę, ani przed czym konkretnie musiała się chronić ze względu na wykonanie opcji kupna.

112 Ponadto, pomimo nacisku kładzionego na fakt, że opcja kupna i klauzula o zakazie konkurencji pojawiły się jednocześnie w ramach drugiej oferty, co miałoby sugerować istnienie związku pomiędzy nimi, skarżąca nie wykazuje, że wprowadzenie jednej było związane z wprowadzeniem drugiej. Skarżąca poprzestaje na stwierdzeniu, że fakt, iż klauzula była związana z opcją kupna, wynika z wymiany korespondencji pomiędzy Telefónicą i PT, która nastąpiła w dniu 1 czerwca 2010 r. pomiędzy godz. 2.30 i 17.00 i spowodowała podniesienie ceny drugiej oferty. Wspomniana korespondencja, przedstawiona przez Komisję w odpowiedzi na pytanie Sądu, składa się z wymiany pomiędzy Telefónicą i PT wiadomości elektronicznych zawierających kolejne modyfikacje tekstu umowy z zaznaczonymi zmianami. Chociaż wspomniane wersje umowy zawierają rzeczywiście opcję kupna i klauzulę o zakazie konkurencji, nie pozwalają jednak wnioskować o związku zależności pomiędzy tą klauzulą i opcją kupna.

113 W tych warunkach należy uznać, że nie można twierdzić, iż klauzula mogła zostać zakwalifikowana jako ograniczenie akcesoryjne w stosunku do opcji kupna.

114 Co się tyczy, z drugiej strony, odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, skarżąca kładzie nacisk na fakt, że mogli oni mieć dostęp do szczególnie chronionych informacji, nie wykazuje jednak, że istniało rzeczywiste ryzyko, iż Telefónica wykorzysta informacje pozyskane przez powołanych przez nią członków rady nadzorczej PT na szkodę PT po odejściu tych członków.

115 Ponadto należy stwierdzić, że skarżąca nie przedstawia informacji mogących obalić ustalenia Komisji zawarte w motywach 391–401 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi klauzula nie mogła być uzasadniana jako ograniczenie akcesoryjne w stosunku do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę.

116 Komisja stwierdziła w szczególności, że portugalskie prawo spółek, a w szczególności art. 64, 254 i 398 portugalskiego kodeksu handlowego zobowiązują członków rady nadzorczej do niewykorzystywania informacji, do których mieli dostęp w ramach swojej funkcji, do celów innych niż zapewnienie prawidłowego funkcjonowania spółki (motyw 395 zaskarżonej decyzji). Skarżąca nie wyjaśnia jednak, dlaczego – wobec istnienia takiego prawnego obowiązku – klauzula była konieczna w celu ochrony informacji udostępnionych powołanym przez Telefónicę członkom rady nadzorczej PT po ich odejściu z tej rady.

117 Komisja zauważyła też, co się tyczy rzekomej konieczności ochrony poufnych informacji, do których członkowie rady nadzorczej PT powołani przez Telefónicę mieli dostęp, że informacje te zostały udostępnione owym członkom przed transakcją Vivo, że żadne zobowiązanie dotyczące zakazu konkurencji nie było wówczas uważane za konieczne i że strony nie wykazały, dlaczego odejście Telefóniki z rady nadzorczej PT spowodowało potrzebę podjęcia zobowiązania dotyczącego zakazu konkurencji (motywy 393 i 394 zaskarżonej decyzji).

118 Z powyższych rozważań wynika, że skarżąca nie wykazała, iż klauzula była ograniczeniem akcesoryjnym w stosunku do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę.

119 Ponadto należy zauważyć, że skarżąca nie podważyła też uwag Komisji zawartych w motywach 402–404 zaskarżonej decyzji, w myśl których nawet przy założeniu, że zobowiązanie dotyczące zakazu konkurencji było konieczne dla realizacji odejścia z rady nadzorczej PT członków powołanych przez Telefónicę w celu zapewnienia ochrony poufnych informacji udostępnionych temu

organowi, zobowiązanie takie powinno ograniczać się do tego, co było absolutnie niezbędne, co nie miało miejsca w przypadku klauzuli, która ma charakter dwustronny i wobec tego zakazuje nie tylko Telefónice konkurowania z PT, ale również PT konkurowania z Telefónicą.

120 Wreszcie w każdym wypadku należy zauważyć, jak słusznie podkreśla Komisja w motywach 386 i 387 zaskarżonej decyzji, że kwestia, czy ograniczenie może być uznane za akcesoryjne, musi być badana w stosunku do zobowiązania głównego. Tymczasem w niniejszym przypadku operacją główną, w stosunku do której należy ocenić klauzulę o zakazie konkurencji, nie jest ani opcja zakupu, ani odejście członków wyznaczonych przez Telefónicę z rady nadzorczej PT, tylko operacja Vivo. Skarżąca nie podnosi jednak żadnego argumentu mającego wykazać, że klauzula była konieczna, aby umożliwić wykonanie wspomnianej operacji.

121 Z powyższych rozważań wynika, że skarżąca nie wykazała, iż klauzula powinna zostać zakwalifikowana jako ograniczenie akcesoryjne do opcji kupna, jak długo opcja ta była zawarta w umowie, co powinno było zostać uwzględnione przy ocenie okoliczności umowy. Skarżąca nie wykazała też, że klauzula była ograniczeniem akcesoryjnym w stosunku do odejścia powołanych przez Telefónicę członków z rady nadzorczej PT przewidzianego w końcowej wersji umowy, wobec czego nie powinna podlegać zakazowi przewidzianemu w art. 101 TFUE.

W przedmiocie argumentacji dotyczącej tego, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej

122 Skarżąca podnosi, że klauzula nie zawierała żadnego zakazu konkurencji niezgodnego z art. 101 TFUE: zakaz konkurencji ustanowiony w klauzuli był jej zdaniem uzależniony od warunku jego oceny i potwierdzenia przez obie strony i gdyby została przeprowadzona ocena, w wyniku której zostałoby stwierdzone, że zakaz konkurencji jest niedopuszczalny, zakaz ten wygasłby, nigdy nie spowodowawszy żadnych skutków. Takie rozumienie jest zdaniem skarżącej najbardziej akceptowalnym rozumieniem omawianego postanowienia.

123 Według skarżącej ze względu na wzmiankę „w zakresie zgodnym z prawem" klauzula obejmowała w rzeczywistości dwa zobowiązania, a mianowicie zobowiązanie wtórne, polegające na zakazie konkurowania, i zobowiązanie główne do przeprowadzenia oceny własnej, nakładające na strony wymóg ocenienia zgodności z prawem zakazu konkurowania, i jeżeli w wyniku przeprowadzenia oceny własnej przewidzianego przez klauzulę miałoby się okazać, że zakaz konkurencji nie jest zgodny z prawem, zakaz ten automatycznie traciłby moc.

124 Skarżąca twierdzi, że podczas telefonicznych rozmów konferencyjnych w dniach 26 i 29 października 2010 r. strony przeprowadziły ocenę własną przewidzianą w klauzuli i doszły do wniosku, że ograniczenie konkurencji nie jest dopuszczalne. Strony zbadały wówczas, czy należało uchylić klauzulę, ale takie rozwiązanie wydało im się nie bardzo zgodne z istnieniem obowiązku oceny własnej zawartego w klauzuli. PT przyjęła więc, że obowiązek nałożony w klauzuli został wykonany wraz z przeprowadzeniem oceny własnej i że właściwe władze powinny zostać powiadomione o wyniku jej przeprowadzenia. W tym kontekście należy zdaniem skarżącej rozumieć porozumienie zawarte pomiędzy stronami w dniu 4 lutego 2011 r., które usuwało klauzulę i potwierdzało, że nigdy nie nałożyła ona zakazu konkurencji na żadną ze stron.

125 Wreszcie zakaz konkurencji nie mógł powodować skutków przed jego potwierdzeniem i nie mógł w konsekwencji być uważany za ograniczenie za względu na cel. W każdym wypadku, nawet gdyby tak było, zakaz utraciłby moc w dniu 29 października 2010 r., od którego dla obu stron było jasne, że nie mogą powołać się na umowę, aby wzajemnie powstrzymać się od konkurowania ze sobą.

126 W rozpatrywanej skardze skarżąca neguje niektóre ustalenia Komisji zawarte w zaskarżonej decyzji, nie przedstawiając jednak konkretnych dowodów lub przynajmniej istotnych argumentów, by je podważyć. W swojej argumentacji skarżąca porusza w istocie następujące punkty: po pierwsze, wniosek zawarty

w motywie 255 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym brzmienie klauzuli wyraźnie świadczy o jej antykonkurencyjnym charakterze, jest błędny; po drugie, strony miały prawo mieć wątpliwości co do możliwości, że klauzula może być zgodna z prawem jako ograniczenie akcesoryjne w stosunku do opcji kupna lub odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę; po trzecie, warunki negocjowania umowy uzasadniały odłożenie badania tej możliwości na później; po czwarte, konferencje głosowe z października 2010 r. potwierdzają, że nastąpiło przeprowadzenie oceny własnej przewidziane w klauzuli; po piąte, porozumienie o uchyleniu klauzuli zawarte w dniu 4 lutego 2011 r. potwierdza, że nastąpiło dokonanie oceny własnej i że klauzula nigdy nie spowodowała jakiegokolwiek skutku; po szóste, Komisja błędnie interpretuje odpowiedzi PT na żądanie udzielenia informacji z dnia 5 stycznia 2011 r., i wreszcie po siódme, strony miały w każdym wypadku wystarczająco dużo argumentów, aby nie przestrzegać klauzuli.

127 W pierwszej kolejności – twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym wniosek zawarty w motywie 255 zaskarżonej decyzji jest błędny, wiąże się z jej argumentacją, w której wyjaśnia ona, że wbrew twierdzeniom Komisji nie analizuje klauzuli jako zwykłego obowiązku oceny własnej, lecz twierdzi, że klauzula zawierała dwa zobowiązania, jedno wstępne i jedno końcowe: wstępny obowiązek oceny własnej polegał na sprawdzeniu, czy zakaz konkurencji był możliwy, natomiast zakaz ten nie mógł zaistnieć bez tego sprawdzenia. Dodanie formuły „w zakresie zgodnym z prawem" oznaczało bowiem, ze żadna ze stron nie miała prawa wymagać, aby druga strona powstrzymała się od konkurowania z nią, bez wcześniejszego potwierdzenia zgodności tego zachowania z prawem, ponieważ zakaz konkurowania ze sobą zależał od spełnienia obowiązku ocenienia zgodności z prawem tego ograniczenia.

128 Zakaz konkurencji był zatem odrębny od obowiązku oceny własnej i zgodnie z wynikiem dokonanej podczas konferencji głosowych w październiku 2010 r. oceny własnej zakaz konkurencji nie był zgodny z prawem. Porozumienie o uchyleniu miało zdaniem skarżącej na celu usunięcie klauzuli, aby rozwiać wątpliwości i ostatecznie wykluczyć istnienie pomiędzy stronami jakiegokolwiek porozumienia o zakazie konkurencji, nie zaś zakończenie obowiązku oceny własnej.

129 Należy zauważyć, podobnie jak czyni to Komisja, że rzekome rozróżnienie dokonane przez skarżącą pomiędzy twierdzeniem zawartym w motywie 76 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym „strony twierdzą, że klauzula nie nakłada zakazu konkurencji, tylko przewiduje jedynie zwykłe obowiązek oceny własnej zgodności z prawem zakresu zobowiązania dotyczącego zakazu konkurencji" i twierdzeniem, iż „klauzula zawierała zakaz konkurencji, którego zgodność z prawem zależała od potwierdzenia przez strony" pozbawione jest jakiegokolwiek znaczenia. Oba twierdzenia sprowadzają się w istocie do tego, że dzięki wzmiance „w zakresie zgodnym z prawem" przewidziany w klauzuli zakaz konkurencji nie był skuteczny przed zbadaniem przez strony jego zgodności z prawem. Ponadto, wbrew temu, co wydaje się podnosić skarżąca, podane wyjaśnienie, iż klauzula nie zawierała obowiązku oceny własnej, tylko wstępny obowiązek oceny własnej i wynikający z niego zakaz konkurencji, nie pozwala obalić argumentów Komisji zawartych w zaskarżonej decyzji.

130 I tak, co się tyczy wniosku Komisji zawartego w motywie 255 zaskarżonej decyzji, wyjaśnienie skarżącej, zgodnie z którym klauzula miała nie zawierać nie tylko obowiązku oceny własnej, lecz również zakazu – wtórnego – konkurencji, nie zmienia faktu, że w sposób oczywisty brzmienie klauzuli w żaden sposób nie odnosi się do jakiegokolwiek dokonania oceny własnej i wobec tego nie może potwierdzać argumentacji stron, w myśl której klauzula zawierała obowiązek przeprowadzenia takiej oceny.

131 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że pozostałe argumenty skarżącej również nie mogą zostać uwzględnione. Z badania elementów, na które powołuje się skarżąca w rozpatrywanej skardze, wynika, iż nie zdołała ona podważyć przeprowadzonej przez Komisję analizy, zgodnie z którą koncepcja, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej, że ta ocena własna nastąpiła i że zakaz konkurencji nigdy nie stał się skuteczny, tak iż nie mogło dojść do naruszenia art. 101 TFUE, nie może zostać uwzględniona. Skarżąca poprzestaje na twierdzeniu, że zakaz konkurencji był uzależniony od

sprawdzenia jego dopuszczalności, ale nie przedstawia żadnego elementu mogącego podważyć elementy przedstawione przez Komisję w celu wykazania, że nic nie wskazuje, aby klauzula zawierała obowiązek oceny własnej, od której zależało wejście w życie zakazu konkurencji.

132 Po pierwsze, skarżąca podnosi elementy mające wykazać, że interpretację, zgodnie z którą klauzula zawierała obowiązek przeprowadzenia oceny własnej zgodności z prawem zakazu konkurencji, potwierdza okoliczność, iż istniała rozsądna wątpliwość co do możliwości uznania zakazu konkurencji za ograniczenie akcesoryjne do opcji kupna lub do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę. Skarżąca twierdzi tutaj, że ze względu na kontekst i presję negocjacji wydawało jej się rozsądne odłożyć na bok zakaz konkurencji do czasu sprawdzenia konsekwencji usunięcia opcji kupna i utrzymania obowiązku dymisji członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę.

133 Argumentację tę należy zatem oddalić.

134 Co się tyczy, po pierwsze, opcji kupna, należy przypomnieć, że była ona przewidziana w ofertach drugiej i trzeciej (motywy 41 i 46 zaskarżonej decyzji) i że nie było jej już w ofercie czwartej, ponieważ w międzyczasie Telefónica sprzedała większość swojego udziału w PT, który początkowo wynosił 10% (motyw 18 zaskarżonej decyzji).

135 To w ten sposób, jak twierdzi skarżąca, ze względu na krótki odstęp czasu pomiędzy otrzymaniem czwartej oferty i podpisaniem umowy – 24 godzin – strony nie zdążyły sprawdzić, czy klauzula mogła być nadal zgodna z prawem bez opcji kupna, wobec czego przekształciły klauzulę w klauzulę oceny własnej w celu przesunięcia na później badania jej zgodności z prawem.

136 Jednak z tego, co zostało stwierdzone w pkt 110–113 powyżej, wynika, że skarżąca nie zdołała wykazać, iż klauzula mogła być uznana za ograniczenie akcesoryjne do opcji kupna w czasie, gdy opcja ta znajdowała się w umowie, lub że mogła istnieć w tym względzie rozsądna wątpliwość, wobec czego żadna argumentacja oparta na tej koncepcji nie może zostać uwzględniona.

137 Co się tyczy, po drugie, przewidzianego w umowie odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, zostało również stwierdzone w pkt 114–118 powyżej, że nie wykazano, iż klauzula była ograniczeniem akcesoryjnym do tego odejścia, wobec czego potencjalna wątpliwość w tym względzie nie może potwierdzać tezy, jakoby klauzula w rzeczywistości ustanawiała obowiązek dokonania własnej oceny zgodności z prawem takiego ograniczenia.

138 W tym kontekście należy ponadto zauważyć, że jak wskazała Komisja w motywie 376b zaskarżonej decyzji, argumentacja skarżącej jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ twierdzenia, z jednej strony jakoby klauzula mogła być uznana za ograniczenie akcesoryjne do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, a z drugiej strony jakoby dokonanie oceny własnej pozwoliło stwierdzić, że klauzula nie była zgodna z prawem konkurencji, są niespójne, ponieważ jeżeli klauzula była zgodna z prawem jako ograniczenie akcesoryjne do odejścia członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę, to potencjalne dokonanie oceny własnej nie mogłoby prowadzić do wniosku, że klauzula była niezgodna z prawem.

139 Ponadto należy wskazać, że kładąc nacisk na rzekomą trudność kwestii prawnej, czy klauzula mogła być uznana za ograniczenie akcesoryjne wobec odejścia członków rady nadzorczej PT powołanym przez Telefónicę, skarżąca nigdy nie twierdziła, jak słusznie wskazała Komisja, że ocena zgodności z prawem klauzuli podczas konferencji głosowych, która miała mieć miejsce w październiku 2010 r., była długa lub trudna, lecz przeciwnie, podniosła, że dwie rozmowy telefoniczne wystarczyły, aby strony doszły w tej kwestii do porozumienia.

140 Z powyższego wynika, że przedstawiana złożoność prawna kwestii związanych z możliwością zakwalifikowania klauzuli jako ograniczenia akcesoryjnego do opcji kupna lub do odejścia członków rady nadzorczej powołanych przez Telefónicę nie może zostać uznana za okoliczność przemawiającą na korzyść argumentacji, iż zapis „w zakresie zgodnym z prawem" wprowadził obowiązek własnej oceny zgodności z prawem zakazu konkurencji zawartego w klauzuli.

141 Po drugie, skarżąca utrzymuje, że warunki negocjacji umowy uzasadniały dodanie do zakazu konkurencji obowiązku uprzedniej oceny własnej. Jak twierdzi skarżąca, podczas badania czwartej oferty strony dbały o to, aby nie badać ponownie klauzul pochodzących z ofert wcześniejszych, i zmieniały je tylko wówczas, gdy okazywało się to niezbędne w celu dostosowania propozycji do istotnych cech operacji. Dodanie formuły „w zakresie zgodnym z prawem" wynikało więc z faktu, że okoliczności uległy zmianie wraz z pominięciem opcji kupna, ale ze względu na liczne ograniczenia negocjacji nie było możliwe potwierdzenie a priori zgodności z prawem utrzymania porozumienia o zakazie konkurencji w pierwotnie przewidzianym brzmieniu.

142 Skarżąca podnosi ponadto, że umowa została podpisana mniej niż 24 godziny po otrzymaniu czwartej oferty. W tym czasie, jako że chodziło o sfinalizowanie nabycia Vivo i Oi, klauzula była najmniejszym problemem PT, nic nie świadczy o tym, że strony rozmawiały o ostatecznym brzmieniu klauzuli, i wszystko wskazuje, że nic w tym względzie nie zrobiły.

143 Również ta argumentacja nie może zostać uwzględniona.

144 Przede wszystkim, jeśli chodzi o opuszczenie opcji kupna, należy przypomnieć, że w dniu 23 czerwca 2010 r. Telefónica powiadomiła, iż zmniejszyła swój udział w PT do prawie 2%, tak iż, jak słusznie wskazuje Komisja, od tego dnia, czyli ponad miesiąc przed wysłaniem czwartej oferty w dniu 27 lipca i podpisaniem umowy w dniu 28 lipca 2010 r., strony były świadome zniknięcia wszelkiego potencjalnego związku pomiędzy opcją kupna i klauzulą. Jak z tego wynika, skarżąca nie może utrzymywać, że strony miały zaledwie 24 godziny na dokonanie oceny konsekwencji usunięcia opcji kupna.

145 Następnie należy zauważyć, że skarżąca nie obala dowodów przedstawionych przez Komisję, aby wykazać, iż strony zmieniały brzmienie umowy do zakończenia negocjacji, to znaczy okoliczności, że klauzule 6 i 7 umowy uległy zmianie w czasie pomiędzy przedstawieniem czwartej oferty i podpisaniem umowy oraz że sama klauzula była przedmiotem dyskusji i zmian dotyczących czasu jej obowiązywania na krótko przed podpisaniem umowy. Skarżąca poprzestaje na stwierdzeniu, iż „nic nie świadczy o tym, że strony rozmawiały o ostatecznym brzmieniu klauzuli, i wszystko wskazuje, że nic w tym względzie nie zrobiły". Ponadto twierdzenie skarżącej w pkt 34 repliki, zgodnie z którym zmiana klauzuli polegająca na zastąpieniu daty rozpoczęcia jej obowiązywania wskazanej jako „dzień podpisania niniejszego aktu" przez „dzień [ostatecznego zawarcia transakcji]" stanowi zwykłą logiczna zmianę, a nawet automatyczną poprawkę, nie może zostać uwzględnione. Sformułowanie „dzień podpisania niniejszego aktu" oznaczałoby bowiem, że klauzula zaczynała obowiązywać w chwili podpisania umowy, to znaczy w dniu 28 lipca 2010 r., natomiast sformułowanie „dzień [ostatecznego zawarcia transakcji]" oznacza, że klauzula zaczynała obowiązywać w chwili ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r. (zob. pkt 22 i 25 powyżej).

146 Wreszcie, ogólnie rzecz ujmując, argumentacja skarżącej oparta na podkreślanej przez nią trudności warunków negocjacji powinna zostać oddalona. I tak Komisja słusznie stwierdza w motywie 249 zaskarżonej decyzji i w pkt 49 odpowiedzi na skargę, że po prostu nie jest wiarygodne, by przedsiębiorstwa takie jak Telefónica i PT, mające dostęp do wysokiej jakości porad prawnych i korzystające z nich, „odfajkowały" dyskusję o brzmieniu umowy, a w szczególności klauzuli, i ich zmianę. Skarżąca w żaden sposób nie obala zresztą tego twierdzenia, raz jeszcze poprzestając na stwierdzeniu, że „prawdopodobieństwo, iż w początkowym okresie strony miały dostęp do wysokiej jakości porad prawnych i że z nich korzystały, było co najmniej niepewne i obiektywnie ograniczone".

147 Po trzecie, skarżąca podnosi, że przeprowadzenie oceny własnej, które miało być przewidziane w klauzuli, zostało wykonane podczas konferencji głosowych, które miały miejsce w dniach 26 i 29 października 2010 r. Ponieważ jednak skarżąca ponownie nie podważa analizy dokonanej przez Komisję w szczególności w motywach 102–124 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którą przedstawione przez strony dowody nie pozwalają stwierdzić, że „wygaśnięcie" klauzuli z dniem 29 października 2010 r. zostało wykazane, że w klauzula przewidywała ocenę własną lub że owa wskazywana ocena własna spowodowała jakikolwiek skutek (motyw 124 zaskarżonej decyzji), jej zastrzeżenia raz jeszcze powinny zostać oddalone. Skarżąca poprzestaje bowiem na stwierdzeniu, że „dowód kontaktów i dowód ich zakresu są tożsame i są one zgodne", że „nie wydaje się rozsądne wierzyć, iż [konferencje głosowe] miały inny cel niż przedyskutowanie [klauzuli] oraz iż potwierdza to, że zakaz konkurencji był legalny", że „żaden dowód nie potwierdza tak absurdalnej tezy", oraz że „przeciwnie, wszystko wskazuje, iż wspólne rozważania mogły prowadzić tylko do jednego wniosku [a mianowicie] że zakaz konkurencji był niezgodny z prawem i nieskuteczny".

148 Skarżąca nie obala również argumentacji Komisji, zgodnie z którą gdyby klauzula naprawdę przewidywała obowiązek oceny własnej, byłoby logiczne, że nie tylko o nim wspomina, ale że przewiduje też jego datę zamiast konkretnej daty wejścia w życie lub, w przeciwnym wypadku, że przewiduje, iż strony co najmniej przystąpią do tej oceny niezwłocznie po podpisaniu umowy, a w każdym razie przed przewidzianym wejściem w życie klauzuli w chwili ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r. (motywy 250–255 oraz 309 i nast. zaskarżonej decyzji). Jako że skarżąca poprzestaje na wskazaniu, że „strony mogą uznać za konieczne określenie terminu, podobnie jak mogą postanowić nie wyznaczać go", że ponieważ zakaz konkurencji przewidziany w klauzuli nie był wiążący dopóki nie została potwierdzona jego zgodność z prawem, PT nie uważała wyjaśnienia tej kwestii za pilne, ponieważ temat „został zapomniany", i że w okolicznościach niniejszej sprawy „jest zrozumiałe, że strony nie poświęcały nadmiernej uwagi wyjaśnieniu tej kwestii", należy stwierdzić, że nie wyjaśnia ona ani braku daty na przeprowadzenie oceny własnej, ani opóźnienia w rzekomej realizacji tej oceny.

149 Złożone pod przysięgą oświadczenie pani M.R.S.S.N., przedstawicielki dyrekcji do spraw konkurencji PT w dniu zawarcia umowy, a także porozumienie o uchyleniu klauzuli, przedstawione przez Komisję jako załącznik B.1 do odpowiedzi na skargę, nie zmieniają tego stwierdzenia. Wprawdzie we wspomnianym oświadczeniu pani M.R.S.S.N. potwierdza, że podczas telefonicznych rozmów konferencyjnych pomiędzy Telefónicą i PT w październiku 2010 r. była oceniana dopuszczalność klauzuli w świetle prawa konkurencji, że zostało stwierdzone, iż strony nie mogły podjąć zobowiązania w pierwotnie przewidzianym brzmieniu, i że z owych rozmów konferencyjnych wynika również, iż obowiązek przewidziany w klauzuli mógł być uznany za spełniony z chwilą przeprowadzenia przez strony badania jego zgodności z prawem i stwierdzenia niemożności jego celu (zob. motyw 117 zaskarżonej decyzji), jednak jak podkreśla Komisja (motywy 120 i 122 zaskarżonej decyzji), oświadczenie to nie stanowi współczesnego dowodu treści rozmów z października 2010 r., co nadałoby mu większą wartość dowodową (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 marca 1999 r., Ensidesa/Komisja, T-157/94, Rec, EU:T:1999:54, pkt 312; z dnia 16 grudnia 2003 r., Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied i Technische Unie/Komisja, T-5/00 i T-6/00, Rec, EU:T:2003:342, pkt 181). Ponadto nawet jeśli zeznanie bezpośredniego świadka przedstawionych zdarzeń powinno co do zasady być uznane za dowód o dużej wartości dowodowej (wyrok z dnia 3 marca 2011 r. Siemens/Komisja, T-110/07, Zb.Orz., EU:T:2011:68, pkt 75), należy również uwzględnić okoliczność, że oświadczenie, o które chodzi w niniejszym przypadku, zostało złożone przez osobę, która mogła być bezpośrednio zainteresowana niniejszą sprawą i której nie można uznać za niezależną od skarżącej (zob. podobnie ww. wyrok Siemens/Komisja, EU:T:2011:68, pkt 69, 70).

150 Jak z tego wynika, w świetle wszystkich zgromadzonych elementów wspomniane oświadczenie jako wyłączny dowód nie wystarcza, aby wykazać, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej, przy czym należy przypomnieć, że jeśli chodzi o wartość dowodową, jedynym kryterium istotnym dla oceny swobodnie przedstawionych dowodów jest ich wiarygodność (zob. wyroki z dnia 8 lipca 2004 r.:

Mannesmannröhren-Werke/Komisja, T-44/00, Zb.Orz., EU:T:2004:218, pkt 84 i przytoczone tam orzecznictwo; Dalmine/Komisja, T-50/00, Zb.Orz., EU:T:2004:220, pkt 72; JFE Engineering i in./Komisja, T-67/00, T-68/00, T-71/00 i T-78/00, Zb.Orz, EU:T:2004:221, pkt 273), i że zgodnie z ogólnie obowiązującymi zasadami dotyczącymi przeprowadzenia dowodu wiarygodność, a zatem wartość dowodowa dokumentu zależy od pochodzenia dokumentu, okoliczności jego sporządzenia, jego adresata, a także od tego, czy jego treść jest sensowna i wiarygodna (wyrok z dnia 15 marca 2000 r., Cimenteries CBR i in./Komisja, T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, Rec, EU:T:2000:77, pkt 1053).

151 Po czwarte, skarżąca podważa ocenę Komisji (motywy 313–323 zaskarżonej decyzji) w odniesieniu do porozumienia o uchyleniu klauzuli (zob. pkt 29 powyżej). Zdaniem Komisji porozumienie o uchyleniu klauzuli w istocie nie pozwala przyjąć tezy, zgodnie z którą klauzula zawierała obowiązek oceny własnej wykonany podczas rozmów telefonicznych w październiku 2010 r., między innymi ze względu na to, że żadne sformułowanie w porozumieniu o uchyleniu nie pozwala powiązać decyzji o uchyleniu klauzuli z obowiązkiem oceny własnej (motyw 315 zaskarżonej decyzji). Motywy postanowienia o uchyleniu wyjaśniają okoliczności, w jakich strony podjęły decyzję o „usunięciu" klauzuli, nie wspominają jednak o rozmowach telefonicznych w październiku (motyw 316 zaskarżonej decyzji), a sformułowanie porozumienia o uchyleniu wyraźnie wskazuje, ze klauzula zawierała zakaz konkurencji, a nie obowiązek oceny własnej (motywy 317–322 zaskarżonej decyzji).

152 Skarżąca podnosi, że wykładnia Komisji jest oparta na błędnym założeniu, zgodnie z którym strony miałyby twierdzić, że klauzula zawierała po prostu obowiązek oceny własnej, gdy tymczasem PT zawsze twierdziła, że klauzula zawierała dwa obowiązki, wstępny obowiązek oceny własnej i wtórny obowiązek obejmujący zakaz konkurencji. Przy takim rozumieniu sprawy porozumienie o uchyleniu nie zawierałoby wcale koncepcji, że klauzula ustanawiała obowiązek oceny własnej.

153 Argumentację tę należy oddalić. Nawet gdyby należało uwzględnić wykładnię, zgodnie z którą klauzula zawierała obowiązek oceny własnej i zakaz konkurencji, należy stwierdzić, że argumentacja Komisji streszczona w pkt 151 powyżej pozostaje skuteczna. Skarżąca poprzestaje zresztą na podniesieniu, że porozumienie o uchyleniu „potwierdza" wykładnię dokonaną przez strony podczas konferencji głosowych w październiku 2010 r. i że zawarte w tym porozumieniu stwierdzenie, zgodnie z którym klauzula „nie może być wykonana i nigdy nie była wykonana", wydaje się spójne jedynie wówczas, gdy ogranicza klauzulę się do obowiązku oceny własnej, ponieważ niespójne byłoby twierdzenie, że obowiązek nie może być i nigdy nie był wykonany, podczas gdy strony twierdzą właśnie, że ocena własna przewidziana rzekomo w klauzuli miała miejsce, nie natomiast w sytuacji, jeżeli uzna się, że klauzula obejmowała obowiązek oceny własnej i obowiązek przestrzegania zakazu konkurencji, ponieważ w takim wypadku twierdzenie, że obowiązek przewidziany w klauzuli nie może być i nigdy nie był wykonany, nie byłoby niespójne.

154 Argumentacja ta nie zmienia jednak faktu, że porozumienie nie wspomina o konferencjach głosowych w październiku 2010 r., o wykładni klauzuli, jaka miała być przyjęta podczas tych konferencji głosowych, o tym, że potwierdza ona przedstawiany wynik wspomnianych rozmów konferencyjnych lub, ogólnie, o tym, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej. Nawet przy uwzględnieniu wskazywanej przez PT różnicy pomiędzy twierdzeniem, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej, i twierdzeniem, że zawierała obowiązek oceny własnej i obowiązek przestrzegania zakazu konkurencji, brzmienie porozumienia o uchyleniu, a w szczególności stwierdzenia, że klauzula nie może być wykonana i nigdy nie była wykonana, pozostaje w kontekście takiej wykładni niespójne.

155 Po piąte, skarżąca podnosi, że Komisja myli się, kiedy stwierdza w motywie 115 zaskarżonej decyzji, że odpowiedź PT na żądanie udzielenia informacji z dnia 5 stycznia 2011 r. nie wspomina o tym, iż klauzula powinna być interpretowana jako zawierająca obowiązek przeprowadzenia oceny własnej,

i kiedy wskazuje w motywie 303 zaskarżonej decyzji, iż przed udzieleniem odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów strony nie wskazywały, iż klauzula przewidywała obowiązek dokonania oceny własnej.

156 Należy zauważyć, że w pkt 30, 31 i 32 odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji PT stwierdziła, iż „prawda jest taka, że chociaż istnienie tego postanowienia zostało podane do wiadomości publicznej dzięki [jej staraniom] w dniu 9 czerwca 2010 r. (zob. załącznik 10), zostało ono zapomniane, ponieważ przedsiębiorstwo nie czuło się nim związane i nie liczyło na możliwość wymagania od Telefóniki jakiegokolwiek zachowania zgodnego z tymi postanowieniami, przynajmniej zanim nie zostanie przeprowadzona ocena zgodności postanowienia z prawem". Dodała, że „temat ponownie stał się źródłem zaniepokojenia dopiero po informacjach opublikowanych w dziennikach w dniach 23 i 24 sierpnia oraz 19 [października] 2010 r.", że „w następstwie tych publikacji wydała swoim prawnikom polecenie skontaktowania się z prawnikami Telefóniki w celu wyjaśnienia sprawy" i że „dwie konferencje głosowe miały miejsce w dniach 26 i 29 października 2010 r. i zostało stwierdzone, że nie było już wystarczającego uzasadnienia dla klauzuli o zakazie konkurencji oraz że była ona bezużyteczna, wobec czego byłoby lepiej ją uchylić".

157 Chociaż więc PT nie wskazała wyraźnie, iż głównym obowiązkiem ustanowionym w klauzuli był obowiązek oceny własnej, to jednak stwierdziła, iż „nie czuła się związana [klauzulą] i nie liczyła na możliwość wymagania od Telefóniki jakiegokolwiek zachowania zgodnego z tymi postanowieniami, przynajmniej zanim nie zostanie przeprowadzona ocena zgodności postanowienia z prawem", z czego wynika koncepcja przeprowadzenia oceny zgodności klauzuli z prawem przed rozpoczęciem jej obowiązywania.

158 Jednak nawet jeżeli twierdzenie Komisji, zgodnie z którym przed udzieleniem odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów strony nie wskazywały, że klauzula przewidywała obowiązek dokonania oceny własnej, wymaga pewnych uściśleń, omawiane oświadczenia nie tylko nie potwierdzają, iż klauzula utraciła moc w następstwie rzekomego przeprowadzenia oceny własnej, lecz dodatkowo okoliczność, że już ze swojej odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 5 stycznia 2011 r. PT pozwoliła wnioskować, iż zgodność z prawem klauzuli wymagała potwierdzenia przed swoim wejściem w życie, nie zmienia faktu, iż w rozpatrywanej niniejszym skardze do Sądu skarżąca nie wykazała, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej ani że klauzula utraciła moc w następstwie rzekomego przeprowadzenia oceny własnej w październiku 2010 r.

159 Wreszcie, po szóste, skarżąca twierdzi, że w każdym wypadku Komisja powinna była wziąć pod uwagę, iż klauzula była nieskuteczna, ponieważ strony miały wystarczająco dużo argumentów, żaby nie przestrzegać zakazu konkurencji. I tak zdaniem skarżącej z wyjaśnień przestawionych przez Telefónicę i PT jasno wynika, że strony nie miały takich samych interesów w odniesieniu do klauzuli, ponieważ Telefónica utrzymuje, że zgodziła się na nią, aby umożliwić operację Vivo, natomiast w interesie PT była ochrona ze względu na opcję kupna. Strony miały rozbieżne stanowiska na temat tego, co jest prawnie dozwolone, i wobec tego miały wzajemnie przeciwko sobie wystarczająco dużo argumentów, aby nie przestrzegać zakazu konkurencji.

160 Ta argumentacja musi zostać oddalona bez potrzeby badania powodów, które miałyby przemawiać na korzyść faktu, że strony miały wystarczająco dużo argumentów, aby nie przestrzegać zakazu konkurencji. Wystarczy bowiem w tym względzie przypomnieć, że zgodnie z art. 101 ust. 2 TFUE porozumienia zakazane na mocy tego artykułu są nieważne z mocy prawa, wobec czego żadne przedsiębiorstwo nie może być zobowiązane do ich przestrzegania. W rzeczywistości, jako że nieważność przewidziana w art. 101 ust. 2 TFUE jest bezwzględna, porozumienie nieważne na podstawie tego postanowienia nie wywołuje skutków w stosunkach między stronami porozumienia i nie można się na nie powoływać wobec osób trzecich (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 listopada 1971 r., Béguelin Import, 22/71, Rec, EU:C:1971:113, pkt 29). Podnoszone posiadanie „argumentów, aby nie przestrzegać zakazu konkurencji", nie może więc wykluczać porozumienia z zakazu ustanowionego w art. 101 TFUE.

161 Z całości powyższych rozważań wynika, że argument oparty na tym, iż klauzula zawierała obowiązek oceny własnej, należy oddalić.

W przedmiocie argumentacji dotyczącej naruszenia art. 101 TFUE ze względu na niezbadanie warunków potencjalnej konkurencji

162 Skarżąca twierdzi, że Komisja popełniła błąd, nie badając warunków potencjalnej konkurencji w celu sprawdzenia, czy – przy uwzględnieniu struktury rynków właściwych i kontekstu ekonomiczno-prawnego – istniały rzeczywiste i konkretne możliwości, że Telefónica i PT będą ze sobą konkurowały na rynkach właściwych, których miała dotyczyć klauzula. Tymczasem według niej zakwalifikowanie ograniczenia konkurencji jako „ograniczenia ze względu na cel" zależy również od możliwości wywołania przez nie skutków ograniczających.

163 W tym względzie skarżąca podnosi, że z powodu barier prawnych i regulacyjnych dotyczących wejścia na portugalski rynek łączności elektronicznej i ekspansji na tym rynku, jak również z powodu barier związanych z samą strukturą, właściwościami i specyfiką właściwych rynków, strony nie mogły zostać uznane za potencjalnych konkurentów.

164 Skarżąca zarzuca ponadto Komisji, że w zaskarżonej decyzji pominęła przeprowadzoną przez nią w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów wyczerpującą analizę rynków łączności elektronicznej w Portugalii i barier uniemożliwiających konkurencję na tych rynkach. Komisja poprzestała na ogólnej argumentacji niezgodnej z obowiązkami wynikającymi z orzecznictwa i nie obaliła znacznej części argumentów przedstawionych przez skarżącą.

165 W pierwszej kolejności z argumentacji skarżącej wynika, że – ściśle rzecz biorąc – nie podważa ona formalnego uzasadnienia zaskarżonej decyzji, tylko sam fakt, iż Komisja nie przeprowadziła – zdaniem skarżącej niesłusznie – studium struktury właściwych rynków i rzeczywistych możliwości konkurencji pomiędzy stronami na owych rynkach.

166 W każdym wypadku z motywów 265–278 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja wyjaśniła powody, dla których nie uważała za konieczne dokonania szczegółowej analizy struktury rynków właściwych, i że odpowiedziała na argumenty sformułowane przez strony w odpowiedziach na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w odniesieniu do istnienia potencjalnej konkurencji pomiędzy nimi, streszczonymi przez Komisję w motywach 268–270 zaskarżonej decyzji. W zakresie, w jakim argumentację skarżącej można rozumieć w ten sposób, że poddaje ona krytyce, w sposób ogólny, rzekomy brak uzasadnienia zaskarżonej decyzji w tym względzie, argumentacja ta nie może więc zostać uwzględniona.

167 Z jednej strony, dokładniej rzecz ujmując, skarżąca podnosi w pkt 136 i 318 skargi, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie obaliła argumentu powtórzonego w motywie 169 tejże skargi, opartego na twierdzeniu, że jeżeli niektóre rynki detaliczne były wyłączone z zakresu obowiązywania klauzuli, to odpowiadające im rynki hurtowe również powinny być wyłączone, ponieważ rzeczywista lub potencjalna konkurencja na rynkach detalicznych warunkowała konkurencję na rynkach hurtowych, i że jeżeli zakaz konkurencji nie dotyczył tych pierwszych, to nie dotyczył również tych drugich. Jednak z motywów 153, 154 i 169 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja uznała, iż strony powinny być uważane za potencjalnych konkurentów na wszystkich rynkach usług łączności elektronicznej i usług telewizyjnych i że wobec tego, jako że nie zaakceptowała ona założenia, iż niektóre rynki detaliczne powinny zostać wyłączone z zakresu stosowania klauzuli, argument, iż rynki hurtowe odpowiadające owym rynkom detalicznym, komplementarnym w stosunku do nich, powinny zostać wyłączone z zakresu stosowania klauzuli, nie wymagał obalenia.

168 Z drugiej strony skarżąca poddaje krytyce fakt, że zaskarżona decyzja nie zawiera lub zawiera mało rozważań dotyczących tego, które rynki mogły rzeczywiście być przedmiotem omawianego porozumienia. W zakresie, w jakim owa krytyka dotyczy również przestrzegania przez Komisję obowiązku uzasadnienia, powinna ona zostać oddalona, ponieważ w części 5.3 zaskarżonej decyzji (motywy 186–197) Komisja przedstawiła „właściwe rynki produktów", odnosząc się, wbrew twierdzeniom skarżącej, nie tylko do wytycznych określonych w swym zaleceniu z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 344, s. 65), lecz również do swoich wcześniejszych decyzji i do orzecznictwa (motyw 186 zaskarżonej decyzji). Ponadto w części 5.5 zaskarżonej decyzji (motywy 200–233 zaskarżonej decyzji) Komisja przeanalizowała „obecność stron na rynkach właściwych". Wreszcie Komisja stwierdziła, że ze względu na zakres stosowania klauzuli dokładne kontury każdego z rynków właściwych mogły zostać niedookreślone.

169 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o zastrzeżenie dotyczące niewłaściwej oceny „zdolności" klauzuli do ograniczenia konkurencji pomiędzy PT i Telefónicą z powodu stanowiska Komisji, zgodnie z którym w niniejszym przypadku nie była ona zobowiązana do dokonania szczegółowej analizy struktury odnośnych rynków, należy – jak wynika z zaskarżonej decyzji – wskazać trzy elementy, na których oparła się Komisja w celu stwierdzenia, że żadna szczegółowa analiza potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami nie była potrzebna, żeby ocenić, czy porozumienie stanowiło ograniczenie konkurencji ze względu na cel (motyw 278 zaskarżonej decyzji).

170 Przede wszystkim Komisja wskazała, że fakt zawarcia porozumienia o zakazie konkurencji, w którym rozważano konieczność przeprowadzenia własnej oceny zgodności z prawem i zakresu stosowania akcesoryjnego zobowiązania dotyczącego zakazu konkurencji, jeżeli zastosuje się wykładnię klauzuli zaproponowaną przez strony, stanowił przyznanie przez strony, że były co najmniej potencjalnymi konkurentami w odniesieniu do niektórych usług. Gdyby bowiem nie istniała żadna potencjalna konkurencja, nie byłoby potrzeby zawierania jakiegokolwiek porozumienia o zakazie konkurencji ani rozważania dokonania własnej oceny zobowiązania dotyczącego zakazu konkurencji (motyw 271 zaskarżonej decyzji).

171 Następnie Komisja zauważyła, że klauzula miała szeroki zakres stosowania, ponieważ stosowała się do wszystkich usług łączności elektronicznej, jak również do usług telewizyjnych (motywy 141, 265 i 278 zaskarżonej decyzji).

172 Wreszcie Komisja wskazała, że wspomniane usługi zostały zliberalizowane zgodnie z ramami regulacyjnymi Unii, które umożliwiały i wspierały konkurencję pomiędzy operatorami (motyw 265 zaskarżonej decyzji), oraz że ten zliberalizowany kontekst, w którym konkurencja była możliwa i wspierana, powinien stanowić punkt wyjścia do oceny klauzuli (motyw 267 zaskarżonej decyzji).

173 Należy ponadto przypomnieć, iż dla stwierdzenia antykonkurencyjnego celu niewątpliwie wystarczy, że porozumienie może oddziaływać negatywnie na konkurencję, to znaczy rzeczywiście być w stanie zapobiec konkurencji na wspólnym rynku, ograniczyć ją lub zakłócić (wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, Zb.Orz., EU:C:2013:160, pkt 38).

174 Ponadto należy przypomnieć ponownie (zob. pkt 90 powyżej), że aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami lub też decyzja związku przedsiębiorstw wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się na treści ich postanowień, na celach, do których osiągnięcia zmierzają, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisują. W ramach oceny takiego kontekstu należy również wziąć pod uwagę charakter dóbr lub usług, których dane porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków (zob. ww. w pkt 86 wyrok CB/Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).

175 Chociaż jednak przy wykładni kontekstu porozumienia należy wziąć pod uwagę rzeczywiste warunki funkcjonowania i strukturę rynku właściwego lub rynków właściwych, Komisja nie zawsze jest zobowiązana do określenia rynku właściwego lub rynków właściwych. Określenie rynku właściwego odgrywa bowiem inną rolę w przypadku stosowania art. 101 TFUE, a inną w przypadku art. 102 TFUE. W ramach stosowania art. 102 TFUE właściwe określenie rynku właściwego stanowi warunek konieczny i poprzedzający ocenę domniemanego antykonkurencyjnego zachowania (wyroki: z dnia 10 marca 1992 r., SIV i in./Komisja, T-68/89, T-77/89 i T-78/89, Rec, EU:T:1992:38, pkt 159; z dnia 11 grudnia 2003 r., Adriatica di Navigazione/Komisja, T-61/99, Zb.Orz., EU:T:2003:335, pkt 27), ponieważ przed stwierdzeniem istnienia nadużycia pozycji dominującej należy stwierdzić istnienie pozycji dominującej na danym rynku, co wymaga jego wcześniejszego wyznaczenia. Z utrwalonego orzecznictwa wynika natomiast, że w ramach stosowania art. 101 TFUE rynek właściwy należy określić w celu ustalenia, czy dane porozumienie może wpływać na handel między państwami członkowskimi i czy jego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na wspólnym rynku (wyrok z dnia 21 lutego 1995 r., SPO i in./Komisja, T-29/92, Rec, EU:T:1995:34, pkt 74; ww. wyrok Adriatica di Navigazione/Komisja, EU:T:2003:335, pkt 27; zob. również wyrok z dnia 12 września 2007 r., Prym i Prym Consumer/Komisja, T-30/05, EU:T:2007:267, pkt 86 i przytoczone tam orzecznictwo).

176 I tak w ramach art. 101 ust. 1 TFUE uprzednie określenie właściwego rynku nie jest konieczne, w przypadku gdy sporne porozumienie ma samo w sobie cel antykonkurencyjny, to znaczy wówczas, gdy Komisja mogła stwierdzić w sposób właściwy, bez wcześniejszego wyznaczenia rynku, że sporne porozumienie zakłócało konkurencję i mogło znacząco wpłynąć na handel pomiędzy państwami członkowskimi. W szczególności chodzi o przypadki najpoważniejszych ograniczeń, wyraźnie zakazanych w art. 101 ust. 1 lit. a)–e)TFUE (opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawach połączonych Erste Group Bank i in./Komisja, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:192, pkt 168–175). Tak więc jeżeli sam cel porozumienia polega na ograniczeniu konkurencji poprzez „podział rynków", to nie ma potrzeby określenia rynków właściwych w sposób dokładny, gdyż istniejąca lub potencjalna konkurencja na danym terytorium jest z pewnością ograniczona (ww. w pkt 150 wyrok Mannesmannröhren-Werke/Komisja, EU:T:2004:218, pkt 132).

177 Wobec tego, ponieważ w niniejszym przypadku Komisja stwierdziła, że klauzula, której dotyczy kara nałożona w zaskarżonej decyzji, miała na celu podział rynków, skarżąca nie może twierdzić, że stwierdzenie, czy klauzula stanowiła ograniczenie konkurencji ze względu na cel, wymagało szczegółowej analizy odnośnych rynków.

178 Przedsiębiorstwa zawierające porozumienie, które ma na celu w szczególności ograniczenie konkurencji, zasadniczo nie mogą bowiem uniknąć zastosowania wobec nich art. 101 ust. 1 TFUE, twierdząc, że ich porozumienie nie powinno mieć znaczącego wpływu na konkurencję (ww. w pkt 150 wyrok Mannesmannröhren-Werke/Komisja, EU:T:2004:218, pkt 130). Jako że w niniejszym przypadku porozumienie, którego dotyczy kara, stanowiła klauzula o zakazie konkurencji, określona przez strony jako obejmująca „jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim", jego istnienie miało sens, wyłącznie jeżeli istniała konkurencja, którą mogło ograniczyć (ww. w pkt 150 wyrok Mannesmannröhren-Werke/Komisja, EU:T:2004:218, pkt 131; wyrok z dnia 21 maja 2014 r., Toshiba/Komisja, T-519/09, EU:T:2014:263, pkt 231).

179 Wobec tego argumentacja skarżącej, w myśl której istnienie domniemanego porozumienia o zakazie konkurencji nie może stanowić dowodu istnienia potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami, jest pozbawiona znaczenia.

180 Jak bowiem wynika z orzecznictwa, zawarcie takiego porozumienia stanowi co najmniej poważną poszlakę wskazującą na istnienie potencjalnej konkurencji (zob. podobnie ww. w pkt 178 wyrok Toshiba/Komisja, EU:T:2014:263, pkt 231). Jak słusznie podkreśla Komisja w motywie 271 zaskarżonej decyzji, fakt zawarcia porozumienia o zakazie konkurencji stanowi przyznanie przez strony, że były co najmniej potencjalnymi konkurentami w odniesieniu do niektórych usług. Ponadto istnienie porozumienia o zakazie konkurencji jest tylko jednym z elementów, na których oparła się Komisja, aby stwierdzić istnienie potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami (zob. pkt 169–172 powyżej i pkt 182 poniżej).

181 W tym względzie, jak wynika w szczególności z orzecznictwa, w stosunku do zliberalizowanego rynku, takiego jak ten, którego dotyczy niniejsza sprawa, Komisja nie musi dokonywać analizy struktury odnośnego rynku ani tego, czy wejście na ów rynek stanowiłoby dla każdej ze stron racjonalną strategię gospodarczą (zob. podobnie ww. w pkt 99 wyrok E.ON Ruhrgas et E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 89–93), lecz jest zobowiązana zbadać, czy istnieją nieprzekraczalne bariery wejścia na rynek, wykluczające wszelką potencjalną konkurencję (zob. podobnie ww. w pkt 178 wyrok Toshiba/Komisja, EU:T:2014:263, pkt 230).

182 Natomiast w niniejszym przypadku Komisja nie tylko stwierdziła, że rynek usług telekomunikacyjnych i telewizyjnych w Hiszpanii i w Portugalii był całkowicie zliberalizowany (zob. pkt 172 powyżej), lecz również wskazała, że strony – jak same przyznały – były obecne na rynkach świadczenia globalnych usług telekomunikacyjnych, a także na rynkach hurtowych usług połączeń międzynarodowych na całym rynku iberyjskim (motywy 173, 174 i 272 zaskarżonej decyzji); że nie wykazały one, iż przewidziany w klauzuli czas stosowania okazał się niewystarczający, aby dokonać nabycia istniejącego operatora telekomunikacyjnego jako środka do stania się posiadaczem pewnych sieci bez konieczności ich budowy (motyw 273 zaskarżonej decyzji); że nie można było powoływać się na bieżącą sytuację rynków hiszpańskiego i portugalskiego w celu wykluczenia możliwości inwestowania w tym sektorze, ponieważ pomimo kryzysu nastąpił w nim wzrost inwestycji lub były co najmniej stabilne (motyw 274 zaskarżonej decyzji); i wreszcie że Telefónica sama przyznała, iż złożenie publicznej oferty nabycia spółki takiej jak PT było możliwe przy okazji negocjacji dotyczących transakcji Vivo, wobec czego nabycie konkurenta PT również mogło okazać się możliwe (motywy 37 i 275–277 zaskarżonej decyzji.

183 Skarżąca nie podnosi w skardze żadnych argumentów mogących wskazywać, że pomimo wspomnianych elementów szczegółowa analiza rynków właściwych była potrzebna, aby stwierdzić, że żadna nieprzekraczalna bariera nie uniemożliwiała stronom wejścia na sąsiednie rynki odpowiednio każdej nich.

184 Należy bowiem zauważyć, że oprócz argumentacji omówionej w pkt 162–181 powyżej skarżąca poprzestaje w swoich pismach na zanegowaniu argumentacji Komisji streszczonej w pkt 182 powyżej, przy czym owa negacja nie podważa analizy Komisji, zgodnie z którą w niniejszym przypadku nie była ona zobowiązana do dokonania szczegółowej analizy potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami na rynkach, których dotyczyła klauzula.

185 Również dodatkowa argumentacja skarżącej, polegająca na przedstawieniu argumentów mających wykazać, że wejście na odnośne rynki nie byłoby zgodne ze strategicznymi priorytetami stron lub nie byłoby ekonomicznie korzystne ani atrakcyjne, nie może zostać uwzględniona.

186 Wystarczy bowiem wskazać, bez konieczności szczegółowego badania tej argumentacji, że choć zamiar przedsiębiorstwa wejścia na rynek ma w danym przypadku znaczenie dla celów zbadania, czy może być ono zaliczone do potencjalnych konkurentów na tym rynku, to zasadniczy czynnik, na którym musi się opierać taka kwalifikacja, stanowi jednak jego zdolność do wejścia na taki rynek (zob. ww. w pkt 99 wyrok E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, EU:T:2012:332, pkt 87 i przytoczone tam orzecznictwo).

187 Wreszcie, co się tyczy argumentacji skarżącej mającej świadczyć, iż jest oczywiste, że nic w porozumieniu o zakazie konkurencji nie sprzeciwiało się zwiększeniu przez Telefónicę jej udziału w Zon i że wobec tego dalsza rozbudowa przez Telefónicę jej własnej infrastruktury na rynku portugalskim była bardzo mało prawdopodobna, ponieważ byłoby to niekorzystne dla działalności Zon, po pierwsze, należy zauważyć, że jak stwierdziła Komisja w motywie 164 zaskarżonej decyzji, argument jakoby klauzula nie sprzeciwiała się zwiększeniu przez Telefónicę jej udziału w Zon, nie może zostać uwzględniony, ponieważ klauzula zawiera wyraźny zakaz „angażowania się lub inwestowania, bezpośrednio lub pośrednio poprzez podmiot zależny, w jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną", co obejmuje również zwiększenie przez Telefónicę jej udziału w Zon; po drugie, okoliczność, iż Telefónica posiada już mniejszościowy udział w Zon, którego zwiększenie było zakazane przez klauzulę, nie może świadczyć o tym, że Telefónica nie była potencjalnym konkurentem na rynku portugalskim, lecz wskazuje, że Telefónica mogłaby, w braku klauzuli, zwiększyć ów udział lub nabyć udziały w innych operatorach.

188 Z powyższych rozważań wynika, że nie można twierdzić, iż pomimo tego, że samo istnienie klauzuli stanowi poważną poszlakę potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami, że jego celem było porozumienie o podziale rynków, że miało ono szeroki zakres stosowania i że było wpisane w zliberalizowany kontekst ekonomiczny, Komisja powinna była dokonać szczegółowej analizy struktury odnośnych rynków i potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami na owych rynkach, aby stwierdzić, że klauzula stanowiła ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Argumentacja skarżącej dotycząca naruszenia art. 101 TFUE ze względu na niezbadanie warunków potencjalnej konkurencji nie może zatem zostać uwzględniona.

W przedmiocie argumentacji dotyczącej braku skutków

189 Skarżąca twierdzi, że choć klauzula nie zawierała żadnego ograniczenia konkurencji ze względu na cel, Komisja nie wykazała również ani tego, że klauzula wywołała skutki ograniczające konkurencję, ani tego, że mogła ona wywołać takie skutki.

190 Skoro z badania argumentów skarżącej przedstawionego w pkt 93–188 powyżej wynika, że nie zdołała ona wykazać, iż konkluzja Komisji, zgodnie z którą klauzula stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, jest błędna, to argumentacja skarżącej streszczona w pkt 189 powyżej oparta jest na błędnym założeniu, że rozpatrywane zachowanie nie może być zakwalifikowane jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel, i wobec tego musi zostać oddalona. Z samego brzmienia art. 101 ust. 1 TFUE wynika, iż porozumienia między przedsiębiorstwami są zakazane niezależnie od ich skutków, jeżeli mają antykonkurencyjny cel. W konsekwencji wykazanie rzeczywistych antykonkurencyjnych skutków nie jest wymagane, jeżeli ustalony zostanie antykonkurencyjny cel zarzucanych przedsiębiorstwom zachowań (zob. wyrok z dnia 3 marca 2011 r., Siemens Österreich i in./Komisja, od T-122/07 do T-124/07, Zb.Orz., EU:T:2011:70, pkt 75 i przytoczone tam orzecznictwo).

191 W celu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest bowiem zbędne uwzględnienie rzeczywistych skutków porozumienia, skoro jest oczywiste, iż jego celem jest ograniczenie, zapobieżenie lub zakłócenie konkurencji. Dzieje się tak w szczególności w przypadku porozumień dotyczących oczywistych ograniczeń konkurencji, takich jak ustalanie cen i podział rynków (wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., KME Germany i in./Komisja, C-389/10 P, Zb.Orz., EU:C:2011:816, pkt 75).

192 Ponadto należy odrzucić argument skarżącej, zgodnie z którym stwierdzając, że okoliczność, iż strony nie rozwinęły nowej działalności w Hiszpanii lub w Portugalii, stanowi niejednoznaczną oznakę stosowania klauzuli (motyw 365 zaskarżonej decyzji), Komisja wymaga od stron „diabelskiego dowodu", że ów brak nowej działalności nie został spowodowany przez klauzulę. Ponieważ aby wykazać, że klauzula stanowi naruszenie art. 101 TFUE, Komisja nie opiera się na tym twierdzeniu, tylko na fakcie, że klauzula ma charakter naruszenia ze względu na cel, i ponieważ oprócz tego Komisja

wskazała, iż okoliczność, że strony nie rozwinęły nowej działalności w Hiszpanii lub w Portugalii, stanowi „niejednoznaczną poszlakę" świadczącą o tym, że klauzula mogła być wykonywana, skarżąca nie może zarzucać Komisji, że wymaga ona od stron jakiegoś diabelskiego dowodu.

193 Wobec tego argumentacja dotycząca niezbadania przez Komisję skutków klauzuli powinna zostać oddalona.

2. *W przedmiocie żądań dotyczących kwoty grzywny*

194 Tytułem ewentualnym skarżąca podważa kwotę nałożonej na nią grzywny i twierdzi, że grzywna powinna zostać obniżona, ponieważ nawet gdyby klauzula mogła powodować skutki ograniczające konkurencję, Komisja przy określeniu kwoty grzywny nie wyważyła należycie rozmiaru tych skutków i czasu ich trwania, naruszając w ten sposób zasady dotyczące obliczania grzywien i zasadę proporcjonalności.

a) Uwagi wstępne

W przedmiocie zasad dotyczących obliczania grzywien

195 Należy przypomnieć, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż Komisja dysponuje szerokim zakresem uznania w odniesieniu do metody obliczania grzywien. Owa metoda, określona w wytycznych, obejmuje różne elementy cechujące się elastycznością, umożliwiające Komisji skorzystanie z przysługującego jej uznania w sposób zgodny z przepisami art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 3 września 2009 r., Papierfabrik August Koehler i in./Komisja, C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:500, pkt 112 i przytoczone tam orzecznictwo).

196 Wagę naruszeń unijnego prawa konkurencji należy ustalić na podstawie licznych okoliczności, do których należą szczególne okoliczności sprawy, jej kontekst i odstraszające działanie grzywien, przy czym nie ma potrzeby ustalania wiążącej lub wyczerpującej listy kryteriów, które należy obowiązkowo uwzględnić (wyroki: z dnia 19 marca 2009 r., Archer Daniels Midland/Komisja, C-510/06 P, Zb.Orz. EU:C:2009:166, pkt 72; z dnia 3 września 2009 r., Prym i Prym Consumer/Komisja, C-534/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:505, pkt 54).

197 Jak zostało wyjaśnione w pkt 52 powyżej, Komisja ustaliła w niniejszym przypadku kwotę grzywien, stosując metodę zdefiniowaną w wytycznych.

198 Owych wytycznych nie można uznać za normę prawną, której administracja musi przestrzegać w każdym wypadku, lecz za normę postępowania, która stanowi pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej i od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania (zob. analogicznie wyroki: z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Zb.Orz., EU:C:2005:408, pkt 209 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 8 października 2008 r., Carbone-Lorraine/Komisja, T-73/04 Zb.Orz., EU:T:2008:416, pkt 70).

199 Komisja, przyjmując takie normy postępowania i ogłaszając poprzez publikację, że będzie je stosować od tej pory do przypadków w nich przewidzianych, sama wyznacza sobie granice uznania i nie może odejść od tych norm bez narażania się w danym przypadku na sankcję za naruszenie ogólnych zasad prawa, takich jak zasada równego traktowania lub zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań (zob. analogicznie ww. w pkt 198 wyroki: Dansk Rørindustri i in./Komisja, EU:C:2005:408, pkt 211 i przytoczone tam orzecznictwo; Carbone-Lorraine/Komisja, EU:T:2008:416, pkt 71).

200 Ponadto wytyczne określają w sposób generalny i abstrakcyjny tryb postępowania, jaki narzuciła sobie Komisja dla celów ustalania kwoty grzywien, i zapewniają w konsekwencji tym przedsiębiorstwom pewność prawa (zob. analogicznie ww. w pkt 198 wyrok Dansk Rørindustri i in./Komisja, EU:C:2005:408, pkt 211, 213).

201 Punkty 4 i 5 wytycznych przewidują, co następuje:

„4. Uprawnienia Komisji w zakresie nakładania grzywien na przedsiębiorstwa i związki przedsiębiorstw, które umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszają przepisy art. [101 TFUE] lub [102 TFUE], należą do środków, które przyznaje się Komisji w celu realizacji przypisanej jej traktatem funkcji kontrolnej. Funkcja ta nie polega wyłącznie na prowadzeniu dochodzeń w sprawie poszczególnych naruszeń przepisów i nakładania sankcji w tym zakresie. Obejmuje ona również zadanie realizacji ogólnej polityki mającej na celu stosowanie przewidzianych traktatem zasad ochrony konkurencji oraz kierowanie działaniami przedsiębiorstw w świetle tych zasad. W tym celu Komisja musi zapewnić, by jej działania miały efekt odstraszający. W konsekwencji jeżeli Komisja stwierdzi naruszenie przepisów z art. [101 TFUE] i [102 TFUE], nałożenie grzywny na podmiot dokonujący naruszenia może okazać się konieczne. Powodem, dla którego grzywny ustala się na poziomie odpowiednio wysokim dla osiągnięcia efektu odstraszającego, jest nie tylko ukaranie przedsiębiorstw (konkretny efekt odstraszający), lecz również powstrzymanie innych przedsiębiorstw od podejmowania działań sprzecznych z przepisami art. [101 TFUE] i [102 TFUE] lub kontynuowania tego rodzaju działań (ogólny efekt odstraszający).

5. Dla osiągnięcia powyższych celów przy ustalaniu wysokości grzywien Komisja powinna oprzeć się na danych dotyczących wartości sprzedaży dóbr lub usług mających związek z naruszeniem przepisów. Także czas trwania naruszenia powinien odgrywać znaczącą rolę przy ustalaniu kwoty grzywny. Ma on istotny wpływ na potencjalne konsekwencje rynkowe naruszenia przepisów. Dlatego też przy ustalaniu wysokości grzywny ważne jest uwzględnienie liczby lat, w ciągu których dane przedsiębiorstwo brało udział w naruszeniu”.

202 Wytyczne określają metodę obliczania obejmującą dwa etapy (pkt 9 wytycznych). Przewidują one, że w pierwszym etapie Komisja określa kwotę podstawową dla każdego tego przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw. Zawierają w tym względzie następujące postanowienia:

„12. Kwota podstawowa zostanie ustalona w odniesieniu do wartości sprzedaży zgodnie z następującą metodologią.

[…]

13. W celu ustalenia kwoty podstawowej grzywny Komisja uwzględni wartość sprzedaży [towarów] lub usług [osiągniętą] przez przedsiębiorstwo, [mającą] bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, [na] danym [obszarze] geograficznym na terytorium EOG. Zazwyczaj Komisja będzie uwzględniać wartość sprzedaży przedsiębiorstwa za ostatni pełny rok, [w którym uczestniczyło w naruszeniu].

[…]

19. W celu ustalenia podstawowej kwoty grzywny pewna część wartości sprzedaży, której wielkość uzależniona jest od wagi naruszenia, zostanie pomnożona przez liczbę lat, w ciągu których dokonywano naruszenia.

20. Ocena wagi naruszenia będzie dokonywana osobno dla każdego przypadku dla każdego rodzaju naruszenia przepisów, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności istotnych dla danego przypadku.

21. Ogólną zasadą jest, że część uwzględnianej wartości sprzedaży będzie ustalana na poziomie do 30% wartości sprzedaży.

22. W celu podjęcia decyzji w kwestii, czy wartość sprzedaży, która ma zostać uwzględniona w danym przypadku, znajdować się będzie w niższej, czy wyższej części tej trzydziestoprocentowej skali, Komisja rozważy takie czynniki jak: charakter naruszenia, wielkość skumulowanej części rynku, jaką dysponują dane przedsiębiorstwa, zakres geograficzny naruszenia oraz fakt, czy naruszenie zostało wprowadzone w życie, czy też nie.

23. Porozumienia horyzontalne dotyczące ustalania cen, podziału rynku i ograniczenia produkcji, które są z reguły tajne, zaliczają się ze względu na swój charakter do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Zgodnie z zasadami polityki konkurencji muszą one być surowo karane. W konsekwencji część sprzedaży, która brana jest pod uwagę w wypadku naruszeń tego rodzaju, znajdować się będzie zazwyczaj w górnym przedziale powyższej skali.

24. W celu dokładnego uwzględnienia czasu trwania uczestnictwa każdego z przedsiębiorstw w naruszaniu przepisów, kwota, której wysokość określana jest w zależności od wartości sprzedaży (patrz pkt 20–23 powyżej), zostanie pomnożona przez liczbę lat trwania tego uczestnictwa. Okresy krótsze niż semestr zostaną policzone jako pół roku; okresy dłuższe niż sześć miesięcy, lecz krótsze od roku, zostaną policzone jako cały rok.

25. Ponadto niezależnie od okresu uczestnictwa danego przedsiębiorstwa w naruszaniu przepisów Komisja dołączy do kwoty podstawowej kwotę w wysokości od 15[%] do 25% wartości sprzedaży, tak jak określono w sekcji A powyżej w celu odstraszania przedsiębiorstw od samego zawierania porozumień horyzontalnych dotyczących ustalania cen, podziału rynku i ograniczenia produkcji. Komisja może zastosować tego rodzaju kwotę dodatkową także w wypadku innych naruszeń przepisów. W celu podjęcia decyzji co do części wartości sprzedaży, która zostanie uwzględniona w danym przypadku, Komisja weźmie pod uwagę pewne czynniki, w szczególności określone w pkt 22.

[…]”.

203 Zgodnie z wytycznymi w drugim etapie obliczania grzywny Komisja może dostosować kwotę podstawową w górę lub w dół na podstawie ogólnej oceny, z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności (pkt 11 i 27 wytycznych).

204 Jeżeli chodzi o wspomniane okoliczności, pkt 29 wytycznych stanowi, co następuje:

„Kwota podstawowa grzywny może zostać obniżona, jeżeli Komisja stwierdzi występowanie okoliczności łagodzących takich jak:

— dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że położyło ono kres naruszaniu przepisów po pierwszej interwencji Komisji. Nie odnosi się to jednak do tajnych porozumień lub praktyk (w szczególności karteli);

— dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że naruszenie przepisów spowodowane było zaniedbaniem;

— dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że jego udział w naruszeniu przepisów jest zasadniczo ograniczony, a w konsekwencji udowodnienie, że w okresie, w którym przystąpiło ono do wywołujących naruszenie przepisów porozumień, w istocie powstrzymywało się ono od stosowania postanowień tych porozumień, przyjmując na rynku postawę pro-konkurencyjną; sam

fakt udziału przedsiębiorstwa w naruszeniu przez okres krótszy niż w przypadku innych przedsiębiorstw nie jest uznawany za okoliczność łagodzącą, gdyż okoliczność ta znajduje już odzwierciedlenie w kwocie podstawowej;

— aktywna współpraca danego przedsiębiorstwa z Komisją, wykraczająca poza zakres stosowania komunikatu w sprawie łagodzenia sankcji i zakres jego prawnego zobowiązania do współpracy;

— udzielone na podstawie przepisów prawnych lub przez organy publiczne upoważnienie lub zachęta do działań zakłócających konkurencję".

205 Wreszcie, jak przypomniał Trybunał w ww. w pkt 191 wyroku KME Germany i in./Komisja (EU:C:2011:816, pkt 129) i w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., KME i in./Komisja (C-272/09 P, Zb.Orz., EU:C:2011:810, pkt 102), do sądu Unii należy przeprowadzenie kontroli legalności, której dokonuje na postawie dowodów przedstawionych przez stronę skarżącą na poparcie podniesionych zarzutów. W trakcie tej kontroli sąd nie może polegać na zakresie uznania, którym dysponuje Komisja, ani w odniesieniu do wyboru aspektów podlegających ocenie w procesie stosowania kryteriów wymienionych w wytycznych, ani w odniesieniu do oceny tych aspektów, z których dokładnej oceny faktycznej i prawnej rezygnuje.

206 Kontroli legalności dopełnia nieograniczone prawo orzekania, które zostało nadane sądom Unii na podstawie art. 17 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 1962, 13, s. 204), i utrzymane w mocy przez art. 31 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, zgodnie z art. 261 TFUE. Prawo to, poza zwykłą kontrolą zgodności sankcji z prawem, upoważnia sąd do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylenia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej grzywny lub okresowej kary pieniężnej (ww. w pkt 205 wyrok KME Germany i in./Komisja, C-389/205 P, EU:C:2011:810, pkt 103).

Zaskarżona decyzja

207 Komisja uznała, że w świetle okoliczności opisanych w zaskarżonej decyzji naruszenie zostało popełnione umyślnie i polegało na porozumieniu, w sposób oczywisty niezgodnym z prawem, o zakazie konkurencji i podziale pomiędzy strony rynków łączności elektronicznej hiszpańskiego i portugalskiego. Według Komisji w odniesieniu do tego rodzaju oczywistych naruszeń strony nie mogą podnosić, że nie działały w sposób umyślny (motyw 477 zaskarżonej decyzji).

208 Co się tyczy wartości sprzedaży służącej jako odniesienie przy ustalaniu kwoty podstawowej, Komisja uznała, że klauzula o zakazie konkurencji dotyczyła wszystkich usług łączności elektronicznej, a także usług telewizyjnych świadczonych w Hiszpanii lub w Portugalii, z wyjątkiem globalnych usług telekomunikacyjnych i hurtowych usług połączeń międzynarodowych, w odniesieniu do których strony konkurowały ze sobą na Półwyspie Iberyjskim w dniu podpisania porozumienia i które z tego względu zostały włączone z jego stosowania. Ponadto, przy uwzględnieniu faktu, że klauzula wyłączała z zakresu swojego stosowania wszelkie inwestycje i działania już prowadzone w dniu podpisania umowy, które mogły być uważane za konkurencyjne wobec działań i inwestycji drugiej strony na rynku iberyjskim, Komisja uwzględniła, w przypadku każdej ze stron, jedynie wartość sprzedaży dokonanej przez każdą z nich w jej kraju pochodzenia. Nie wzięła więc pod uwagę w szczególności wartości sprzedaży dokonanej przez każdą ze stron w kraju pochodzenia drugiej strony, ponieważ kwoty te odpowiadały co do zasady prowadzonym wcześniej działaniom, które nie były objęte klauzulą. Oznacza to, że jeśli chodzi o Telefónicę, wartość sprzedaży została ustalona przez Komisję przy uwzględnieniu wartości sprzedaży dokonanej przez tę spółkę w Hiszpanii, natomiast jeśli chodzi o PT, wspomniana wartość została określona przy uwzględnianiu wartości sprzedaży dokonanej przez tę spółkę w Portugalii (motywy 482 i 483 zaskarżonej decyzji.

209 Następnie Komisja wskazała, że zasadniczo uwzględniła sprzedaż osiągniętą przez przedsiębiorstwa w ostatnim pełnym roku ich uczestnictwa w naruszeniu. Wiedząc, że w niniejszym przypadku naruszenie trwało krócej niż rok i że miało miejsce w latach 2010 i 2011, Komisja wykorzystała sprzedaż dokonaną przez przedsiębiorstwa w 2011 r., która była mniejsza niż sprzedaż odnotowana przez strony w 2010 r. (motyw 484 zaskarżonej decyzji).

210 Co się tyczy wagi naruszenia, która określa, jaki procent wartości sprzedaży należy uwzględnić przy ustalaniu kwoty grzywny, Komisja wskazała, że w niniejszym przypadku naruszenie polegało na porozumieniu o zakazie konkurencji i na podziale rynków łączności elektronicznej i telewizji hiszpańskiego i portugalskiego pomiędzy strony oraz że Telefónica i PT były w swoich państwach operatorami historycznymi (motyw 489 zaskarżonej decyzji).

211 Komisja wskazała, że uwzględniła okoliczność, iż klauzula nie była przez strony utrzymywana w tajemnicy od momentu jej wprowadzenia, po raz pierwszy, do oferty z dnia 1 czerwca 2010 r. W rzeczywistości, jak zostało to przedstawione w motywach 128–130 zaskarżonej decyzji, druga oferta zawierająca projekt klauzuli została zamieszczona przez strony na stronach internetowych każdej z nich i przedstawiona hiszpańskim i portugalskim organom giełdy, które z kolei opublikowały ją na swoich własnych stronach internetowych. Ponadto w dniu 9 czerwca 2010 r. PT rozprowadziła wśród swoich akcjonariuszy broszurę wyjaśniającą transakcję i klauzulę. Dodatkowo umowa zawierająca ostateczną wersję klauzuli stanowiła integralną część akt przekazanych przez Telefónicę i PT Anatel i CADE. Wreszcie w artykule opublikowanym przez *Jornal de Negócios* w dniu 23 sierpnia 2010 r. Telefónica potwierdziła, że umowa zawierała klauzulę o zakazie konkurencji (motyw 491 zaskarżonej decyzji).

212 Jeśli chodzi o czas trwania naruszenia, Komisja uwzględniła okoliczność, że trwało ono od dnia 27 września 2010 r., będącego datą aktu notarialnego, a zatem ostatecznego zawarcia transakcji, do dnia 4 lutego 2011 r., będącego datą porozumienia stron, które położyło kres obowiązywaniu klauzuli (motyw 492 zaskarżonej decyzji).

213 W świetle tych elementów, wielkości przedsiębiorstw i krótkiego czasu obowiązywania porozumienia ograniczającego, zważywszy na szczególne okoliczności niniejszej sprawy, Komisja uznała, że w celu obliczenia kwoty podstawowej grzywien proporcjonalne i wystarczające do uzyskania skutku odstraszającego jest wzięcie pod uwagę niskiego odsetka wartości sprzedaży. Komisja uznała więc, że procent wartości sprzedaży, który zostanie wzięty pod uwagę, powinien wynieść 2% dla obu przedsiębiorstw (motyw 493 zaskarżonej decyzji). Procent wartości sprzedaży przyjęty dla każdego przedsiębiorstwa został pomnożony przez współczynnik przyjęty z tytułu czasu trwania, a mianowicie 0,33, odpowiadający czterem miesiącom pełnego roku.

214 Komisja przyjęła obliczone w ten sposób kwoty jako ostateczne kwoty podstawowe, wobec czego należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku nie dodała stałej kwoty z tytułu odstraszenia (opłaty wejściowej) przewidzianej w pkt 25 wytycznych (zob. pkt 202 powyżej), co zresztą potwierdziła na rozprawie.

215 Jeśli chodzi o dostosowanie kwoty podstawowej, po pierwsze, Komisja uznała, że nie ma żadnej okoliczności obciążającej, którą należałoby uwzględnić w niniejszym przypadku (motyw 496 zaskarżonej decyzji).

216 Po drugie, Komisja przypomniała, że strony postanowiły usunąć klauzulę w dniu 4 lutego 2011 r., kładąc w ten sposób kres rozpatrywanej praktyce antykonkurencyjnej. Zdaniem Komisji zważywszy na fakt, że klauzula została usunięta zaledwie 16 dni po wszczęciu przez Komisję postępowania i 30 dni po skierowaniu przez Komisję do stron pierwszego żądania udzielenia informacji oraz że klauzula nie była utrzymywana w tajemnicy, należało uznać, iż wspomniane usunięcie stanowiło okoliczność łagodzącą, którą należało uwzględnić w stosunku do obu stron (motyw 500 zaskarżonej decyzji).

217 W świetle tych okoliczności Komisja stwierdziła, że kwota podstawowa grzywny, jaką należy nałożyć na strony, powinna zostać obniżona o 20% (motyw 501 zaskarżonej decyzji) i oddaliła wszystkie argumenty stron mające na celu powołanie się na inne okoliczności łagodzące (motywy 502–507 zaskarżonej decyzji).

218 Ostateczne kwoty grzywien wynoszą w konsekwencji 66 894 400 EUR w przypadku Telefóniki i 12 290 400 EUR w przypadku PT.

b) W przedmiocie sprzedaży uwzględnionych w celu obliczenia grzywny

219 Skarżąca podważa ustalenia Komisji dotyczące zakresu stosowania klauzuli i podnosi, że ponieważ wyłączenie niektórych działań z owego zakresu stosowania powodowało zmniejszenie obrotu uwzględnionego przy obliczaniu grzywny, kwota nałożonej na nią grzywny powinna zostać zmniejszona. Zdaniem skarżącej Komisja zignorowała wyczerpującą analizę rynków łączności elektronicznej w Portugalii przeprowadzoną przez skarżącą w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, nie poruszając ani nie obalając znacznej części argumentów przedstawionych przez skarżącą.

W przedmiocie uzasadnienia

220 W zakresie, w jakim tę argumentację skarżącej należy rozumieć jako wskazanie nieprzestrzegania przez Komisję spoczywającego na niej obowiązku uzasadnienia, należy przypomnieć, że uzasadnienie powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i powinno przedstawiać w sposób zrozumiały i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która jest autorem aktu, tak aby umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z powodami podjęcia środka, a właściwemu sądowi przeprowadzenie kontroli (zob. ww. w pkt 78 wyrok Elf Aquitaine/Komisja, EU:C:2011:620, pkt 147 i przytoczone tam orzecznictwo). Nie jest wymagane, by uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne elementy faktyczne i prawne, ponieważ kwestia, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi art. 296 TFUE, powinna być oceniana w świetle nie tylko jego treści, ale również jego kontekstu i całości przepisów prawnych regulujących daną dziedzinę (zob. ww. w pkt 78 wyrok Komisja/Sytraval i Brink's France, EU:C:1998:154, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).

221 Co się tyczy zakresu obowiązku uzasadnienia w odniesieniu do obliczania grzywny nakładanej za naruszenie unijnych zasad konkurencji, należy zauważyć, że art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 przewiduje, iż „[p]rzy ustalaniu wysokości grzywny uwzględnia się ciężar i czas trwania naruszenia". W tym względzie wytyczne, a także obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz.U. 2006, C 298, s. 17) zawierają orientacyjne zasady dotyczące elementów oceny, które Komisja bierze pod uwagę przy ocenie ciężaru i czasu trwania naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 9 lipca 2003 r., Cheil Jedang/Komisja, T-220/00, Rec, EU:T:2003:193, pkt 217 i przytoczone tam orzecznictwo).

222 W tych warunkach istotne wymogi formalne, do ktorych należy obowiązek uzasadnienia, są spełnione, kiedy Komisja wskazuje w swojej decyzji elementy oceny, które wzięła pod uwagę na podstawie wytycznych i, w razie potrzeby, swojego obwieszczenia w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych i które pozwoliły jej ocenić ciężar i czas trwania naruszenia w celu obliczenia kwoty grzywny (zob. podobnie ww. w pkt 221 wyrok Cheil Jedang/Komisja, EU:T:2003:193, pkt 218).

223 W niniejszym przypadku w częściach 5 i 6.3.3.2 zaskarżonej decyzji, a w szczególności w jej motywach 153, 184, 185 i 278 Komisja wskazała, że strony powinny być uznane co najmniej za potencjalnych konkurentów na wszystkich rynkach usług łączności elektronicznej i usług telewizyjnych w Hiszpanii i w Portugalii, że ich argumenty mające spowodować wykluczenie pewnych działań z zakresu stosowania klauzuli nie mogły być uwzględnione i że wobec nieuwzględnienia argumentów

stron ze względu na istnienie potencjalnej konkurencji pomiędzy nimi i przy uwzględnieniu szerokiego zakresu stosowania klauzuli żadna szczegółowa analiza dotycząca tego, czy strony były potencjalnymi konkurentami, nie była w niniejszym przypadku konieczna w odniesieniu do poszczególnych rynków, aby ocenić, czy porozumienie powinno być uznane za stanowiące ograniczenie ze względu na cel. Następnie Komisja wskazała w motywie 482 zaskarżonej decyzji, w tytule „Wartość sprzedaży", że uznała, iż klauzula o zakazie konkurencji miała zastosowanie do wszystkich rodzajów usług łączności elektronicznej oraz do hurtowych usług połączeń międzynarodowych i że wobec tego naruszenie dotyczyło bezpośrednio lub pośrednio wszystkich usług świadczonych w Hiszpanii lub w Portugalii oraz stanowiących integralną część rynków wymienionych w części 5.3, z wyłączeniem globalnych usług telekomunikacyjnych i hurtowych usług połączeń międzynarodowych.

224 Jak z tego wynika, Komisja przedstawiła wystarczające wyjaśnienia dotyczące sposobu określenia przez nią wartości sprzedaży, jaką należało uwzględnić w celu obliczenia grzywny, oraz powodów, dla których uznała, że nie było konieczne badanie każdej z usług, których wyłączenia do celów obliczenia grzywny żądała skarżąca w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. W zakresie, w jakim argumentację skarżącej można rozumieć jako dotyczącą naruszenia obowiązku uzasadnienia, powinna ona zatem zostać oddalona.

Co do istoty

225 Skarżąca podnosi, że z obliczenia grzywny powinna być wyłączona wartość pewnej części sprzedaży, a mianowicie sprzedaży dokonanej na rynkach, na których strony nie były potencjalnymi konkurentami, sprzedaży odpowiadającej prowadzonym już działaniom i sprzedaży dokonanej poza Półwyspem Iberyjskim.

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej działaniom niemogącym być przedmiotem konkurencji

226 Co się tyczy sprzedaży dokonanej na rynkach lub poprzez usługi niebędące zdaniem skarżącej przedmiotem potencjalnej konkurencji, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w motywie 478 zaskarżonej decyzji Komisja dokonała odesłania do pkt 12 wytycznych, który stanowi, że kwota podstawowa grzywny zostanie ustalona w odniesieniu do wartości sprzedaży zgodnie z metodologią przedstawioną w kolejnych punktach. We wspomnianym motywie Komisja wyjaśniła ponadto, że kwota podstawowa grzywny nałożonej na przedsiębiorstwa zostanie ustalona przez odniesienie do wartości sprzedaży towarów lub usług osiągniętych przez przedsiębiorstwa, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, na danym obszarze geograficznym wewnątrz Unii Europejskiej. Następnie Komisja wskazała, w motywie 482 zaskarżonej decyzji (zob. pkt. 208 powyżej), iż uznała, że klauzula o zakazie konkurencji miała zastosowanie do wszystkich rodzajów usług łączności elektronicznej oraz do hurtowych usług połączeń międzynarodowych i że wobec tego naruszenie dotyczyło bezpośrednio lub pośrednio wszystkich usług świadczonych w Hiszpanii lub w Portugalii oraz stanowiących integralną część rynków wymienionych w części 5.3, z wyłączeniem globalnych usług telekomunikacyjnych i hurtowych usług połączeń międzynarodowych.

227 Na rozprawie w odpowiedzi na pytania Sądu Komisja wyjaśniła, że ze względu na bardzo szeroki zakres stosowania klauzuli nie musiała analizować potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami w odniesieniu do każdej z usług przywołanych przez skarżącą w celu określenia wartości sprzedaży, która powinna być uwzględniona przy obliczaniu grzywny. Zdaniem Komisji w odniesieniu do naruszenia ze względu na cel takiego jak w niniejszym przypadku, gdy wspomniane badanie nie było wymagane w celu stwierdzenia naruszenia, nie może ono również być wymagane w celu określenia kwoty grzywny.

228 Argumentacja ta nie może zostać uwzględniona.

229 Klauzula obejmowała bowiem, zgodnie z jej brzmieniem, „jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim". Ponadto w celu obliczenia grzywny Komisja wykorzystała wartość sprzedaży dotyczących działań wchodzących według niej w zakres zastosowania klauzuli i wykluczyła sprzedaż odpowiadającą działaniom już prowadzonym, zgodnie z brzmieniem klauzuli wyłączonym z zakresu jej stosowania. Wobec tego sprzedaż odpowiadająca działaniom niemogącym stanowić konkurencji dla drugiej strony w okresie objętym klauzulą, zgodnie z brzmieniem klauzuli również wykluczona z zakresu stosowania klauzuli, powinna zostać wyłączona także do celów obliczenia grzywny.

230 Z tego wynika, że chociaż w celu stwierdzenia naruszenia Komisja nie musiała oceniać potencjalnej konkurencji w odniesieniu do każdej z usług przywołanych przez skarżącą (zob. pkt 169–188 powyżej), to jednak powinna była zbadać, czy skarżąca miała podstawy, aby twierdzić, że wartość sprzedaży rzeczonych usług powinna zostać wyłączona z obliczania grzywny ze względu na brak potencjalnej konkurencji stron w odniesieniu do owych usług.

231 W tym względzie należy przypomnieć, że jak orzekł już Trybunał, Komisja – biorąc pod uwagę kontekst oraz cel systemu kar ustanowionego w rozporządzeniu nr 1/2003 – jest zobowiązana dokonać oceny, w każdym rozpatrywanym przypadku, zamierzonego wpływu na zainteresowane przedsiębiorstwo, uwzględniając w szczególności obrót tego przedsiębiorstwa odzwierciedlający jego rzeczywistą sytuację gospodarczą w okresie, w którym miało miejsce naruszenie (wyroki: z dnia 7 czerwca 2007 r. Britannia Alloys & Chemicals/Komisja, C-76/06 P, Zb.Orz., EU:C:2007:326, pkt 25; z dnia 12 listopada 2014 r., Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja, C-580/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2363, pkt 53; z dnia 23 kwietnia 2015 r., LG Display i LG Display Taiwan/Komisja, C-227/14 P, Rec, EU:C:2015:258, pkt 49).

232 Przy określaniu kwoty grzywny dopuszczalne jest uwzględnienie zarówno całkowitego obrotu przedsiębiorstwa, który stanowi wskazówkę – nawet jeżeli jest ona przybliżona i nieprecyzyjna – co do wielkości tego przedsiębiorstwa i jego siły ekonomicznej, jak i części tego obrotu, który pochodzi ze sprzedaży towarów będących przedmiotem naruszenia i który może zatem stanowić wskazówkę co do zakresu tego naruszenia (wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r., Musique Diffusion française i in./Komisja, od 100/80 do 103/80, Rec, EU:C:1983:158, pkt 121; ww. w pkt 231 wyroki: Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja, EU:C:2014:2363, pkt 54; LG Display i LG Display Taiwan/Komisja, EU:C:2015:258, pkt 50).

233 Chociaż art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 pozostawia Komisji zakres uznania, to jednak ogranicza on korzystanie z niego, określając obiektywne kryteria, które Komisja jest zobowiązana stosować. Tak więc, po pierwsze, kwota grzywny, jaka może zostać wymierzona, ma górną granicę określoną liczbowo i w sposób bezwzględny, tak że maksymalna kwota grzywny, którą można nałożyć na dane przedsiębiorstwo, może być z góry przewidziana. Po drugie, korzystanie z tych uprawnień dyskrecjonalnych jest też ograniczone normami postępowania, jakie Komisja sama sobie narzuciła w wytycznych (ww. w pkt 231 wyroki: Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja, EU:C:2014:2363, pkt 55; LG Display i LG Display Taiwan/Komisja, EU:C:2015:258, pkt 51).

234 Zatem jeżeli Komisja określa, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku, kwotę podstawową grzywny zgodnie z metodologią przedstawioną w wytycznych, musi stosować się do wspomnianej metodologii.

235 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 13 wytycznych „[w] celu ustalenia kwoty podstawowej grzywny Komisja uwzględni wartość sprzedaży [towarów] lub usług [osiągniętą] przez przedsiębiorstwo, [mającą] bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, [na] danym [obszarze] geograficznym na terytorium EOG". W pkt 6 tychże wytycznych wyjaśniono, że „połączenie wartości

sprzedaży mających związek z naruszeniem przepisów z okresem jego trwania stanowi formułę [odpowiednią wartość zastępczą] odzwierciedlającą zarówno gospodarcze znaczenie naruszenia, jak i stopień zaangażowania każdego z uczestniczących w nim przedsiębiorstw".

236 Z orzecznictwa wynika ponadto, że część obrotu pochodząca ze sprzedaży towarów, których dotyczy naruszenie, może być właściwą wskazówką co do rozmiaru naruszenia na danym rynku, ponieważ obrót osiągany ze sprzedaży towarów będących przedmiotem ograniczającej praktyki stanowi okoliczność obiektywną, która pozwala na dokładne określenie szkodliwości tej praktyki dla normalnej konkurencji (zob. podobnie ww. w pkt 232 wyrok Musique Diffusion française i in./Komisja, EU:C:1983:158, pkt 121; wyrok z dnia 11 marca 1999 r., British Steel/Komisja, T-151/94, Rec, EU:T:1999:52, pkt 643; z dnia 8 lipca 2008 r., Saint-Gobain Gyproc Belgium/Komisja, T-50/03, EU:T:2008:252, pkt 84).

237 Celem pkt 13 wytycznych jest więc przyjęcie za punkt wyjścia przy obliczaniu kwoty grzywny nałożonej na przedsiębiorstwo kwoty odzwierciedlającej gospodarcze znaczenie naruszenia i stopień zaangażowania tego przedsiębiorstwa w to naruszenie (wyrok z dnia 11 lipca 2013 r., Team Relocations i in./Komisja, C-444/11 P, EU:C:2013:464, pkt 76; ww. w pkt 231 wyroki: Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja, EU:C:2014:2363, pkt 57; LG Display i LG Display Taiwan/Komisja, EU:C:2015:258, pkt 53).

238 W konsekwencji pojęcie wartości sprzedaży, o której mowa w pkt 13, obejmuje sprzedaż dokonaną w EOG na rynku, którego dotyczy naruszenie, bez konieczności określania, czy to naruszenie rzeczywiści miało wpływ na ową sprzedaż, ponieważ część obrotu pochodząca ze sprzedaży produktów będących przedmiotem naruszenia najlepiej odzwierciedla znaczenie gospodarcze tego naruszenia (zob. podobnie ww. w pkt 237 wyrok Team Relocations i in./Komisja, EU:C:2013:464, pkt 75–78; ww. w pkt 231 wyrok Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja, EU:C:2014:2363, pkt 57–59; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, Zb.Orz., EU:C:2015:184, pkt 148, 149; ww. w pkt 231 wyrok LG Display i LG Display Taiwan/Komisja, EU:C:2015:258, pkt 53–58, 64).

239 Chociaż naruszeniem celu realizowanego przez ów przepis byłoby niewątpliwie rozumienie pojęcia wartości sprzedaży, o którym jest w nim mowa, jako dotyczącego wyłącznie obrotów osiąganych ze sprzedaży, co do której wykazano, że miała związek z zarzucanym kartelem, to jednak pojęcie to nie może rozciągać się do tego stopnia, żeby obejmowało osiągniętą przez dane przedsiębiorstwo sprzedaż niewchodzącą bezpośrednio lub pośrednio w zakres działania rozpatrywanego kartelu (zob. podobnie ww. w pkt 237 wyrok Team Relocations i in./Komisja, EU:C:2013:464, pkt 67; ww. w pkt 238 wyrok Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, EU:C:2015:184, pkt 148).

240 W tym kontekście należy zauważyć, że nie można oczywiście wymagać, aby Komisja, wobec ograniczenia ze względu na cel takiego jak rozpatrywane w niniejszej sprawie, przeprowadzała z urzędu badanie potencjalnej konkurencji dla wszystkich rynków i usług objętych zakresem wystąpienia naruszenia, pod groźbą uchybienia zasadom ustanowionym w orzecznictwie przytoczonym w pkt 175, 176 i 178 powyżej i wprowadzenia, poprzez określenie wartości sprzedaży uwzględnianej przy obliczaniu grzywny, obowiązku badania potencjalnej konkurencji, chociaż takie badanie nie jest wymagane w przypadku ograniczenia konkurencji ze względu na cel (zob. pkt 177 powyżej). W tym względzie Trybunał orzekł bowiem – w sprawie, do której miały zastosowanie wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 i art. 65 ust. 5 [WE] (Dz.U. 1998, C 9, s. 3) – że w wypadku naruszenia polegającego na podziale rynków wykładnia, w wyniku której na podstawie metody ustalania grzywien na Komisji spoczywałby obowiązek, którego nie ma ona w ramach stosowania art. 81 WE, kiedy dane naruszenie ma charakter antykonkurencyjny, nie może zostać uwzględniona (ww. w pkt 196 wyrok Prym i Prym/Komisja EU:C:2009:505, pkt 64).

241 Przyjęte w niniejszym przypadku rozwiązanie nie polega na nałożeniu na Komisję, w ramach określania kwoty grzywny, obowiązku, którego nie ma ona w ramach stosowania art. 81 WE w odniesieniu do naruszenia mającego cel antykonkurencyjny, tylko na wyciągnięciu konsekwencji z faktu, że wartość sprzedaży powinna mieć bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem w rozumieniu pkt 13 wytycznych i nie może obejmować sprzedaży niewchodzących bezpośrednio lub pośrednio w zakres działania ukaranego kartelu (zob. orzecznictwo przytoczone w pkt 239 powyżej). Jak z tego wynika, z chwilą, kiedy w celu określenia kwoty grzywny Komisja postanawia oprzeć się na wartości sprzedaży mającej bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, musi określić tę wartość w sposób dokładny.

242 W tym względzie należy wskazać, że w niniejszym przypadku, w świetle brzmienia klauzuli, która wyraźnie wymienia „jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do Internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim”, i wobec podniesienia przez skarżącą w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów elementów faktycznych w celu wykazania, że wartość sprzedaży niektórych tak przywołanych usług powinna być wyłączona dla potrzeb obliczania grzywny z powodu braku jakiejkolwiek konkurencji pomiędzy stronami, Komisja powinna była przeprowadzić badanie tych elementów, aby określić wartość sprzedaży towarów lub usług dokonanych przez przedsiębiorstwo w bezpośrednim lub pośrednim związku z naruszeniem.

243 Tak więc w niniejszym przypadku, jako że sprzedażą bezpośrednio lub pośrednio związaną z naruszeniem jest sprzedaż usług wchodzących w zakres stosowania klauzuli, to znaczy sprzedaż jakiegokolwiek projektu związanego z branżą telekomunikacyjną, z wyłączeniem działań ówcześnie prowadzonych, który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim, Komisja powinna była w celu określenia wartości tej sprzedaży określić usługi, w odniesieniu do których strony nie konkurowały ze sobą potencjalnie na rynku iberyjskim, badając elementy, które strony podniosły w swoich odpowiedziach na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w celu wykazania braku potencjalnej konkurencji pomiędzy nimi w odniesieniu do niektórych usług w okresie stosowania klauzuli. Dopiero na podstawie takiej analizy faktycznej i prawnej byłoby możliwe określenie sprzedaży związanych bezpośrednio lub pośrednio z naruszeniem, których wartość posłużyłaby jako kwota wyjściowa do obliczenia kwoty podstawowej grzywny.

244 Jak z tego wynika, należy uwzględnić argumentację skarżącej opartą na twierdzeniu, że Komisja powinna była określić, na podstawie wskazanych przez skarżącą elementów dotyczących braku potencjalnej konkurencji pomiędzy Telefónicą i PT w odniesieniu do niektórych usług, wartość sprzedaży związanych bezpośrednio lub pośrednio z naruszeniem, i stwierdzić nieważność art. 2 zaskarżonej decyzji wyłącznie w zakresie, w jakim ustala on kwotę grzywny na podstawie wartości sprzedaży przyjętej przez Komisję.

245 W drugiej kolejności należy przypomnieć, że w ramach systemu kontroli sądowej decyzji Komisji dotyczących postępowań prowadzonych w zastosowaniu art. 101 TFUE i 102 TFUE przeprowadzana jest przewidziana w art. 263 TFUE kontrola zgodności z prawem wydanych przez instytucje aktów, która w zastosowaniu art. 261 TFUE i na żądanie skarżących może zostać uzupełniona wykonaniem przez Sąd nieograniczonego prawa orzekania w odniesieniu do kar nałożonych w tej dziedzinie przez Komisję (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Telefónica i Telefónica de España/Komisja, C-295/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2062, pkt 42). W tym względzie należy wskazać, że w niniejszym przypadku stwierdzona niezgodność z prawem dotyczy wartości sprzedaży uwzględnionej przy określaniu kwoty grzywny nałożonej na skarżącą, a zatem samej podstawy obliczenia tej kwoty.

246 W tym kontekście wskazane jest przypomnieć ponownie, że w motywie 482 zaskarżonej decyzji Komisja nie przeprowadziła analizy potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami w odniesieniu do usług przywołanych przez skarżącą. Ponadto w odpowiedzi na pytania zadane przez Sąd na rozprawie w celu uzyskania od Komisji elementów odpowiedzi na argumenty skarżącej w odniesieniu do rzekomego braku potencjalnej konkurencji pomiędzy Telefónicą i PT, jeśli chodzi o niektóre usługi

w Portugalii, Komisja poprzestała na powtórzeniu swojego stanowiska, zgodnie z którym nie musiała analizować potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami w celu określenia kwoty grzywny, a ponadto na wszystkie argumenty skarżącej odpowiedziała jedynie stwierdzeniem, że Telefónica potencjalnie konkurowała z PT w odniesieniu do omawianych usług, ponieważ mogłaby uczestniczyć w przetargach lub kupić istniejącego operatora.

247 Z powyższych rozważań wynika, że w niniejszym przypadku Sąd nie dysponuje informacjami wystarczającymi, aby określić kwotę końcową grzywny, jaką należy nałożyć na skarżącą.

248 Prawdą jest, że nieograniczone prawo orzekania przysługujące Sądowi na mocy art. 31 rozporządzenia 1/2003, poza zwykłą kontrolą zgodności sankcji z prawem, upoważnia sąd do zastąpienia oceny Komisji własną oceną. Jednak w niniejszym przypadku Komisja nie przeprowadziła analizy elementów podniesionych przez skarżącą w celu wykazania braku potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami w odniesieniu do niektórych usług w celu określenia wartości sprzedaży, jaką należy uwzględnić przy obliczaniu kwoty grzywny. Określenie wartości tej sprzedaży przez Sąd oznaczałoby, że musiałby on uzupełnić braki w aktach sprawy.

249 Tymczasem wykonanie nieograniczonego prawa orzekania nie może prowadzić do dokonania przez Sąd takiego przygotowania, które wykraczałoby poza zastąpienie oceną Sadu oceny Komisji, ponieważ ocena Sądu byłaby jedyną i pierwszą oceną elementów, które Komisja powinna była uwzględnić przy określeniu wartości sprzedaży bezpośrednio lub pośrednio związanych z naruszeniem w rozumieniu pkt 13 wytycznych i których przeanalizowanie było obowiązkiem Komisji.

250 Jak z tego wynika, w niniejszym przypadku nie powinno nastąpić wykonanie nieograniczonego prawa orzekania przysługującego Sądowi, wobec czego na Komisji spoczywa wyciągnięcie wszystkich konsekwencji z niezgodności z prawem stwierdzonej w wykonaniu niniejszego wyroku i ponowne wypowiedzenie się w przedmiocie ustalenia kwoty grzywny. Ponadto Sąd uważa, że należy zbadać pozostałe zarzuty dotyczące kwoty grzywny.

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej wcześniej prowadzonym działaniom

251 Skarżąca podnosi, że zgodnie z brzmieniem klauzuli sprzedaż odpowiadająca wcześniej prowadzonym działaniom powinna być wyłączona z obliczania grzywny.

252 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że z motywów 482 i 483 zaskarżonej decyzji wynika, iż wartość sprzedaży globalnych usług telekomunikacyjnych i hurtowych usług międzynarodowych połączeń telekomunikacyjnych, w odniesieniu do których w dniu podpisania umowy strony były rzeczywistymi konkurentami, nie została uwzględniona przy obliczaniu kwoty grzywny.

253 W drugiej kolejności skarżąca twierdzi, że wartość sprzedaży usług PT odpowiadających usługom świadczonym przez Zon, to znaczy telefonii stacjonarnej, szerokopasmowemu internetowi i płatnej telewizji, powinna być wykluczona z zakresu stosowania klauzuli, ponieważ jako że Telefónica miała udziały w owej konkurencyjnej wobec PT spółce działającej w sektorze łączności elektronicznej (zob. pkt 7 powyżej), usługi świadczone przez Zon mieszczą się w kategorii „jakichkolwiek inwestycji lub działań prowadzonych w dniu podpisania niniejszej umowy” (zob. pkt 1 powyżej), wyłączonych z zakresu stosowania klauzuli.

254 Po pierwsze, skarżąca zauważa, że zaskarżona decyzja dostarcza niewielu lub wcale nie dostarcza wyjaśnień w odniesieniu do niektórych zastrzeżeń podniesionych przez jej adresatów i że, co się tyczy udziału Telefóniki w kapitale Zon i wpływu, jaki jej to daje, Komisja poprzestała na powtórzeniu swojej tezy, zgodnie z którą ów udział nie daje Telefónice żadnych uprawnień kontrolnych. W zakresie, w jakim uwaga ta może być rozumiana jako zarzut naruszenia przez Komisję spoczywającego na niej obowiązku uzasadnienia, zarzut taki powinien zostać oddalony.

255 Okazuje się bowiem, że Komisja odpowiedziała na argument stron dotyczący wyłączenia usług Zon z zakresu stosowania klauzuli, wyjaśniając, że nie może uznać twierdzenia, zgodnie z którym działania Zon powinny być wyłączone z zakres stosowania klauzuli, ponieważ gdyby strony chciały wykazać, że były konkurentami w Portugalii poprzez udział Telefóniki w Zon, musiałyby wykazać, że Telefónica kontrolowała działania tego operatora, czego nie zrobiły, gdy tymczasem z rocznych sprawozdań finansowych za 2011 r. wynika, że Telefónica nie kontrolowała portugalskiego operatora. W ten sposób Komisja wyraźnie przedstawiła powód, dla którego uznała, że działania Zon nie powinny być wyłączone z zakresu stosowania klauzuli, a także powód, dla którego stwierdziła, że Telefónica nie kontrolowała owej spółki, wobec czego nie można zarzucić Komisji żadnego naruszenia obowiązku uzasadnienia.

256 W tym względzie Komisja wyjaśniła jeszcze w motywach 156–164 zaskarżonej decyzji, że jeżeli działalność prowadzona przez spółkę, której akcje jedna ze stron posiadała, ale której nie kontrolowała, była istotna dla określenia zakresu stosowania klauzuli, klauzula ta powinna wskazywać, że ma być stosowana do działań spółek niepodlegających kontroli stron. Co więcej, jeżeli takie działania były istotne dla określenia zakresu stosowania klauzuli, powinny być istotne również dla przestrzegania jej postanowień, wobec czego rozpoczęcie zakazanego działania przez niekontrolowaną spółkę, w której jedna ze stron posiadała mniejszościowy udział, stanowiłoby naruszenie klauzuli. Komisja podążyła tym tropem dalej, stwierdzając, że strony nie mogą twierdzić, że podjęły jakiekolwiek zobowiązanie w imieniu i na rzecz spółek, w których posiadały udział mniejszościowy, ale których nie kontrolowały, ponieważ nie byłyby w stanie zapewnić przestrzegania takiego zobowiązania. W konsekwencji aby działanie mogło być wyłączone z zakresu stosowania klauzuli, musiało być wykonywane bezpośrednio przez jedną ze stron lub pośrednio przez jedną ze spółek przez nie kontrolowanych.

257 Po drugie, co się tyczy istoty, skarżąca nie podważa ani przedstawionej wyżej argumentacji, ani twierdzenia Komisji, zgodnie z którym w istotnym dla sprawy okresie Telefónica posiadała w Zon jedynie udział mniejszościowy (5,46%) (motyw 19 zaskarżonej decyzji) i wobec tego nie kontrolowała owej spółki, tak iż usługi świadczone przez Zon nie mogą być uważane za usługi świadczone przez Telefónicę, a tym samym za usługi, w odniesieniu do których Telefónica i PT były konkurentami i które z tego względu powinny być wyłączone z zakresu stosowania klauzuli. Jak z tego wynika, skarżąca nie wykazała, dlaczego – jej zdaniem – pomimo posiadania przez Telefónicę jedynie udziału mniejszościowego w Zon usługi świadczone przez tę ostatnią spółkę powinny być uważane za usługi świadczone przez Telefónicę i wobec tego wyłączone z zakresu obowiązywania klauzuli. W tych okolicznościach jej argumentacja powinna zostać oddalona.

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej działaniom prowadzonym poza Półwyspem Iberyjskim

258 Skarżąca podważa określony przez Komisję geograficzny zakres stosowania klauzuli, podnosząc, że ponieważ porozumienie odnosi się wyraźnie do rynku iberyjskiego, nie zaś do Portugalii i Hiszpanii, należy stwierdzić, że strony zamierzały odnieść się do terytoriów należących do Półwyspu Iberyjskiego, a nie do terytoriów wchodzących w skład Królestwa Hiszpanii i Republiki Portugalskiej. Wobec tego, zdaniem skarżącej, terytoria stanowiące autonomiczne regiony Azorów i Madery, którym w 2011 r. odpowiadał obrót w wysokości, odpowiednio, 36 992 000 EUR i 23 492 000 EUR, powinny być wyłączone z geograficznego zakresu stosowania Klauzuli, wobec czego wartość sprzedaży PT uwzględniona przy obliczaniu grzywny, a w konsekwencji kwota grzywny, powinny zostać skorygowane.

259 Nie sposób zgodzić się z tym zastrzeżeniem. Wbrew twierdzeniom skarżącej tekst klauzuli nie odnosi się dosłownie do „Półwyspu Iberyjskiego”, tylko do „rynku iberyjskiego”. Wydaje się zaś, że odniesienie do „rynku iberyjskiego” należy rozumieć nie w znaczeniu ściśle geograficznym, jako odniesienie do samego Półwyspu Iberyjskiego, tylko jako odniesienie do rynków Hiszpanii i Portugalii, które obejmują

rynki ich terytoriów nieznajdujących się na Półwyspie Iberyjskim. Brak jest wskazówki – a skarżąca również nie przedstawia argumentów mogących o tym świadczyć – że terytoria tych państw znajdujące się poza Półwyspem Iberyjskim były wyłączone z zakresu obowiązywania klauzuli.

260 W tym względzie należy bowiem wskazać, że skarżąca poprzestaje na skrytykowaniu przyjętej przez Komisję wykładni geograficznego zakresu stosowania klauzuli, ale nie podnosi żadnego argumentu podważającego ustalenia Komisji dotyczące geograficznego zakresu stosowania klauzuli przedstawione w motywach 175–182 zaskarżonej decyzji. W tych okolicznościach jej zastrzeżenia nie mogą zostać uwzględnione.

261 Z całości powyższych rozważań wynika, że argumentacja skarżącej dotycząca sprzedaży wziętej pod uwagę przy obliczaniu grzywny powinna zostać uwzględniona w zakresie, w jakim w celu określenia wartości sprzedaży skarżącej, jaką należy wziąć pod uwagę przy obliczaniu kwoty grzywny, Komisja powinna zbadać argumenty skarżącej mające wykazać brak potencjalnej konkurencji pomiędzy Telefónicą i PT w odniesieniu do niektórych usług (zob. pkt 226–250 powyżej), zaś w pozostałym zakresie powinna zostać oddalona.

c) W przedmiocie czasu trwania naruszenia

262 Skarżąca podnosi, że Komisja błędnie określiła czas trwania naruszenia, ponieważ zakaz konkurencji nie mógł powodować skutków przed jego potwierdzeniem, wobec czego nie mógł być uważany za ograniczenie za względu na cel mające być stosowane koniecznie od dnia jego wejścia w życie, to znaczy od daty ostatecznego zawarcia umowy w dniu 27 września 2010 r., oraz że w każdym wypadku, nawet przy pominięciu wyraźnego warunku wcześniejszego potwierdzenia, porozumienie o zakazie konkurencji wygasło w dniu 29 października 2010 r. ze względu na ustalenia, do których doprowadziły telefoniczne rozmowy konferencyjne przeprowadzone w dniach 26 i 29 października 2010 r.

263 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 czas trwania naruszenia stanowi jeden z elementów, które należy uwzględnić przy określaniu wysokości grzywny nałożonej na przedsiębiorstwa, które dopuściły się naruszeń reguł konkurencji.

264 Ponadto, jak zostało wskazane w pkt 202 powyżej, pkt 24 wytycznych stanowi, że w celu dokładnego uwzględnienia czasu trwania uczestnictwa każdego z przedsiębiorstw w naruszeniu przepisów kwota, której wysokość określana jest w zależności od wartości sprzedaży, zostanie pomnożona przez liczbę lat trwania tego uczestnictwa i że okresy krótsze niż semestr zostaną policzone jako pół roku, zaś okresy dłuższe niż sześć miesięcy, lecz krótsze od roku, zostaną policzone jako cały rok.

265 Co się tyczy czasu trwania naruszenia, którego dotyczy niniejsza sprawa, Komisja stwierdziła, w motywach 454 i 465 zaskarżonej decyzji, jak zostało już wskazane w pkt 51 powyżej, że czas ten jest równy okresowi od dnia ostatecznego zawarcia transakcji, to znaczy 27 września 2010 r. (zob. pkt 25 powyżej) do dnia, w którym klauzula została wypowiedziana, to znaczy 4 lutego 2011 r. (zob. pkt 29 powyżej) (motywy 454–465 zaskarżonej decyzji).

266 Poprzez niniejsze zastrzeżenie skarżąca podważa w istocie zgodność zaskarżonej decyzji z prawem, w zakresie, w jakim decyzja ta stwierdza, jak zostało wskazane w art. 1 jej części normatywnej, że naruszenie objęło okres od ostatecznego zawarcia transakcji w dniu 27 września 2010 r. do dnia 4 lutego 2011 r. Należy zatem stwierdzić, że podnosząc rozpatrywane zastrzeżenie dotyczące czasu trwania naruszenia, skarżąca domaga się nie tylko obniżenia kwoty grzywny, lecz również częściowego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, w szczególności art. 1 jej części normatywnej, w zakresie, w jakim Komisja określiła w nim błędnie, że naruszenie trwało od dnia 27 września 2010 r. do dnia 4 lutego 2011 r.

267 Należy jednak stwierdzić, że nie przedstawia ona żadnych dodatkowych informacji dotyczących szczególnie czasu trwania naruszenia i poprzestaje na odesłaniu do krytycznych uwag sformułowanych już w związku z zarzutem dotyczącym naruszenia art. 101 TFUE i prawa związanego z jego stosowaniem, które zostały już zbadane i oddalone w ramach badania owego zarzutu. Ponieważ skarżąca nie zdołała wykazać, że zakaz konkurencji był uzależniony od obowiązku oceny własnej ani że konferencje głosowe w październiku 2010 r. doprowadziły uchylenia klauzuli, jej żądanie skrócenia czasu trwania naruszenia uwzględnionego przy obliczaniu kwoty grzywny musi zostać oddalone.

d) W przedmiocie przestrzegania zasady proporcjonalności

268 Skarżąca twierdzi, że ustalenie kwoty grzywny nałożonej na nią za naruszenie, którego dotyczy niniejsza sprawa, jest obarczone naruszeniem zasady proporcjonalności.

269 Komisja podnosi konieczność odrzucenia tego zarzutu, wskazując, że podniesiony zarzut nieważności powinien zostać uznany za niedopuszczalny, ponieważ w trzech poświęconych mu liniach skarżąca poprzestaje na krytycznym stwierdzeniu, że „uważnie wszystko rozważywszy, [jest] przekonana, że w świetle okoliczności sprawa i kryteriów, które powinny być przestrzegane przy nakładaniu grzywien, Komisja nie przestrzegała zasady proporcjonalności".

270 Po pierwsze, należy przypomnieć, że jak zostało wskazane w pkt 68 i nast. powyżej, zgodnie z art. 44 ust. 1 lit. c) regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r. skarga zawsze powinna zawierać przedmiot sporu oraz zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów, zaś owo przedstawienie zarzutów powinno być wystarczająco jasne i dokładne, by umożliwić stronie pozwanej przygotowanie obrony, a Sądowi rozpatrzenie skargi, w razie potrzeby bez dodatkowych informacji na poparcie skargi. Ponadto w celu zagwarantowania pewności prawa i dobrego administrowania wymiarem sprawiedliwości konieczne jest, aby istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których oparta jest skarga, wynikały w sposób spójny i zrozumiały z treści samej skargi (zob. ww. w pkt 70 postanowienie TF1/Komisja, EU:T:2008:155, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

271 Należy stwierdzić, że przedstawienie przez skarżącą w rozpatrywanej niniejszym skardze rozważanego tu zarzutu opartego na naruszeniu zasady proporcjonalności nie spełnia tak określonych wymogów, wobec czego podniesiona przez Komisję konieczność odrzucenia zarzutu okazuje się uzasadniona i zarzut oparty na naruszeniu zasady proporcjonalności należy uznać za niedopuszczalny.

272 Po drugie, należy w tym względzie wskazać, że w unijnym prawie konkurencji kontroli legalności dopełnia zgodnie z art. 261 TFUE nieograniczone prawo orzekania, które zostało nadane sądom Unii na podstawie art. 17 rozporządzenia nr 17 i utrzymane w mocy przez art. 31 rozporządzenia nr 1/2003. Prawo to, poza zwykłą kontrolą zgodności sankcji z prawem, upoważnia sąd do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylenia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej na przedsiębiorstwo grzywny lub okresowej kary pieniężnej (zob. wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., Chalkor/Komisja, C-386/10 P, Zb.Orz., EU:C:2011:815, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).

273 Należy w tym miejscu jednak podkreślić, że wykonywanie nieograniczonego prawa orzekania nie jest równoznaczne z kontrolą z urzędu, oraz przypomnieć, że postępowanie przed sądami Unii jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód procesowych, które sąd ma obowiązek rozpatrzyć z urzędu, do strony skarżącej należy podniesienie zarzutu braku uzasadnienia zaskarżonej decyzji oraz przedstawienie dowodów wspierających ten zarzut (ww. w pkt 272 wyrok Chalkor/Komisja, EU:C:2011:815, pkt 64).

274 Ten wymóg natury procesowej nie jest sprzeczny z zasadą, zgodnie z którą w przypadku naruszeń reguł konkurencji na Komisji spoczywa obowiązek udowodnienia stwierdzonych przez nią naruszeń oraz przedstawienia dowodów mogących wykazać w sposób wymagany prawem zaistnienie okoliczności stanowiących naruszenie. To, czego w istocie wymaga się od strony skarżącej w ramach sądowego

środka prawnego, to określenie kwestionowanych części zaskarżonej decyzji, sformułowanie zarzutów w tym zakresie oraz dostarczenie dowodów składających się z solidnych wskazówek zmierzających do wykazania, że jej zarzuty są zasadne (ww. w pkt 272 wyrok Chalkor/Komisja, EU:C:2011:815, pkt 65).

275 Brak kontroli z urzędu całości zaskarżonej decyzji nie narusza zasady skutecznej ochrony sądowej. Nie jest niezbędne dla przestrzegania tej zasady, by Sąd – z pewnością zobowiązany do ustosunkowania się do podniesionych zarzutów oraz przeprowadzenia kontroli, tak pod względem prawnym, jak i faktycznym – miał obowiązek dokonać z urzędu kompletnego badania akt sprawy (ww. w pkt 272 wyrok Chalkor/Komisja, EU:C:2011:815, pkt 66).

276 Kontrola przewidziana traktatami oznacza zatem, że sąd Unii sprawuje kontrolę zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym, oraz że ma prawo do oceny dowodów, stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji i do zmiany kwoty grzywien. Dlatego też kontrola legalności przewidziana w art. 263 TFUE, dopełniona nieograniczonym prawem orzekania o wysokości grzywny przewidzianym w art. 31 rozporządzenia nr 1/2003, nie jest sprzeczna z wymogami zasady skutecznej ochrony sądowej przewidzianej w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (ww. w pkt 272 wyrok Chalkor/Komisja, EU:C:2011:815, pkt 67).

277 Z orzecznictwa tego wynika, że w braku argumentów i dowodów przedstawionych przez skarżącą na poparcie rozważanego tu zarzutu opartego na naruszeniu zasady proporcjonalności, Trybunał nie ma obowiązku badania z urzędu, w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania, przestrzegania przez Komisję wspomnianej zasady przy ustalaniu kwoty grzywny.

3. *W przedmiocie wniosku o przesłuchanie świadka*

278 Skarżąca wnosi do Sądu o przesłuchanie w charakterze świadka pani M.R.S.S.N., przedstawicielki dyrekcji do spraw konkurencji PT w dniu zawarcia umowy, a także porozumienia o uchyleniu klauzuli.

279 Komisja podnosi, że wniosek ten powinien zostać oddalony, ponieważ jest niepotrzebny i przesadny, gdyż złożone pod przysięgą oświadczenie pani M.R.S.S.N. na temat znanych jej faktów znajduje się już w aktach sprawy.

280 Należy przypomnieć, że Sąd jest jako jedyny uprawniony do oceny ewentualnej konieczności uzupełnienia materiału, którym dysponuje w sprawach, w których orzeka (zob. postanowienie z dnia 10 czerwca 2010 r., Thomson Sales Europe/Komisja, EU:C:2010:338, pkt 138 i przytoczone tam orzecznictwo).

281 Jak orzekł już Trybunał w sprawie dotyczącej prawa konkurencji, nawet jeśli wniosek o przesłuchanie świadków przedstawiony w skardze określa dokładnie fakty, na których okoliczność należy przesłuchać świadka lub świadków, oraz powody uzasadniające to przesłuchanie, to do Sądu należy ocena znaczenia wniosku dla sprawy, biorąc pod uwagę przedmiot sporu i konieczność przesłuchania powołanych świadków (zob. wyrok z dnia 19 grudnia 2013 r., Siemens/Komisja, C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866, pkt 323 i przytoczone tam orzecznictwo).

282 Trybunał wskazał ponadto, że swobodna ocena przysługująca Sądowi jest zgodna z prawem podstawowym do sprawiedliwego procesu, a w szczególności z art. 6 ust. 3 lit. d) europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (EKPC). Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że ten ostatni przepis nie przyznaje oskarżonemu nieograniczonego prawa do żądania stawiennictwa świadków w sądzie i że w zasadzie to sąd decyduje o konieczności lub możliwości wezwania świadka. Artykuł 6 ust. 3 EKPC nie nakazuje wezwania świadka, ale zmierza do zapewnienia „równości broni”, aby sporne

postępowanie w całości dawało oskarżonemu wystarczającą i odpowiednią możliwość do zakwestionowania ciążących na nim podejrzeń (zob. ww. w pkt 281 wyrok Siemens/Komisja, EU:C:2013:866, pkt 324, 325 i przytoczone tam orzecznictwo).

283 W tym względzie Sąd orzekł już, że wniosek o przesłuchanie świadków skarżącego przedsiębiorstwa nie może zostać uwzględniony, jeżeli oświadczenia, które owo przedsiębiorstwo zamierza uzyskać dzięki takiemu przesłuchaniu przed Sądem, zostały już złożone przed Komisją i zostały uznane za niepoparte dowodami z dokumentów, a nawet uznane za sprzeczne z niektórymi elementami akt sprawy (zob. podobnie wyrok z dnia 13 lipca 2011 r., ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Komisja, T-144/07, od T-147/07 do T-150/07 i T-154/07, Rec, EU:T:2011:364, pkt 152, 154).

284 Ponadto należy zauważyć, że wniosek mający na celu uzupełnienie przez Sąd posiadanych przezeń informacji jest nieskuteczny w sytuacji, gdy uzupełnienie to nie spowodowałoby zmiany rozstrzygnięcia, nawet jeżeli taki wniosek zostałby przez Sąd uwzględniony, (zob. podobnie ww. w pkt 280 postanowienie Thomson Sales Europe/Komisja, EU:C:2010:338, pkt 141).

285 Jeżeli Sąd może skutecznie wydać rozstrzygnięcie w oparciu o wnioski, zarzuty i argumenty przedstawione zarówno na etapie pisemnym, jak i ustnym postępowania, i na podstawie przedstawionych dokumentów, należy oddalić złożony przez skarżącą wniosek o przesłuchanie świadka, bez konieczności przedstawiania przez Sąd szczególnego uzasadnienia jego oceny dotyczącej braku potrzeby poszukiwania nowych dodatkowych dowodów (zob. podobnie postanowienie z dnia 15 września 2005 r., Marlines/Komisja, C-112/04 P, EU:C:2005:554, pkt 39; wyrok z dnia 9 września 2009 r., Clearstream/Komisja, T-301/04, Zb.Orz., EU:T:2009:317, pkt 218).

286 Wszelako choć prawdą jest, że strona nie może wymagać od sądu Unii, aby zastosował środek organizacji postępowania lub środek dowodowy, to jednak sąd nie może wyciągnąć konsekwencji z braku w aktach sprawy pewnych elementów, dopóki nie wyczerpie środków przewidzianych przez regulamin postępowania przed organem sądowym w celu spowodowania ich przedstawienia przez daną stronę (zob. postanowienie z dnia 8 października 2013 r., Michail/Komisja, T-597/11 P, RecFP, EU:T:2013:542, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

287 W niniejszym przypadku, jako że na temat znanych jej faktów znajduje się już w aktach sprawy, nie ma potrzeby uwzględnienia wniosku o przesłuchanie świadków złożonego przez skarżącą.

288 W tym względzie należy przypomnieć, jak zostało już wskazane w pkt 283powyżej, iż Sąd orzekł, że wniosek o przesłuchanie świadków skarżącego przedsiębiorstwa nie może zostać uwzględniony, jeżeli oświadczenia, które owo przedsiębiorstwo zamierza uzyskać dzięki takiemu przesłuchaniu przed Sądem, zostały już złożone przed Komisją i zostały uznane za niepoparte dowodami z dokumentów, a nawet za sprzeczne z niektórymi elementami akt sprawy.

289 W niniejszym przypadku należy przypomnieć, iż Komisja wskazała, jak zostało to zauważone w pkt 149 i 150 powyżej, że wzięła pod uwagę oświadczenie, o którym mowa, i że oceniła je zgodnie z zasadami dotyczącymi oceny dowodów. Komisja uwzględniła więc okoliczność, że wspomniane oświadczenie zostało złożone przez osobę, która mogła być bezpośrednio zainteresowana niniejszą sprawą (motyw 122 zaskarżonej decyzji), i przeprowadziła wyważoną ocenę tego elementu w stosunku do innych dostępnych dowodów (motywy 121, 124 i 308 zaskarżonej decyzji). Komisja nigdy nie zakwestionowała faktu, że osoba, od której pochodzi wspomniane oświadczenie, rzeczywiście wyraziła się tak, jak zostało to ujęte w owym oświadczeniu.

290 W tych okolicznościach wniosek o zarządzenie przesłuchania przed Sądem osoby będącej autorem wspomnianego oświadczenia należy oddalić, gdyż dowody zawarte w aktach sprawy wystarczają Sądowi, aby mógł orzec w przedmiocie konferencji głosowych z października 2010 r. (zob. podobnie

ww. w pkt 283 wyrok ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Komisja, EU:T:2011:364, pkt 152, 154; zob. również, podobnie i analogicznie, wyrok z dnia 7 października 2004 r., Mag Instrument/OHIM, C-136/02 P, Zb.Orz., EU:C:2004:592, pkt 77).

291 Tego ustalenia nie może podważyć twierdzenie skarżącej, iż zgodnie z zasadą bliskości lub bezpośredniości przesłuchanie świadków przez Sąd przedstawia niezaprzeczalną wartość dodaną w stosunku do wzięcia pod uwagę oświadczenia sporządzonego na piśmie. Jako że treść tego oświadczenia nie została zakwestionowana i ponieważ chodzi jedynie o rozumienie tego elementu w kontekście ogółu dowodów, argumenty podniesione przez skarżącą na rozprawie nie mogą podważyć twierdzenia, iż przesłuchanie autora omawianego oświadczenia przed Sądem jest zbyteczne.

292 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że wniosek o przesłuchanie świadków powinien zostać oddalony.

293 Z całości powyższych rozważań wynika, że argumentacja skarżącej dotycząca sprzedaży uwzględnionej przy obliczaniu grzywny powinna zostać częściowo uwzględniona, w zakresie, w jakim w celu określenia wartości sprzedaży skarżącej, jaką należy wziąć pod uwagę przy obliczaniu kwoty grzywny, Komisja była zobowiązana zbadać argumenty skarżącej mające wykazać brak potencjalnej konkurencji pomiędzy Telefónicą i PT w odniesieniu do niektórych usług. Należy zatem stwierdzić nieważność art. 2 zaskarżonej decyzji jedynie w zakresie, w jakim ustala się w nim kwotę grzywny na podstawie wartości sprzedaży przyjętej przez Komisję, zaś w pozostałym zakresie skargę należy oddalić.

W przedmiocie kosztów

294 Zgodnie z art. 134 § 3 regulaminu postępowania przed Sądem w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron każda z nich pokrywa własne koszty. Jednakże jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami sprawy, Sąd może orzec, że jedna ze stron pokrywa, oprócz własnych kosztów, część kosztów poniesionych przez stronę przeciwną.

295 Ponieważ skarga została uwzględniona jedynie w części, Sąd uważa, że w świetle okoliczności niniejszej sprawy słuszne jest obciążenie skarżącej trzema czwartymi jej własnych kosztów oraz jedną czwartą kosztów poniesionych przez Komisję. Komisja pokrywa trzy czwarte własnych kosztów oraz jedną czwartą kosztów poniesionych przez skarżącą.

Z powyższych względów

SĄD (druga izba),

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność art. 2 decyzji Komisji C (2013) 306 final z dnia z dnia 23 stycznia 2013 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 101 TFUE (sprawa COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) w zakresie, w jakim wysokość grzywny nałożonej na Portugal Telecom SGPS, SA została ustalona na 12 290 000 EUR, w odniesieniu do ustalenia tej kwoty na podstawie wartości sprzedaży przyjętej przez Komisję Europejską.**

2) **W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.**

3) **Portugal Telecom SGPS pokrywa trzy czwarte własnych kosztów oraz jedną czwartą kosztów poniesionych przez Komisję. Komisja pokrywa trzy czwarte własnych kosztów i jedną czwartą kosztów poniesionych przez Portugal Telecom SGPS.**

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 28 czerwca 2016 r.

Podpisy

Spis treści

Okoliczności powstania sporu 2

A – Prezentacja PT i Telefóniki 2

B – Negocjacje i podpisanie umowy 3

C – Okoliczności faktyczne zaistniałe po zawarciu umowy 5

D – Postępowanie przed Komisją 6

Zaskarżona decyzja 7

Postępowanie i żądania stron 10

Co do prawa 11

A – W przedmiocie dopuszczalności 11

B – Co do istoty 13

1. W przedmiocie żądań zmierzających do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji 13

a) W przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia istotnych wymogów proceduralnych ... 13

b) W przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 101 TFUE i prawa związanego z jego stosowaniem 13

Uwagi wstępne 14

W przedmiocie argumentacji dotyczącej tego, że klauzula była związana z opcją zakupu lub dymisją członków rady nadzorczej PT powołanych przez Telefónicę 15

W przedmiocie argumentacji dotyczącej tego, że klauzula zawierała obowiązek oceny własnej 19

W przedmiocie argumentacji dotyczącej naruszenia art. 101 TFUE ze względu na niezbadanie warunków potencjalnej konkurencji 26

W przedmiocie argumentacji dotyczącej braku skutków 30

2. W przedmiocie żądań dotyczących kwoty grzywny 31

a) Uwagi wstępne 31

W przedmiocie zasad dotyczących obliczania grzywien 31

Zaskarżona decyzja 34

b) W przedmiocie sprzedaży uwzględnionych w celu obliczenia grzywny 36

W przedmiocie uzasadnienia 36

Co do istoty 37

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej działaniom niemogącym być przedmiotem konkurencji 37

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej wcześniej prowadzonym działaniom 41

– W przedmiocie sprzedaży odpowiadającej działaniom prowadzonym poza Półwyspem Iberyjskim 42

c) W przedmiocie czasu trwania naruszenia 43

d) W przedmiocie przestrzegania zasady proporcjonalności 44

3. W przedmiocie wniosku o przesłuchanie świadka 45

W przedmiocie kosztów 47