Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (drugi senat)

z dne 28. junija 2016*

„Konkurenca — Omejevalni sporazumi — Portugalski in španski trg telekomunikacij — Določba o nekonkuriranju na iberskem trgu, vključena v pogodbo o prevzemu deleža, ki ga ima družba Portugal Telecom v brazilskem operaterju mobilne telefonije Vivo, s strani družbe Telefónica — Pravno varovalo ‚v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja' — Obveznost obrazložitve — Kršitev glede na cilj — Pomožna omejitev — Potencialna konkurenca — Kršitev glede na posledice — Izračun zneska globe — Predlog za zaslišanje prič"

V zadevi T-208/13,

Portugal Telecom SGPS, SA s sedežem v Lizboni (Portugalska), ki jo zastopata N. Mimoso Ruiz in R. Bordalo Junqueiro, odvetnika,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki so jo najprej zastopali C. Giolito, C. Urraca Caviedes in T. Christoforou, nato pa C. Giolito, C. Urraca Caviedes in P. Costa de Oliveira, agenti, ob sodelovanju M. Marquesa Mendesa, odvetnika,

tožena stranka,

zaradi, primarno, predloga za razglasitev ničnosti Sklepa Komisije C(2013) 306 final z dne 23. januarja 2013 v zvezi s postopkom na podlagi člena 101 PDEU (zadeva COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) in, podredno, predloga za znižanje globe,

SPLOŠNO SODIŠČE (drugi senat),

v sestavi M. E. Martins Ribeiro (poročevalka), predsednica, S. Gervasoni in L. Madise, sodnika,

sodni tajnik: J. Palacio González, glavni administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 22. maja 2015,

izreka naslednjo

* Jezik postopka: portugalščina.

Sodbo

Dejansko stanje

1 Ta spor, ki se nanaša na Sklep Komisije C(2013) 306 final z dne 23. januarja 2013 v zvezi s postopkom na podlagi člena 101 PDEU (zadeva COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (v nadaljevanju: izpodbijani sklep), temelji na določbi (v nadaljevanju: določba), vključeni v člen 9 sporazuma o nakupu delnic (v nadaljevanju: sporazum), ki sta ga 28. julija 2010 podpisali družba Telefónica, SA (v nadaljevanju: Telefónica) in tožeča stranka, družba Portugal Telecom SGPS, SA (v nadaljevanju: PT), in katerega cilj je izključen nadzor brazilskega operaterja mobilnega omrežja Vivo Participações, SA (v nadaljevanju: Vivo) s strani družbe Telefónica. Besedilo določbe je (točka 1 obrazložitve izpodbijanega sklepa):

„Devet – Prepoved konkurence

V obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja, nobena od pogodbenic ne bo izvajala kakršnega koli projekta s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami, vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo), za katerega se lahko šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu, za obdobje, ki se začne z datumom [dokončne izvedbe transakcije 27. septembra 2010 in traja] do 31. decembra 2011, oziroma vanj vlagala, neposredno ali posredno prek povezanega podjetja.“

2 Evropska komisija je v skladu s predhodno ugotovitvijo v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah z dne 21. oktobra 2011 ugotovila, da določba glede na svoje besedilo in okoliščine (gospodarski in pravni okvir, v katerega je umeščena ta zadeva, in ravnanje strank) vodi do sporazuma o delitvi trga, namen katerega je omejevanje konkurence na notranjem trgu v nasprotju s členom 101 PDEU (točki 2 in 434 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

A – *Predstavitev družb PT in Telefónica*

3 Skupina Portugal Telecom je bila ustanovljena leta 1994 po združitvi treh javnih družb in privatizirana v petih etapah od leta 1995 do leta 2000. Po koncu pete in zadnje etape privatizacije leta 2000 je imela portugalska država 500 delnic razreda A (v nadaljevanju: prednostne delnice), na podlagi katerih je imela nekatere posebne pravice, med katerimi je pravica do veta na statutarne spremembe in druge pomembne odločitve. Družba Portugal Telecom, SA je 12. decembra 2000 postala holdinška družba in se preimenovala v PT (točke 21, 22 in 23 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

4 Družba PT je največji telekomunikacijski operater na Portugalskem in je strateško prisotna v drugih državah, med drugim v Braziliji in podsaharski Afriki. V Braziliji je glavna sredstva družbe PT sestavljal 50-odstotni delež skupnega podjetja, ki je obvladovalo družbo Vivo, dokler te ni prevzela družba Telefónica. Družba PT je po prenosu svojega kapitalskega deleža v družbi Vivo 28. julija 2010 sklenila strateško partnerstvo z družbo Oi, eno od glavnih ponudnic elektronskih komunikacij v Braziliji (točki 24 in 25 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

5 Družba PT je svoj 0,20-odstotni kapitalski delež v družbi Telefónica prenesla leta 2010 in ni več kapitalsko udeležena v nobeni španski družbi. Opravlja telekomunikacijske storitve za svoje mednarodne portugalske stranke, ki delujejo na španskem trgu, pri čemer uporablja omrežja drugih operaterjev, med drugim tudi družbe Telefónica (točke 27, 28 in 233 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

6 Družba Telefónica je nekdanji telekomunikacijski monopolist španske države, ki je bil leta 1997 v celoti privatiziran, in največji telekomunikacijski operater v Španiji. Družba Telefónica je vzpostavila mednarodno prisotnost v več državah Evropske unije, Latinske Amerike in Afrike ter je ena največjih evropskih telekomunikacijskih skupin (točki 12 in 16 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

7 Ob sprejetju sklepa, ki je predmet tega spora, je bila družba Telefónica lastnica 2 % kapitala družbe PT. V času dejanskega stanja, ki je predmet navedenega sklepa, je imela družba Telefónica manjšinski delež v družbi Zon Multimedia (v nadaljevanju: Zon), ki je konkurentka družbe PT, opravlja dejavnost v sektorju elektronskih komunikacij in je nastala novembra 2007 z razcepitvijo družbe PT Multimedia in njene matične družbe PT. Družba Telefónica je poleg kapitalske udeležbe v portugalskih družbah začela vzpostavljati neposredno prisotnost na Portugalskem prek dveh hčerinskih družb in portugalske podružnice ene od njiju (točke od 18 do 20 in 215 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

8 Poleg tega je družba Telefónica, odvisno od datuma, imenovala enega ali dva člana upravnega odbora družbe PT. Na datum dokončne izvedbe transakcije za nakup družbe Vivo, in sicer 27. septembra 2010 (glej točko 25 v nadaljevanju), je družba Telefónica imenovala dva člana upravnega odbora družbe PT (opomba na strani 67 izpodbijanega sklepa).

B – *Pogajanja in podpis sporazuma*

9 Družba Vivo je eden največjih telekomunikacijskih operaterjev v Braziliji. Ob podpisu sporazuma 28. julija 2010 sta družbo Vivo skupaj obvladovali družbi Telefónica in PT prek Brasilcel NV (v nadaljevanju: Brasilcel), ki je investicijska družba, registrirana na Nizozemskem (točka 33 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

10 Družba Telefónica je 6. maja 2010 objavila javno ponudbo za sovražni prevzem 50-odstotnega deleža družbe PT v družbi Brasilcel v vrednosti 5,7 milijarde EUR. Navedena ponudba je med drugim vsebovala določbo, v skladu s katero „družba Telefónica ne bo določila nobene klavzule o nekonkuriranju ali neuveljavljanju zahtevkov do družbe Portugal Telecom“. To prvo ponudbo so člani upravnega odbora družbe PT soglasno zavrnili (točki 35 in 36 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

11 Družba PT je 1. junija 2010 ob 2.53 po sestanku strank 31. maja 2010 družbi Telefónica poslala elektronsko pošto z osnutkom v zvezi z drugo ponudbo za nakup njenega kapitalskega deleža v družbi Vivo. Določba je bila prvič vsebovana v navedenem osnutku (točka 38 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

12 Prvi osnutek določbe je bil tak (točka 39 obrazložitve izpodbijanega sklepa):

„Prepoved konkurence

Nobena od pogodbenic ne bo izvajala kakršnega koli projekta s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami), za katerega se lahko šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu, za obdobje, ki se začne z datumom sprejema ponudbe in konča (i) 31. decembra 2011 ali (ii) na datum dejanskega prenosa zadnjega dela alternativnih delnic B, oziroma vanj vlagala, neposredno ali posredno prek povezanega podjetja.“

13 Družba Telefónica je v elektronski pošti, ki jo je 1. junija 2010 ob 12.21 poslala družbi PT, predlagala, naj se določba spremeni tako, da se ji doda besedilo „vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo na dan podpisa tega sporazuma“, da bi bile s področja uporabe določbe izključene obstoječe dejavnosti, ki jih vsaka od pogodbenic izvaja na nacionalnem trgu druge pogodbenice. Ta sprememba je bila vključena v drugo ponudbo z dne 1. junija 2010 (točka 40 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

14 Ne glede na prvi osnutek določbe so bili v drugi ponudbi določeni zvišanje cene na 6,5 milijarde EUR, možnost družbe PT za odkup, na podlagi katere lahko ta odkupi svoje delnice v lasti družbe Telefónica, in zaveza družbe Telefónica, da bo od družbe PT kupila delnice družbe Dedic SA, ki je brazilski operater klicnih centrov. Poleg tega je druga ponudba še vedno vključevala zavezo družbe Telefónica, da ne bo določila „nobene klavzule o nekonkuriranju ali neuveljavljanju zahtevkov do družbe Portugal Telecom“, ki jo je vsebovala že prva ponudba (točki 41 in 42 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

15 Upravni odbor družbe PT je 1. junija 2010 zvečer sporočil, da meni, da druga ponudba družbe Telefónica ne odraža dejanske vrednosti družbe Vivo. Vendar se je odločil, da svojo odločitev predstavi na skupščini družbe 30. junija 2010 (točka 45 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

16 Druga ponudba je postala javna s tem, da sta jo stranki objavili na spletu prek svojih spletnih mest in jo sporočili organom španske in portugalske borze. Poleg tega je bila vsebina določbe, vključene v drugo ponudbo, objavljena v prospektu, ki ga je upravni odbor družbe PT 9. junija 2010 poslal delničarjem te družbe za pripravo na skupščino delničarjev 30. junija 2010 (točki 128 in 129 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

17 Družba Telefónica je 29. junija 2010 poslala tretjo ponudbo v višini 7,15 milijarde EUR, v kateri so bili sicer določeni enaki pogoji kot v drugi ponudbi (točka 46 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

18 Tretja ponudba družbe Telefónica je bila odobrena na redni skupščini družbe PT 30. junija 2010. Vendar je portugalska vlada uveljavila pravico blokade transakcije, ki jo je imela na podlagi lastništva prednostnih delnic družbe PT (glej točko 3 zgoraj), zaradi česar je družba Telefónica tretjo ponudbo podaljšala do 16. julija 2010 (točki 47 in 48 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

19 Sodišče je v sodbi z dne 8. julija 2010, Komisija/Portugalska (C-171/08, ZOdl., EU:C:2010:412), ugotovilo, da Portugalska republika s tem, da je v družbi PT v korist države in drugih oseb javnega prava ohranila posebne pravice, kakršne so določene v statutu navedene družbe in so povezane s prednostnimi delnicami države v družbi PT, ni izpolnila svojih obveznosti iz člena 56 ES (točka 50 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

20 Družba PT je 16. julija 2010 družbi Telefónica predlagala, naj svojo ponudbo podaljša do 28. julija 2010, čemur pa je družba Telefónica nasprotovala, tako da se je ponudba iztekla (točka 51 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

21 Družbi PT in Telefónica sta imeli 27. julija 2010 nov sestanek in družba Telefónica je družbi PT predlagala, naj se na začetku določbe doda besedilo „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ in naj se določi trajanje določbe od „[dokončne izvedbe transakcije 27. septembra 2010] do 31. decembra 2011“ (točki 52 in 53 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

22 Družbi Telefónica in PT sta 28. julija 2010 sklenili sporazum, na podlagi katerega je družba Telefónica prevzela izključni nadzor nad družbo Vivo na podlagi prevzema 50 % kapitala družbe Brasilcel v vrednosti 7,5 milijarde EUR (točka 54 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

23 Sporazum je v členu 9 vključeval to določbo (točka 55 obrazložitve izpodbijanega sklepa):

„Devet – Prepoved konkurence

V obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja, nobena od pogodbenic ne bo izvajala kakršnega koli projekta s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami, vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo), za katerega se lahko šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu, za obdobje, ki se začne z datumom [dokončne izvedbe transakcije 27. septembra 2010 in traja] do 31. decembra 2011, oziroma vanj vlagala, neposredno ali posredno prek povezanega podjetja.“

24 Drugače kot druga ponudba (točka 14 zgoraj) sporazum ni več določal možnosti družbe PT za odkup, na podlagi katere lahko ta odkupi delnice v lasti družbe Telefónica. Sporazum pa je določal, prvič, odstop članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica (člen 3(6) sporazuma), drugič, program industrijskega partnerstva med obema podjetjema (člen 6 sporazuma) pod pogojem, da si ti v Braziliji ne konkurirata (člen 7 sporazuma), in tretjič, možnost družbe Telefónica, da prevzame brazilsko družbo Dedic, specializirano za opravljanje storitev klicnih centrov (člen 10 sporazuma) (točke od 56 do 61 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

25 Transakcija je bila dokončno opravljena 27. septembra 2010 z „notarsko listino o prenosu delnic“ in „potrditveno notarsko listino“ (točka 63 obrazložitve izpodbijane določbe).

26 Družba PT je na datum podpisa sporazuma 28. julija 2010 naznanila tudi, da je na ta datum sklenila tudi memorandum o soglasju, v katerem so določena pravila, ki se uporabijo za oblikovanje strateškega partnerstva z družbo Oi (glej točko 4 zgoraj), in da namerava pridobiti 22,38-odstotni delež skupine Oi, da bi lahko imela pomembno vlogo pri njenem upravljanju (točka 62 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

27 Transakcija Vivo je bila 29. julija in 18. avgusta 2010 priglašena Agência National de Telecommunicações (Anatel, brazilski regulativni organ za telekomunikacije) in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, brazilski organ za varstvo konkurence), družba Telefónica pa je v članku, ki je bil v tisku objavljen 23. avgusta 2010, potrdila, da sporazum vključuje določbo o nekonkuriranju (točke 103, 130 in 491 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

C – Dejansko stanje po sklenitvi sporazuma

28 Med družbama Telefónica in PT sta bila 26. in 29. oktobra 2010 opravljena dva telefonska pogovora (točki 113 in 124 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

29 Družbi Telefónica in PT sta 4. februarja 2011, potem ko je Komisija 19. januarja 2011 začela postopek (glej točko 31 spodaj), podpisali sporazum o izbrisu določbe (točka 125 obrazložitve izpodbijanega sklepa):

„Preambula:

[Družbi PT] in Telefónica sta 28. junija 2010 sklenili sporazum (v nadaljevanju: sporazum) o tem, da [družba PT] družbi Telefónica proda 50 % (petdeset) odstotkov kapitala družbe nizozemskega prava [Brasilcel] (v nadaljevanju: Brasilcel ali družba).

Deveti člen sporazuma je vključeval določbo o nekonkuriranju, na podlagi katere se vsaka pogodbenica v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja, zavezuje, da na iberskem trgu ne bo konkurirala drugi pogodbenici od datuma izvedbe transakcije (kot je določen v sporazumu) do 31. decembra 2011.

Pogodbenici sta deveti člen sporazuma sprva določili v okviru možnosti družbe PT, da odkupi delnice, ki jih ima družba Telefónica v navedeni družbi, pri čemer je bil ta člen v končnem sporazumu ohranjen pod pogojem, da je v skladu z zakonodajo, kljub končni opustitvi navedene možnosti.

Pogodbenici sta želeli zapisati, da se zgoraj navedeni deveti člen ne uporabi, da nikoli ni bil uporabljen in da torej ni imel nikakršnega učinka na njune gospodarske odločitve.

Družbi Telefónica in PT sta bili 24. januarja oziroma 21. januarja 2011 obveščeni, da je Evropska komisija glede njiju začela formalni postopek v zvezi z zgoraj navedenim devetim členom.

Glede na navedeno se pogodbenici sporazumeta glede tega:

Člen 1. Sprememba sporazuma in izbris pravic

Sporazum se spremeni in njegov deveti člen se v celoti izbriše. Ta člen se šteje za ničen in neobstoječ.

Pogodbenici nepreklicno in dokončno potrjujeta, da na podlagi devetega člena ni mogoče pridobiti nobene pravice in da na njegovi podlagi ne more nastati nobena obveznost za pogodbenici ali katerokoli tretjo osebo.

Člen 2. Zakonodaja, ki se uporabi

Ta sporazum in katerikoli spor v zvezi z njegovim izvrševanjem ali katerokoli posledico, povezano s kakršnokoli kršitvijo njegovih določb, ureja portugalsko pravo, v skladu s katerim se tudi razlaga.“

D – *Postopek pred Komisijo*

30 Španski organ za konkurenco je določbo odkril septembra 2010 in o tem obvestil portugalski organ za konkurenco in Komisijo, ki ji je prepustil preiskavo (točka 3 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

31 Komisija je 19. januarja 2011 začela postopek v zvezi z družbama Telefónica in PT na podlagi uporabe določb člena 11(6) Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101 PDEU] in [102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205) in člena 2(1) Uredbe Komisije (ES) št. 773/2004 z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma [101 PDEU] in [102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 81) (točka 5 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

32 Komisija je v okviru preiskave v skladu s členom 18(2) Uredbe št. 1/2003 zahteve za informacije naslovila na stranki 5. januarja, 1. aprila, 25. maja, 10. in 24. junija 2011 ter 5. septembra 2012, na nekatere njune mednarodne stranke pa 20. aprila 2011. Poleg tega so bili 17. marca in 8. septembra 2011 ter 27. septembra 2012 opravljeni sestanki z družbo PT, 21. marca in 7. septembra 2011 ter 27. septembra 2012 pa z družbo Telefónica (točka 6 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

33 Komisija je 21. oktobra 2011 sprejela obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, 4. novembra 2011 je bil strankama omogočen dostop do spisa, 7. novembra 2011 pa sta dobili ustrezne dokumente. Družbi Telefónica in PT sta 13. januarja 2012 odgovorili na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, vendar nista zahtevali zaslišanja (točke 7, 8 in 9 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

34 Komisija je 23. januarja 2013 sprejela izpodbijani sklep.

Izpodbijani sklep

35 Komisija je pojasnila, da se zadeva, na kateri temelji izpodbijani sklep, nanaša na določbo iz sporazuma (točke 1, 22 in 23 zgoraj) (točka 1 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

36 Komisija je pojasnila, da je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ugotovila, da določba glede na svojo vsebino in okoliščine (gospodarski in pravni okvir, v katerega je umeščena ta zadeva, in ravnanje strank) vodi do sporazuma o delitvi trga, namen katerega je omejevanje konkurence na notranjem trgu v nasprotju s členom 101 PDEU, in da je to ugotovitev potrdila v izpodbijanem sklepu (točka 2 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

37 Na prvem mestu, Komisija je analizirala dejansko stanje pogajanj med strankama, ki je vodilo do vključitve določbe v končno različico sporazuma, dejstva po njegovem podpisu (glej točke od 10 do 29 zgoraj) ter argumente, ki sta jih stranki podali glede navedenega dejanskega stanja in dejstev (točke od 29 do 130 izpodbijanega sklepa).

38 Na drugem mestu, Komisija je glede področja uporabe določbe in upoštevnih trgov ugotovila, da se klavzula glede na svoje besedilo (točki 1 in 23 zgoraj) nanaša na vse projekte storitev elektronskih komunikacij, če ena od strank opravlja ali lahko opravlja take storitve. Določba se zato, kot izhaja iz njenega besedila, nanaša na storitve fiksne in mobilne telefonije, storitve dostopa do interneta in televizije ter storitve radiodifuzije, ki se štejejo za komunikacijske storitve, čeprav v določbi niso navedene. Vendar je Komisija poudarila, da so v skladu z besedilom določbe iz njenega področja uporabe izključene vse dejavnosti, ki so se opravljale, in vse naložbe, ki so bile izvedene pred podpisom sporazuma 28. julija 2010 (točke od 132 do 136 in 185 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

39 V zvezi s tem je Komisija navedla, da so bile svetovne telekomunikacijske storitve in storitve mednarodnega prenosa na debelo izključene iz področja uporabe določbe, ker sta bili obe stranki na datum podpisa pogodbe navzoči na navedenih trgih storitev na Iberskem polotoku (točke 173, 174, 184 in 185 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

40 Komisija je glede geografskega obsega določbe ugotovila, da se izraz „iberski trg“ nanaša na španski in portugalski trg. Komisija je ob upoštevanju gospodarskih dejavnosti strank, navzočih na večini trgov elektronskih komunikacij v državi izvora vsake od njiju in slabo navzočih ali celo nenavzočih v državi izvora druge stranke (točke od 3 do 7 zgoraj), ugotovila, da se geografsko področje uporabe določbe nanaša na Portugalsko za družbo Telefónica in na Španijo za družbo PT (točke od 137 do 140 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

41 Komisija je zato ugotovila, da se je določba nanašala na vse trge storitev elektronskih komunikacij in televizijskih storitev v Španiji in na Portugalskem, razen na trge opravljanja svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega prenosa na debelo (točka 185 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

42 Na tretjem mestu, Komisija navaja, da je določba nedvomno sporazum v smislu člena 101(1) PDEU, ker gre za pisni sporazum, ki sta ga stranki sklenili in podpisali, katerega obstoja ni mogoče zanikati, in ker je poleg tega določba vključena v notarsko listino, v katere preambuli je navedeno, da ji je priložena kopija sporazuma (točka 237 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

43 Prvič, glede sodne prakse, ki se nanaša na omejevanje konkurence glede na cilj, je Komisija po analizi argumentov strank menila, da določba pomeni omejevanje glede na cilj ob upoštevanju vsebine sporazuma, ciljev, ki jim sledi določba, gospodarskega in pravnega okvira, v katerega je umeščena, obnašanja in dejanskega ravnanja strank ter, nazadnje, njunega namena (točke od 238 do 242 in od 243 do 356 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

44 Komisija je tako glede cilja določbe ugotovila, da je določba ob upoštevanju svojega področja uporabe družbi PT prepovedovala vstop na enega od španskih trgov telekomunikacij, družbi Telefónica pa širitev omejene navzočnosti na portugalskih trgih telekomunikacij v celotnem času trajanja uporabe določbe, tako da sta se družbi Telefónica in PT, namesto da bi si konkurirali in ravnali kot konkurentki, kar se običajno pričakuje na odprtem in konkurenčnem trgu, namerno dogovorili, da bosta odpravili in omejili vsakršno konkurenco na upoštevnih trgih, zaradi česar je določba pomenila sporazum o razdelitvi trgov (točka 353 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

45 V zvezi s tem je Komisija navedla, da bi določba lahko poleg tega upočasnila integracijo v sektorju elektronskih komunikacij, ker bi bil postopek integracije navedenega trga resno ogrožen, če bi lahko tradicionalni operaterji, kot sta družbi Telefónica in PT, okrepili svoj že tako zelo močan položaj na trgu s tajnimi dogovori, katerih cilj je varovanje njihovih izvornih trgov in preprečevanje vstopa drugih operaterjev na njih (točki 354 in 355 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

46 Drugič, potem ko je Komisija spomnila, da v skladu z ustaljeno sodno prakso upoštevanje konkretnih učinkov sporazuma ni potrebno, če je bilo dokazano, da je bil cilj sporazuma omejevanje konkurence, pri čemer je Komisija ugotovila, da je bilo v obravnavanem primeru tako, je v odgovor na argumente strank vendarle navedla, najprej, da sta določbo sprejeli konkurentki, tako da je lahko povzročila protikonkurenčne učinke, dalje, da tudi če bi se štelo, da določba teh učinkov ne more povzročiti, to ne bi moglo pomeniti, da ni mogoče šteti, da pomeni omejevanje glede na cilj, ker če je cilj sporazuma omejevanje konkurence, za obstoj kršitve ni pomembno, ali je sklenitev sporazuma v poslovnem interesu sopogodbenic, zaradi česar ni upoštevno, da določba, katere cilj je omejevanje konkurence, ne more povzročiti učinkov v poslovnem interesu družbe Telefónica ali družbe PT, in nazadnje, da stranki nikakor nista dokazali, da sta v Španiji ali na Portugalskem začeli nove dejavnosti, ki bi lahko dokazovale neizvajanje določbe, kar samo po sebi ne dokazuje, da se je določba izvajala, kaže pa na to, da je to bilo mogoče (točke 240 in od 357 do 365 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

47 Komisija je menila, da je treba ugotoviti, da v obravnavanem primeru ni treba dokazati obstoja kakršnega koli negativnega učinka na konkurenco, ker je bil dokazan protikonkurenčni cilj določbe ter ker torej ni bilo treba opraviti natančne presoje vsakega od zadevnih telekomunikacijskih trgov in učinkov določbe na njih (točka 366 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

48 Tretjič, Komisija je navedla, da določbe ni mogoče šteti za pomožno omejitev transakcije Vivo, ker se je transakcija nanašala na iberski trg, transakcija Vivo pa na operaterja, katerega dejavnost je bila omejena na Brazilijo, in da ni mogoče šteti, da je določba nujna za izvedbo transakcije (točke od 367 do 433 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

49 Komisija je ugotovila, da določba strankama nalaga obveznosti nekonkuriranja in pomeni sporazum o delitvi trgov s ciljem omejevanja konkurence na notranjem trgu in da je zato v nasprotju s členom 101 PDEU glede na vsebino sporazuma (in med drugim besedila določbe, ki pušča le malo oziroma nobenega dvoma o njeni naravi), gospodarski in pravni okvir, v katerega je umeščena (na primer trgi elektronskih komunikacij, ki so bili liberalizirani), ter obnašanje in dejansko ravnanje strank (med drugim njun izbris določbe šele 4. februarja 2011, potem ko je Komisija 19. januarja 2011 začela postopek, ne pa po telefonskih pogovorih oktobra 2010, v nasprotju s trditvami strank) (točka 434 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

50 Četrtič, Komisija je poudarila, da določba ne izpolnjuje pogojev, določenih v členu 101(3) PDEU (točke od 436 do 446 obrazložitve izpodbijanega sklepa), in da lahko vpliva na trgovino med državami članicami (točke od 447 do 453 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

51 Petič, glede trajanja kršitve je Komisija ugotovila, da je to zajemalo obdobje od datuma dokončne izvedbe transakcije, torej 27. septembra 2010 (glej točko 25 zgoraj), do datuma, na katerega je bila določba izbrisana, torej 4. februarja 2011 (glej točko 29 zgoraj) (točke od 454 do 465 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

52 Šestič, Komisija je za določitev zneska glob v izpodbijani odločbi uporabila določbe Smernic o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe (ES) št. 1/2003 (UL 2006, C 210, str. 2, v nadaljevanju: Smernice).

53 Komisija je pri določitvi osnovnega zneska globe, ki se naloži, upoštevala vrednost prodaje služb, zajetih z določbo, kot so opredeljene v delu 5 izpodbijanega sklepa (glej točke od 38 do 40 zgoraj), in med drugim za vsako stranko zgolj vrednost njene prodaje v njeni državi izvora (točke od 478 do 483 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

54 Komisija je opozorila tudi, da je na splošno upoštevala prodajo, ki sta jo podjetji opravili v zadnjem celotnem letu sodelovanja pri kršitvi, da pa je v obravnavanem primeru kršitev trajala manj kot eno leto in se je zgodila med letoma 2010 in 2011. Komisija je nato uporabila prodajo podjetij v letu 2011, ki je bila manjša od prodaje, ki sta jo stranki zabeležili v letu 2010 (točka 484 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

55 Glede teže kršitve, ki določa odstotni delež vrednosti prodaje, ki ga je treba upoštevati pri določitvi osnovnega zneska globe, je Komisija spomnila, da je bila kršitev izvedena s sporazumom o nekonkuriranju in delitvi trga elektronskih komunikacij ter španske in portugalske televizije in da sta družbi Telefónica in PT tradicionalna operaterja v svojih državah. Komisija je navedla tudi, da je upoštevala, da določba ni bila skrivnost strank (glej točki 16 in 27 zgoraj). Komisija je glede na te elemente menila, da je odstotni delež vrednosti prodaje, ki ga je treba uporabiti za zadevni podjetji, 2 % (točke od 489 do 491 in 493 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

56 Glede trajanja kršitve je Komisija upoštevala, da je ta trajala od 27. septembra 2010 (datum notarske listine in torej dokončne izvedbe transakcije) do 4. februarja 2011 (datum sporazuma strank o odpravi določbe) (točka 492 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

57 Komisija ni uporabila nobene obteževalne okoliščine in je ugotovila, da pomeni datum 4. februarja 2011, na katerega je določba prenehala veljati, olajševalno okoliščino, ker je samo šestnajst dni poznejši od začetka postopka in 30 dni poznejši od pošiljanja prve zahteve za informacije strankama. Ker določba poleg tega ni bila tajna, je Komisija ugotovila, da je treba osnovni znesek globe, ki se naloži strankama, znižati za 20 % (točke 496, 500 in 501 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

58 Končen znesek glob znaša 66.894.000 EUR za družbo Telefónica in 12.290.000 EUR za družbo PT (točka 512 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Komisija je pojasnila, da ta znesek ne presega 10 % skupnega prometa vsakega od zadevnih podjetij (točki 510 in 511 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

59 V izreku izpodbijane odločbe je določeno:

„Člen 1

[Družbi Telefónica] in [PT] sta kršili člen 101 [PDEU] s tem, da sta sodelovali pri sporazumu o nekonkuriranju, določenem v devetem členu sporazuma, ki sta ga sklenili 28. julija 2010.

Kršitev je trajala od 27. septembra 2010 do 4. februarja 2011.

Člen 2

Za kršitev iz člena 1 se naložita ti globi:

(a) [Telefónica]: 66.894.000 EUR

(b) [PT]: 12.290.000 EUR

[…]“

Postopek in predlogi strank

60 Tožeča stranka je v sodnem tajništvu Splošnega sodišča 9. aprila 2013 vložila to tožbo.

61 Splošno sodišče (deveti senat) je na predlog sodnika poročevalca začelo ustni del postopka in je stranki v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 64 Poslovnika Splošnega sodišča z dne 2. maja 1991 pozvalo k predložitvi dokumentov. Stranki sta se na to zahtevo odzvali v predpisanem roku.

62 Stranki sta na obravnavi 22. maja 2015 ustno podali stališča in odgovorili na ustna vprašanja Splošnega sodišča.

63 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

— ugotovi, da je bila ta ničnostna tožba veljavno vložena in da je dopustna v skladu s členom 263 PDEU in za namene člena 264 PDEU;

— izpodbijani sklep razglasi za ničen;

— podredno, zniža znesek globe, ki ji je bila naložena v skladu s členom 2 izpodbijanega sklepa;

— Komisiji naloži plačilo stroškov postopka in stroškov, ki so ji nastali.

64 Komisija Splošnemu sodišču predlaga, naj:

— ugotovi, da tožba ni dopustna;

— podredno, ugotovi, da je tožba brez vsakršne pravne podlage, ter potrdi sklep z njegovim natančnim besedilom in naloženo globo v tem znesku;

— tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

Pravo

A – *Dopustnost*

65 Tožeča stranka v utemeljitev tožbe formalno navaja dva razloga za razglasitev ničnosti, pri čemer se prvi nanaša na bistveno kršitev postopka, in sicer na neobstoj obrazložitve in nezadostnost dokazov, drugi pa na kršitev Pogodbe in zakonodaje o njeni uporabi, ker naj bi bile pri sklepu storjene očitna napaka pri presoji dejstev, dokazov in dokazne vrednosti, napaka pri razlagi člena 101 PDEU in torej kršitev te določbe, kršitev obveznosti preiskave in odločitve, kršitev načela *in dubio pro reo*, kršitev načel, ki Komisijo zavezujejo pri izreku glob, in kršitev načela sorazmernosti.

66 Pred predstavitvijo tožbenih razlogov v pravem pomenu besede vsebuje tožba tri uvodne dele, naslovljene „Dejansko stanje“, „Predmet tožbe“ in „Bistvena vsebina in glavne napake sklepa“.

67 Komisija trdi, da je treba v skladu s členom 44 Poslovnika z dne 2. maja 1991 ugotoviti, da tožba zaradi svoje nejasnosti in nerazumljivosti ter zaradi predstavitve navedenih razlogov ni dopustna. Komisija trdi, da je zelo težko ugotoviti, kaj želi tožeča stranka navesti kot razloge za razglasitev ničnosti, saj se predstavitev tožbenih razlogov v pravem pomenu besede začne šele v točki 276 tožbe, ki ji sledi več kot 250 točk razlage, v katerih tožeča stranka ne pojasni, kaj konkretno po njenem mnenju sestavlja enega

ali več razlogov za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa. Poleg tega naj tožeča stranka v predstavitvi razlogov za razglasitev ničnosti ne bi pojasnila, koliko je ta razlaga upoštevna za konkretizacijo navedenih razlogov za razglasitev ničnosti.

68 Opozoriti je treba, da morata biti na podlagi člena 21 Statuta Sodišča Evropske unije in člena 44(1)(c) Poslovnika z dne 2. maja 1991 v vsaki tožbi navedena predmet spora in kratek povzetek tožbenih razlogov. Te navedbe morajo biti dovolj jasne in natančne, da toženi stranki omogočijo pripravo obrambe in Splošnemu sodišču, da odloči o tožbi, po potrebi brez drugih dodatnih podatkov (sodba z dne 30. januarja 2007, France Télécom/Komisija, T-340/03, ZOdl., EU:T:2007:22, točka 166). Poleg tega je sodišče Unije razsodilo, da pri razčlenitvi tožbenih razlogov v tožbi ni treba slediti terminologiji in vrstnemu redu iz Poslovnika ter da se lahko ti razlogi izrazijo vsebinsko namesto v obliki pravnih opredelitev, če so navedeni razlogi dovolj jasno razvidni iz tožbe (glej sklep z dne 21. maja 1999, Asia Motor France in drugi/Komisija, T-154/98, ZOdl., EU:T:1999:109, točka 55 in navedena sodna praksa).

69 Če pa ni tako in v tožbi med drugim ni izražena natančna kritika izpodbijanega sklepa, je treba ugotoviti, da tožba ni dopustna (glej v tem smislu sklep z dne 20. januarja 2012, Groupe Partouche/Komisija, T-315/10, EU:T:2012:21, točka 22 in naslednje).

70 Tako ne more biti sprejemljivo, da bi morala tako tožena institucija kot Splošno sodišče zgolj domnevati, na kakšne dejanske in pravne utemeljitve in pomisleke bi se lahko opirale navedbe tožeče stranke. Člen 44(1) Poslovnika z dne 2. maja 1991 je bil namreč med drugim namenjen preprečevanju takega položaja, ki povzroča pravno negotovost in ni v skladu z učinkovitim izvajanjem sodne oblasti (glej v tem smislu sklep z dne 19. maja 2008, TF1/Komisija, T-144/04, ZOdl., EU:T:2008:155, točka 57).

71 Nazadnje je treba poudariti, da elementi, navedeni v ničnosti tožbi pod naslovi „Dejansko stanje“, „Predmet tožbe“ ali pa „Bistvena vsebina in glavne napake sklepa“, na prvi pogled niso mišljeni, da bi predstavljali samostojne tožbene razloge, ki bi lahko privedli do razglasitve ničnosti izpodbijanega sklepa, ampak predpostavljajo bolj opis dejanskega stanja in izpodbijanega akta. Vendar ni mogoče v naprej izključiti možnosti, da bi ta del tožbe lahko vseboval navedbo enega ali več razlogov za razglasitev ničnosti. Vseeno je mogoče, samo kadar je iz odlomka pod temi naslovi jasno in nedvoumno razvidno, da poleg svoje opisne naloge izpodbija veljavnost ugotovitev iz izpodbijanega sklepa, šteti, da ta odlomek, odvisno od primera, pomeni tožbeni razlog ne glede na strukturo tožbe in njegov položaj v okviru njene splošne zasnove (glej v tem smislu sodbe z dne 14. decembra 2005, Honeywell/Komisija, T-209/01, ZOdl., EU:T:2005:455, točka 106, in z dne 1. julija 2008, Komisija/D, T-262/06 P, ZOdl. JU, EU:T:2008:239, točka 52).

72 V obravnavanem primeru je treba ugotoviti, da tožba ni dovolj jasna, ker je tožeča stranka v več kot 200 točkah predstavila „[b]istven[o] vsebin[o] in glavne napake sklepa“, preden je prešla na „tožbene razloge“ v pravem pomenu besede. Ker so ti „tožbeni razlogi“ razloženi zelo na kratko, je treba v približno 200 točkah iskati očitke in trditve v utemeljitev navedenih tožbenih razlogov.

73 Poleg tega se zdi, da je bil to namen tožeče stranke, kot je navedla v točki 69 replike in potrdila na obravnavi. V nasprotju s trditvami Komisije je mogoče v delu, ki se nanaša na „[b]istven[o] vsebin[o] in glavne napake sklepa“, prepoznati kritike, ki jih tožeča stranka izraža glede izpodbijanega sklepa, in določbe, na kršitev katerih se sklicuje. Ni torej mogoče trditi, kot to počne Komisija, da „je iz tožbe jasno razvidno, da ni nobenih pravnih ugotovitev, s katerimi bi bilo mogoče izpodbijati zakonitost [izpodbijanega] sklepa“. Poleg tega je treba navesti, da je lahko Komisija odgovorila na očitke tožeče stranke.

74 Iz tega je razvidno, da je treba ugovor nedopustnosti Komisije zavrniti in ugotoviti, da je tožba dopustna.

75 Poudariti pa je treba, da čeprav je mogoče iz približno 200 točk tožbe pred predstavitvijo tožbenih razlogov v pravem pomenu besede razbrati kritike, ki jih tožeča stranka izraža glede izpodbijanega sklepa, in določbe, na kršitev katerih se sklicuje, je za njeno pisanje značilna nepovezanost teh kritik in navedenih tožbenih razlogov ter nejedrnatost. V teh okoliščinah je treba opozoriti, da obveznosti Splošnega sodišča, da obrazloži svoje odločbe, ni mogoče razlagati tako, da mora to tudi podrobno odgovoriti na vsako trditev stranke, zlasti če ta ni dovolj jasna in natančna (sodbi z dne 11. septembra 2003, Belgija/Komisija, C-197/99 P, ZOdl., EU:C:2003:444, točka 81, in z dne 11. januarja 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Komisija, C-404/04 P, EU:C:2007:6, točka 90). Poleg tega je iz ustaljene sodne prakse razvidno, da obveznost obrazložitve Splošnemu sodišču ne nalaga, naj zagotovi razlago, ki bi izčrpno in posamično sledila razlogovanju strank v sporu, in da je torej obrazložitev lahko implicitna, če zadevnim osebam omogoča, da se seznanijo z razlogi, iz katerih Splošno sodišče ni sprejelo njihovih argumentov, Sodišču pa omogoča, da razpolaga z dovolj elementi za izvajanje nadzora (glej sodbo z dne 16. julija 2009, Komisija/Schneider Electric, C-440/07 P, ZOdl., EU:C:2009:459, točka 135 in navedena sodna praksa).

B – *Vsebinska presoja*

1. *Predlogi za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa*

76 Tožeča stranka v utemeljitev svojega predloga za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa navaja tožbeni razlog v zvezi z bistveno kršitvijo postopka in tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU in pravil, ki jih je treba upoštevati pri njegovi uporabi.

a) Tožbeni razlog v zvezi z bistveno kršitvijo postopka

77 Tožeča stranka glede bistvene kršitve postopka trdi, da izpodbijani sklep ni obrazložen in da ne vsebuje dovolj dokazov, pri čemer pa je treba zadnjenavedeni očitek, kot je tožeča stranka potrdila na obravnavi, obravnavati v okviru preučitve drugega razloga za razglasitev ničnosti, ki se nanaša na kršitev člena 101 PDEU.

78 Glede domnevnega neobstoja obrazložitve je treba opozoriti, da je obveznost obrazložitve iz člena 296 PDEU bistvena postopkovna zahteva, ki jo je treba razlikovati od vprašanja utemeljenosti obrazložitve, ki je del vsebinske zakonitosti spornega akta (sodbi z dne 2. aprila 1998, Komisija/Sytraval in Brink's France, C-367/95 P, ZOdl., EU:C:1998:154, točka 67; z dne 22. marca 2001, Francija/Komisija, C-17/99, ZOdl., EU:C:2001:178, točka 35, in z dne 29. septembra 2011, Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, ZOdl., EU:C:2011:620, točka 146).

79 V obravnavanem primeru je treba, prvič, ugotoviti, da tožeča stranka neobstoj obrazložitve izpodbijanega sklepa obravnava pod naslovom „Neobstoj obrazložitve“ v delu tožbe, naslovljenem „Razlogi za razglasitev ničnosti“. V nadaljevanju je treba preučiti očitke pod tem naslovom. Drugič, zdi se, da tožeča stranka v celotnem besedilu tožbe izraža kritike, podobne očitkom o obrazložitvi, ki pa se razen očitkov v točkah od 165 do 168, od 220 do 224 in od 254 do 256 v nadaljevanju dejansko nanašajo na vprašanje utemeljenosti izpodbijanega sklepa in jih je torej treba preučiti ob analizi vsebinskih vprašanj, na katera se nanašajo.

80 Tožeča stranka v okviru svojih kritik, ki se formalno nanašajo na tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo obveznosti obrazložitve, potem ko je opozorila, da je ta obveznost določena v členu 296 PDEU, zgolj trdi, da „so v obrazložitvi izpodbijanega sklepa glede bistvenih točk pomanjkljivosti, nejasnosti in napake, kar nepopravljivo vpliva na ugotovitve v njem“, in se sklicuje „na primer“ na ugotovitve Komisije v točki 264 in naslednjih ter v točki 353 in naslednjih obrazložitve izpodbijanega sklepa. Iz teh izjav pa izhaja, da dejansko ne kritizira obrazložitve, temveč utemeljenost preudarkov v teh točkah obrazložitve, kot je med drugim potrdila na obravnavi, to pa je bilo zabeleženo v zapisnik.

81 Iz tega sledi, da je treba tožbeni razlog v zvezi z bistveno kršitvijo postopka v delu, v katerem se ne nanaša na očitke, s katerimi se dejansko izpodbija utemeljenost izpodbijanega sklepa, in brez poseganja v točke od 165 do 168, od 220 do 224 in od 254 do 256 v nadaljevanju zavrniti, ne da bi bilo treba preučiti trditve tožeče stranke, ki se formalno nanašajo na ta tožbeni razlog v zvezi z neobstojem obrazložitve.

b) Tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU in zakonodaje o njegovi uporabi

82 Tožeča stranka meni, da ob upoštevanju narave določbe ter pravnih in gospodarskih okoliščin in okvira, v katere je umeščena, niti določbe niti obveznosti, da si stranki ne konkurirata na iberskem trgu, ni treba šteti za omejevanje konkurence glede na cilj.

83 Tožeča stranka torej Komisiji očita, da je s tem, da je določbo opredelila kot omejevanje konkurence glede na cilj, kršila člen 101 PDEU. V okviru tega trdi, da Komisija ni predložila dokaza za kršitev in da je ta institucija storila očitno napako pri presoji dejstev, dokazov in dokazne vrednosti, da je napačno uporabila člen 101 PDEU in kršila Pogodbo, da je kršila obveznosti preiskave in odločitve ter da je kršila načelo *in dubio pro reo*.

84 Kot je potrdila na obravnavi, tožeča stranka v bistvu navaja te pravne in dejanske argumente v utemeljitev tega tožbenega razloga: določba naj ne bi bila nikakor povezana s transakcijo Vivo, temveč z možnostjo družbe PT, da odkupi svoje delnice, ki jih ima v lasti družba Telefónica (v nadaljevanju: možnost odkupa), ki je bila navedena v drugi in tretji ponudbi, vendar ne več v končni različici sporazuma, ali z odstopom članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, ki ga je določal sporazum; določba naj bi vsebovala dve ločeni obveznosti, in sicer primarno obveznost samoocene in sekundarno obveznost nekonkuriranja, pri čemer je druga postala zavezujoča le, če je bila njena zakonitost ugotovljena ob izvajanju prve; določba naj ne bi mogla pomeniti omejevanja konkurence glede na cilj, saj naj Komisija ne bi dokazala, da sta družbi Telefónica in PT potencialni konkurentki in da lahko zato določba omejuje konkurenco, in nazadnje, ker naj določba ne bi pomenila omejevanja konkurence glede na cilj, bi morala Komisija preučiti učinke tega.

Uvodne ugotovitve

85 Opozoriti je treba, da je sporazum, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje prepovedano s členom 101(1) PDEU, če je njegov „cilj oziroma posledica“ preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu.

86 V zvezi s tem je iz sodne prakse Sodišča razvidno, da so nekatere vrste dogovarjanja med podjetji za konkurenco tako škodljive, da je mogoče šteti, da ugotavljanje njihovih posledic ni potrebno (sodba z dne 11. septembra 2014, CB/Komisija, C-67/13 P, ZOdl., EU:C:2014:2204, točka 49 in navedena sodna praksa).

87 Ta sodna praksa se nanaša na dejstvo, da je mogoče nekatere oblike dogovarjanja med podjetji že zaradi njihove narave obravnavati kot škodljive za dobro delovanje običajnega konkurenčnega trga (glej zgoraj v točki 86 navedeno sodbo CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 50 in navedena sodna praksa).

88 Tako je sprejeto, da je mogoče šteti, da imajo nekatera tajna ravnanja, kot so tista, katerih posledica je določitev horizontalnih cen s strani kartelov, tako negativne posledice zlasti na ceno, količino ter kakovost proizvodov in storitev, da za namene uporabe člena 101(1) PDEU ni treba dokazovati njihovih konkretnih posledic za trg. Izkušnje namreč kažejo, da taka ravnanja povzročijo zmanjšanje proizvodnje in zvišanje cene, kar negativno vpliva na razdelitev virov zlasti v škodo potrošnikov (zgoraj v točki 86 navedena sodba CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 51).

89 Če se z analizo vrste dogovarjanja med podjetji ne ugotovi zadostna stopnja škodljivosti za konkurenco, pa je treba preučiti posledice takega dogovarjanja in za njegovo prepoved zahtevati predložitev dokazov, ki dokazujejo, da je bila konkurenca dejansko znatno preprečena, omejena ali izkrivljena (glej zgoraj v točki 86 navedeno sodbo CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 52 in navedena sodna praksa).

90 V skladu s sodno prakso Sodišča je treba za preučitev, ali je sporazum med podjetji ali sklep podjetniškega združenja tako škodljiv, da se šteje, da je omejevanje konkurence njegov cilj v smislu člena 101(1) PDEU, upoštevati vsebino njegovih določb, cilje, ki se želijo z njim doseči, ter pravni in gospodarski okvir, v katerega je umeščen. Pri presoji navedenega okvira je treba upoštevati tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga ali trgov (glej zgoraj v točki 86 navedeno sodbo CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 53 in navedena sodna praksa).

91 Poleg tega lahko organi, pristojni za varstvo konkurence, nacionalna sodišča in sodišča Unije upoštevajo namen strank, čeprav ta ni nujni dejavnik za opredelitev omejujoče narave sporazuma (glej zgoraj v točki 86 navedeno sodbo CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 54 in navedena sodna praksa).

92 Trditve tožeče stranke je treba preučiti ob upoštevanju teh načel.

Trditve, da je bila določba povezana z možnostjo odkupa ali odstopom članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica

93 Tožeča stranka trdi, da določba ni bila nikakor povezana s transakcijo Vivo, temveč je bila povezana z možnostjo odkupa, ki je bila navedena v drugi in tretji ponudbi – pri zadnjenavedeni gre le za povišanje cene brez nove različice besedila sporazuma – in ni bila več navedena v končni različici sporazuma, ter z odstopom članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, določenim v tej različici.

94 Tožeča stranka poudarja, da sta bili možnost nakupa in določba hkrati prvič navedeni v drugi ponudbi, in trdi, da je obveznost nekonkuriranja tipična za pridobitev sredstev, kot je možnost odkupa, ki vključuje tveganje, da bo odstopnik opravljal dejavnost v prenesenem sektorju, ki ga dobro pozna.

95 Ker je družba Telefónica svoj delež v kapitalu družbe PT zmanjšala za približno 2 %, kar je napovedala 23. junija 2010, naj četrta ponudba ne bi več vsebovala možnosti odkupa, temveč obveznost družbe Telefónica, da sprejeme ukrepe, da bi se njena predstavnika v upravnem odboru družbe PT odpovedala tej funkciji. Zaradi težav pri postopku pogajanja pa naj se o nekaterih določbah iz prejšnjih ponudb ne bi razpravljalo, tako da naj bi bila določba ohranjena, dodalo pa se je besedilo „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“.

96 Tožeča stranka je na obravnavi v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča navedla, da ne trdi, da bi morala biti določba opredeljena kot pomožna omejitev poleg odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica. Vendar iz njenih trditev v bistvu izhaja, da je zavezo o nekonkuriranju povezovala, prvič, z možnostjo odkupa njenih delnic, ki so v lasti družbe Telefónica, in drugič, z odstopom članov upravnega odbora, ki jih je ta imenovala. Poleg tega tožeča stranka meni, da je bilo, ko je bila možnost odkupa odstranjena iz osnutka sporazuma ob četrti ponudbi, besedilo „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ vanj vstavljeno, s čimer je bila tako določba o nekonkuriranju preoblikovana v določbo o samooceni. V teh okoliščinah in če želi s temi trditvami tožeča stranka doseči, da se za določbo ne bi uporabljal člen 101 PDEU, je treba ugotoviti to.

97 Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da če določena transakcija ali dejavnost zaradi svoje nevtralnosti ali pozitivnega učinka na konkurenco ne spada na področje uporabe načela prepovedi iz člena 101(1) PDEU, tudi omejitev poslovne samostojnosti enega ali več udeležencev v tej transakciji ali dejavnosti ne spada na področje uporabe omenjenega načela, če je ta omejitev objektivno nujna za izvršitev te

transakcije ali te dejavnosti in sorazmerna s cilji ene ali druge (glej sodbo z dne 11. septembra 2014, MasterCard in drugi/Komisija, C-382/12 P, ZOdl., EU:C:2014:2201, točka 89 in navedena sodna praksa).

98 Kadar namreč take omejitve ni mogoče ločiti od glavne transakcije ali dejavnosti brez ogrožanja njenega obstoja in ciljev, je treba preveriti skladnost te omejitve s členom 101 PDEU, skupaj s skladnostjo glavne transakcije ali dejavnosti, do katere je v pomožnem razmerju, in to kljub temu, da se lahko za enako omejitev, če se obravnava ločeno, na prvi pogled zdi, da spada na področje uporabe načela prepovedi iz člena 101(1) PDEU (zgoraj v točki 97 navedena sodba MasterCard in drugi/Komisija, EU:C:2014:2201, točka 90).

99 Pojem pomožne omejitve zato obsega vsako omejitev, ki je neposredno povezana in potrebna za izvršitev glavne transakcije (sodbi z dne 18. septembra 2001, M6 in drugi/Komisija, T-112/99, Recueil, EU:T:2001:215, točka 104, in z dne 29. junija 2012, E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, T-360/09, ZOdl., EU:T:2012:332, točka 62).

100 Kot omejitev, ki je neposredno povezana z izvedbo glavne transakcije, je treba razumeti vsakršno omejitev, ki je po pomembnosti podrejena izvedbi te transakcije in ki je v očitni povezavi z njo (zgoraj v točki 99 navedena sodba M6 in drugi/Komisija, EU:T:2001:215, točka 105, in zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 63).

101 Pogoj nujnosti omejitve zahteva dvojno preučitev. Po eni strani je namreč treba ugotoviti, ali je omejitev objektivno potrebna za izvedbo glavne transakcije, in po drugi strani, ali je sorazmerna glede na njo (zgoraj v točki 99 navedena sodba M6 in drugi/Komisija, EU:T:2001:215, točka 106, in zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 64).

102 Glede objektivne nujnosti omejitve je treba poudariti, da če obstoja pravila razumne presoje ni mogoče dopustiti v pravu Unije o konkurenci, potem bi bilo pogoj objektivne nujnosti v okviru opredelitve pomožnih omejitev zmotno razlagati tako, da zahteva tehtanje konkurenčnih ali protikonkurenčnih učinkov sporazuma (zgoraj v točki 99 navedena sodba M6 in drugi/Komisija, EU:T:2001:215, točka 107, in zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 65).

103 Tako stališče ni upravičeno le zaradi spoštovanja polnega učinka člena 101(3) PDEU, temveč tudi zaradi doslednosti. Ker namreč člen 101(1) PDEU ne zahteva preučitve pozitivnih in negativnih učinkov glavne omejitve na konkurenco, je treba enako ugotoviti glede preučitve omejitev, ki jo spremljajo (zgoraj v točki 99 navedena sodba M6 in drugi/Komisija, EU:T:2001:215, točka 108, in zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 66).

104 Zato je lahko preučitev objektivne nujnosti neke omejitve glede na glavno transakcijo samo relativno abstraktna. Ne gre za preučevanje, ali je omejitev glede na konkurenčni položaj na zadevnem trgu nujna za poslovni uspeh glavne transakcije, temveč za ugotavljanje, ali je v posebnem okviru glavne transakcije omejitev nujna za izvršitev te transakcije. Če se brez omejitve glavna transakcija izkaže za težko izvedljivo ali celo neizvedljivo, potem se lahko šteje, da je omejitev objektivno potrebna za njeno izvršitev (zgoraj v točki 99 navedena sodba M6 in drugi/Komisija, EU:T:2001:215, točka 109, in zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 67).

105 Kadar je omejitev objektivno potrebna za izvršitev glavne transakcije, je treba preveriti tudi, ali njeno trajanje ter materialno in geografsko področje uporabe ne presegata tega, kar je potrebno za izvršitev navedene transakcije. Če trajanje ali področje uporabe omejitve presegata to, kar je nujno za izvedbo transakcije, je treba omejitev presojati ločeno v okviru člena 101(3) PDEU (zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 68).

106 Poudariti je treba, da če presoja stranske narave neke posebne obveznosti glede na glavno transakcijo zahteva izvedbo kompleksne ekonomske presoje s strani tožene stranke, potem se pravni nadzor te presoje omeji na preverjanje postopkovnih pravil, zadostnosti obrazložitve, materialne pravilnosti dejstev, neobstoja napačne presoje in zlorabe pooblastil (zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 69).

107 Če se ugotovi, da je omejitev neposredno povezana in potrebna za izvršitev glavne transakcije, je treba skladnost take omejitve s pravili o konkurenci preučiti skupaj s skladnostjo glavne transakcije. Če torej glavna transakcija ne spada v okvir učinkovanja prepovedi, določene v členu 101(1) PDEU, potem enako velja tudi za omejitve, ki so neposredno povezane s to transakcijo in nujne zanjo. Če, ravno nasprotno, glavna transakcija pomeni omejitev v smislu te določbe, vendar zanjo velja izjema na podlagi člena 101(3) PDEU, potem ta izjema prav tako velja za pomožne omejitve (zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 70).

108 Poleg tega je treba ugotoviti, da je Sodišče v sodbi z dne 11. julija 1985, Remia in drugi/Komisija (42/84, Recueil, EU:C:1985:327, točke od 17 do 20), preučilo določbo o nekonkuriranju, vključeno v pogodbo o prodaji podjetja. Potem ko je Sodišče ugotovilo, da določbe o nekonkuriranju zgolj zato, ker so vključene v pogodbo o prodaji podjetja, še niso izključene iz področja uporabe člena 101(1) PDEU, je navedlo, da je treba za presojo, ali se za take določbe uporablja prepoved iz tega člena, preučiti, kakšna bi bila konkurenca, če jih ne bi bilo. Sodišče je pojasnilo, da v takem primeru, v katerem bi si prodajalec in kupec konkurirala po prodaji, ne bi bilo mogoče uresničiti sporazuma o prodaji podjetja, saj bi prodajalec, ki bi posebej dobro poznal značilnosti prodanega podjetja, ohranil možnost, da ponovno privabi svoje nekdanje stranke, tako da so lahko v takem položaju določbe o nekonkuriranju zagotavljale možnost in učinkovitost prodaje, pri čemer pa morajo biti potrebne ob prenosu prodanega podjetja in morata biti njihovo trajanje in področje uporabe strogo omejena na ta cilj.

109 Glede možnosti odkupa in odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, je treba navesti, da tožeča stranka v točkah 20 in 76 tožbe trdi, da ima določba glede na ta elementa primerljiv cilj kot določbe o nekonkuriranju v sporazumih o prodaji podjetij, in sicer preprečiti družbi Telefónica, da bi uporabila informacije, ki jih je pridobila zaradi svoje navzočnosti v upravnem odboru družbe PT, za konkuriranje družbi PT.

110 Po eni strani je treba glede možnosti odkupa poudariti, da te ni bilo več v končni različici sporazuma, tako da ne more utemeljevati določbe, kar je poleg tega razlog za to, da Komisija ni preučila, ali je mogoče določbo opredeliti kot pomožno omejitev glede na možnost odkupa (glej točko 390 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Poleg tega in vsekakor je treba ugotoviti, da tožeča stranka, prvič, zgolj navaja, da „je bila obveznost nekonkuriranja v interesu družbe PT in tipična za pridobitev sredstev z enakimi značilnostmi kot pridobitev sredstev z izvršitvijo možnosti odkupa, zlasti za pridobitev, s katero se okrepi nadzor ter ki vključuje veliko naložbo in tveganje, da bo odstopnik lahko izkoriščal odstopljeni sektor, ki ga dobro pozna“, drugič, poudarja velikost deleža, ki mora biti predmet možnosti odkupa (10 %), in tretjič, trdi, da „je družba PT navajena povezovati tovrstne določbe s sporazumi o nakupu in prodaji delnic, saj so časovno omejene in se z njimi ne posega v tekoče dejavnosti“, in da „je v interesu družbe PT, da se kratkoročno zaščiti v zvezi z izvršitvijo možnosti odkupa“.

111 Tožeča stranka pa ne pojasnjuje, zakaj in kako bi lahko v obravnavanem primeru prodaja delnic družbe PT s strani družbe Telefónica konkretno povzročila tveganje, da bi odstopnik dalje izkoriščal zadevni sektor, ki ga dobro pozna, niti pred čim konkretno se je morala zaščititi zaradi izvršitve možnosti odkupa.

112 Poleg tega tožeča stranka, čeprav vztraja, da sta se možnost odkupa in določba o nekonkuriranju hkrati pojavili v okviru druge ponudbe, kar bi pomenilo, da sta povezani, ne dokaže, da je bila njuna uvedba povezana. Tožeča stranka tako samo trdi, da je to, da je bila določba povezana z možnostjo odkupa, razvidno iz korespondence med družbama Telefónica in PT z dne 1. junija 2010 med 2.53 in 17.00,

po kateri se je zvišala cena druge ponudbe. Pri navedeni korespondenci, ki jo je Komisija predložila v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča, gre za izmenjavo elektronskih dopisov med družbama Telefónica in PT, ki vsebuje zaporedne preglede besedil sporazuma z razvidnimi spremembami. Čeprav te različice sporazuma vsebujejo možnost odkupa in določbo o nekonkuriranju, pa vendar ne omogočajo sklepanja o odvisnosti te določbe od možnosti odkupa.

113 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da ni mogoče trditi, da bi bilo mogoče določbo šteti za pomožno omejitev glede na možnosti odkupa.

114 Po drugi strani glede odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, tožeča stranka vztraja pri tem, da so ti imeli dostop do občutljivih informacij, ne da bi dokazala, da je obstajalo resnično tveganje, da bi družba Telefónica izkoristila informacije, ki so jih pridobili člani upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala, v škodo družbe PT po odhodu teh članov.

115 Poleg tega je treba ugotoviti, da tožeča stranka ne navaja elementov, s katerimi bi bilo mogoče ovreči ugotovitve Komisije iz točk od 391 do 401 izpodbijanega sklepa, v skladu s katerimi določbe ni mogoče utemeljiti kot pomožno omejitev glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica.

116 Komisija je tako trdila zlasti, da portugalsko pravo družb in, natančneje, členi 64, 254 in 398 portugalskega trgovinskega zakonika članom upravnega odbora nalagajo obveznost, da ne uporabljajo informacij, do katerih so imeli dostop v okviru in za druge namene od tistih, ki so nujni za dobro poslovanje družbe (točka 395 izpodbijanega sklepa). Tožeča stranka pa ni pojasnila, zakaj je bila ob taki zakonski obveznosti določba nujna za zaščito informacij, ki so bile na voljo članom upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, po njihovem odhodu iz upravnega odbora.

117 Prav tako je Komisija glede domnevne potrebe po zaščiti zaupnih informacij, do katerih so imeli dostop člani upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, navedla, da so bile te informacije dane na voljo tem članom pred transakcijo Vivo, da se je takrat štelo, da ni potrebna nobena zaveza o nekonkuriranju, in da stranki nista prikazali, zakaj naj bi odhod družbe Telefónica iz upravnega odbora družbe PT, povzročil potrebo po sprejetju zaveze o nekonkuriranju (točki 393 in 394 izpodbijanega sklepa).

118 Iz zgoraj navedenega je razvidno, da tožeča stranka ni dokazala, da je bila določba pomožna omejitev poleg odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica.

119 Poleg tega je treba navesti, da tožeča stranka prav tako ni nasprotovala ugotovitvam Komisije v točkah od 402 do 404 izpodbijanega sklepa, v skladu s katerimi – tudi če je bila zaveza o nekonkuriranju nujna za izvedbo odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, da bi se zagotovila zaščita zaupnih informacij, ki so bile na voljo navedenemu organu – naj bi taka zaveza morala biti omejena na to, kar je povsem nujno, kar pa ne velja za določbo, ki je dvostranska in torej ne prepoveduje samo družbi Telefónica, da bi konkurirala družbi PT, temveč tudi družbi PT, da bi konkurirala družbi Telefónica.

120 Nazadnje je treba vsekakor ugotoviti, kot pravilno poudarja Komisija v točkah 386 in 387 izpodbijanega sklepa, da je treba vprašanje, ali je mogoče omejitev šteti za pomožno, preučiti glede na glavno obveznost. V obravnavanem primeru pa glavna transakcija, glede na katero je treba presojati določbo o nekonkuriranju, ni niti možnost odkupa niti odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, temveč transakcija Vivo. Vendar tožeča stranka ne navaja nobenega elementa, namenjenega dokazovanju, da je bila določba nujna za izvedbo navedene transakcije.

121 Iz zgoraj navedenega je razvidno, da tožeča stranka ni dokazala, da bi bilo treba določbo šteti za pomožno omejitev glede na možnost nakupa, kakor je bila ta navedena v sporazumu, kar bi bilo treba upoštevati pri presoji okoliščin sporazuma. Poleg tega tožeča stranka ni dokazala, da je bila določba pomožna omejitev glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, določen v končni različici sporazuma, tako da zanjo zato ne bi bilo treba uporabiti prepovedi iz člena 101 PDEU.

Trditve, da je določba vsebovala obveznost samoocene

122 Tožeča stranka trdi, da določba ni vsebovala nobene obveznosti, ki ni v skladu s členom 101 PDEU: obveznost nekonkuriranja iz določbe naj bi bila pogojena z njeno oceno in potrditvijo s strani obeh strank, in če bi bila opravljena ta ocena in bi bilo ugotovljeno, da obveznost nekonkuriranja ni dopustna, naj bi ta prenehala, ne da bi kadar koli povzročala učinke. Ta razlaga naj bi bila vsekakor najverjetnejša razlaga zadevne določbe.

123 Tožeča stranka meni, da določba zaradi besed „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ namreč vsebuje dve obveznosti, in sicer drugotno obveznost nekonkuriranja in glavno obveznost samoocene, ki strankama nalaga, naj ocenita zakonitost obveznosti nekonkuriranja, in če bi se pri samooceni iz določbe ugotovilo, da obveznost nekonkuriranja ni zakonita, ta avtomatično preneha veljati.

124 Stranki naj bi v okviru telefonskih konferenc z dne 26. in 29. oktobra 2010 opravili samooceno iz določbe in naj bi ugotovili, da omejevanje konkurence ni dovoljeno. Nato naj bi preučili vprašanje, ali je treba določbo odpraviti, vendar naj se jima taka rešitev ne bi zdela skladna z obstojem obveznosti samoocene, ki jo je od tedaj vsebovala določba. Družba PT naj bi torej priznala, da je bila obveznost iz določbe izpolnjena s samoocenjevanjem in da bi morali biti pristojni organi obveščeni o izidu tega samoocenjevanja. V teh okoliščinah naj bi bilo treba razlagati sporazum, ki je bil sklenjen med strankama 4. februarja 2011 ter s katerim je bila določba odpravljena in je bilo potrjeno, da ta ni nikoli nalagala obveznosti nekonkuriranja nobeni od strank.

125 Nazadnje naj obveznost nekonkuriranja ne bi mogla povzročati učinkov pred svojo potrditvijo in naj je zato ne bi bilo mogoče šteti za omejevanje glede na cilj. Vsekakor naj bi, tudi če bi bilo tako, prenehala veljati 29. oktobra 2010, na datum, od katerega je bilo za obe stranki jasno, da se ne moreta sklicevati na sporazum, da si ne bi medsebojno konkurirali.

126 V okviru te tožbe tožeča stranka nasprotuje nekaterim ugotovitvam Komisije iz izpodbijanega sklepa, vendar ne da bi predložila konkretne elemente ali vsaj upoštevne elemente za njihovo izpodbijanje. Tožeča stranka v svojih trditvah v bistvu načenja te točke: prvič, ugotovitev iz točke 255 obrazložitve izpodbijanega sklepa, da je iz besedila določbe razvidna njena protikonkurenčna narava, naj bi bila napačna, drugič, stranki naj bi utemeljeno dvomili o možnosti, da je določba lahko zakonita kot pomožna omejitev glede na možnost odkupa ali odhod članov upravnega odbora, ki jih je imenovala družba Telefónica, tretjič, pogoji za pogajanje o sporazumu naj bi upravičevali preložitev obravnavanja te možnosti na poznejši čas, četrtič, avdiokonference iz oktobra 2010 naj bi dokazovale, da je bila opravljena samoocena iz določbe, petič, sporazum o odpravi določbe, sklenjen 4. februarja 2011, naj bi potrjeval, da je bila opravljena samoocena in da določba nikoli ni imela nikakršnega učinka, šestič, Komisija naj bi napačno razlagala odgovore družbe PT na zahtevo za informacije z dne 5. januarja 2011 in, nazadnje, sedmič, stranki naj bi vsekakor imeli dovolj argumentov za nespoštovanje določbe.

127 Na prvem mestu, trditev tožeče stranke, da je ugotovitev iz točke 255 obrazložitve izpodbijanega sklepa napačna, se navezuje na njene trditve, s katerimi pojasnjuje, da v nasprotju s trditvami Komisije določbe ne analizira kot zgolj obveznost samoocene, temveč trdi, da določba vsebuje dve obveznosti, od katerih je prva predhodna, druga pa končna: predhodna obveznost samoocene naj bi pomenila preveriti, ali je obveznost nekonkuriranja mogoča, zadnjenavedena pa naj ne bi mogla nastati, ne da bi stranki preverili, da je mogoča. Vključitev besed „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ naj bi namreč

pomenila, da nobena od strank nima pravice od druge zahtevati, naj ji ne konkurira, ne da bi najprej potrdila zakonitost tega ravnanja, saj naj bi bila obveznost nekonkuriranja odvisna od spoštovanja obveznosti ocene zakonitosti te omejitve.

128 Obveznost nekonkuriranja naj se torej ne bi zamenjevala z obveznostjo samoocene in izid samoocene ob avdiokonferencah iz oktobra 2010 naj bi bil, da obveznost nekonkuriranja ni zakonita. Sporazum o odpravi naj bi bil namenjen odpravi določbe, da bi se odstranili dvomi in da bi se dokončno zavrnila zamisel, da med strankama obstaja kakršen koli sporazum o nekonkuriranju, in ne o končanju obveznosti samoocene.

129 Kot je to storila Komisija, je treba opozoriti, da domnevno razlikovanje tožeče stranke med trditvijo iz točke 76 obrazložitve izpodbijanega sklepa, da „stranki trdita, da določba, namesto da bi nalagala obveznost nekonkuriranja, določa le obveznost samoocene zakonitosti in obsega zaveze o nekonkuriranju“, in trditvijo, da „določba vsebuje obveznost nekonkuriranja, katere zakonitost je odvisna od potrditve s strani strank“, nikakor ni upoštevno. Z obema trditvama se v bistvu navaja, da zaradi besed „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ obveznost nekonkuriranja iz določbe ne more začeti veljati, preden sta stranki analizirali njeno zakonitost. Poleg tega v nasprotju s trditvami tožeče stranke z domnevnim pojasnilom, da določba ne vsebuje obveznosti samoocene, temveč predhodno obveznost samoocene in poznejšo obveznost nekonkuriranja, ni mogoče zavrniti trditev Komisije iz izpodbijanega sklepa.

130 Kar tako zadeva ugotovitev Komisije iz točke 255 obrazložitve izpodbijanega sklepa, zatrjevano pojasnilo tožeče stranke, da določba po njenem mnenju ne vsebuje le obveznosti samoocene, temveč tudi – drugotno – obveznost nekonkuriranja, nikakor ne spremeni tega, da besedilo določbe očitno nikakor ne vsebuje nobenega sklicevanja na kakršno koli samoocenjevanje in torej ne more potrjevati trditev strank, da določba vsebuje obveznost opraviti tako samooceno.

131 Na drugem mestu je treba ugotoviti, da prav tako ni mogoče sprejeti drugih trditev tožeče stranke. Iz preučitve elementov, na katere se tožeča stranka sklicuje v okviru te tožbe, namreč izhaja, da ni veljavno ovrgla analize Komisije, v skladu s katero zamisli, da je določba vsebovala obveznost samoocene, da je bila ta samoocena opravljena in da obveznost nekonkuriranja ni nikoli začela veljati, tako da ni moglo priti do kršitve člena 101 PDEU, ni mogoče sprejeti. Tožeča stranka zgolj trdi, da je bila obveznost nekonkuriranja pogojena s tem, da se preveri, ali je mogoča, vendar ne navaja nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče izpodbijati elemente, ki jih navaja Komisija, da bi dokazala, da iz ničesar ni razvidno, da je določba vsebovala obveznost samoocene, od katere je bil odvisen začetek veljavnosti obveznosti nekonkuriranja.

132 Prvič, tožeča stranka navaja elemente, ki naj bi dokazovali, da razlago, da je določba vsebovala obveznost samoocenjevanja zakonitosti obveznosti nekonkuriranja, potrjuje to, da je obstajal razumen dvom glede možnosti opredelitve obveznosti nekonkuriranja kot pomožne omejitve glede na možnost odkupa ali glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica. Tožeča stranka tako trdi, da se ji je ob upoštevanju okoliščin in pritiska pogajanj zdelo razumno, da opusti obveznost nekonkuriranja do preveritve posledic odprave možnosti odkupa in ohranitve obveznosti odstopa članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica.

133 Te trditve je treba zavrniti.

134 Prvič, glede možnosti odkupa je treba opozoriti, da je bila ta določena v drugi in tretji ponudbi (točke 41 in 46 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in da je ni bilo več v tretji ponudbi, saj je družba Telefónica medtem prodala večino svojega deleža v družbi PT, ki je sprva znašal 10 % (točka 18 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

135 Tožeča stranka tako trdi, da zaradi kratkega obdobja, ki je preteklo med prejemom četrte ponudbe in podpisom sporazuma, in sicer 24 ur, stranki nista imeli časa, da bi preverili, ali bi določba lahko bila zakonita brez možnosti odkupa, tako da sta določbo preoblikovali v določbo o samooceni, da bi preizkus njene zakonitosti odložili na poznejši čas.

136 Vendar je iz ugotovitev iz točk od 110 do 113 zgoraj razvidno, da tožeča stranka ni dokazala, da bi bilo mogoče določbo šteti za pomožno omejitev glede na možnost odkupa, ko je bila navedena v sporazumu, ali da bi glede tega lahko obstajal razumen dvom, tako da kakršne koli trditve, ki temelji na tej zamisli, ni mogoče sprejeti.

137 Drugič, glede odhoda članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, ki je bil določen s sporazumom, je bilo v točkah od 114 do 118 zgoraj prav tako ugotovljeno, da ni bilo dokazano, da je bila določba pomožna omejitev glede na ta odhod, tako da morebiten dvom glede tega ne more potrjevati teze, da je bila z določbo dejansko uvedena obveznost samoocene zakonitosti take omejitve.

138 V teh okoliščinah je treba poleg tega opozoriti, kot je poudarila Komisija v točki 367(b) obrazložitve izpodbijanega sklepa, da so trditve tožeče stranke protislovne v delu, v katerem preudarki, da bi bilo po eni strani mogoče določbo šteti za pomožno omejitev glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, in da bi po drugi strani samoocenjevanje lahko omogočilo ugotovitev, da določba ni v skladu s pravom o konkurenci, niso skladni, saj če bi bila določba zakonita kot pomožna omejitev glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, domnevno samoocenjevanje ne bi moglo privesti do ugotovitve, da določba ni zakonita.

139 Poleg tega je treba poudariti, da tožeča stranka, čeprav je vztrajala pri zatrjevani težavnosti pravnega vprašanja, ali bi bilo mogoče določbo opredeliti kot pomožno omejitev glede na odhod članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, kot pravilno poudarja Komisija, nikoli ni trdila, da je bilo zatrjevano ocenjevanje zakonitosti določbe na avdiokonferencah oktobra 2010 dolgo ali težavno, vendar je, nasprotno, trdila, da sta dva telefonska klica zadostovala za sporazum strank o vprašanju.

140 Iz zgoraj navedenega izhaja, da domnevne pravne zapletenosti vprašanj, povezanih z možnostjo opredelitve določbe kot pomožno omejitev glede na možnost odkupa ali odstop članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica, ni mogoče uporabiti kot element, ki potrjuje trditve, po katerih je bila z izrazom „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ v določbo vključena obveznost samoocene zakonitosti obveznosti nekonkuriranja.

141 Drugič, tožeča stranka trdi, da so pogoji pogajanja o sporazumu upravičevali dodatek obveznosti samoocene, ki je predhodna glede na obveznost nekonkuriranja. Pri preučitvi četrte ponudbe naj bi stranki pazili, da ne bi ponovno preučili določb iz prejšnjih ponudb, in naj bi jih spreminjali le, če bi bilo to nujno za prilagoditev predloga bistvenim značilnostim transakcije. Besede „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ naj bi bile torej vključene zaradi spremembe okoliščin z opustitvijo možnosti odkupa, vendar naj ob številnih zahtevah pogajanj ne bi bilo mogoče vnaprej potrditi zakonitosti ohranitve sporazuma o nekonkuriranju v prvotno določenem besedilu.

142 Tožeča stranka trdi, da je bil sporazum podpisan manj kot 24 ur po prejetju četrte ponudbe. V tem obdobju naj bi bila, ker je šlo za sklenitev nakupa družb Vivo in Oi, določba zadnja od skrbi družbe PT, nič naj ne bi dokazovalo, da sta stranki razpravljali o končnem besedilu določbe, in iz vsega naj bi bilo razvidno, da glede tega nista storili ničesar.

143 Tudi trditve niso prepričljive.

144 Najprej je treba glede opustitve možnosti odkupa opozoriti, da je družba Telefónica že 23. junija 2010 izjavila, da je svoj delež v družbi PT zmanjšala za približno 2 %, tako da sta bili, kot je pravilno poudarila Komisija, že na ta datum, torej več kot en mesec pred pošiljanjem četrte ponudbe 27. julija in podpisom sporazuma 28. julija 2010, stranki seznanjeni z odpravo vsakršne zatrjevane povezave med možnostjo odkupa in določbo. Iz tega sledi, da tožeča stranka ne more trditi, da sta imeli stranki na voljo le 24 ur za presojo posledic odprave možnosti odkupa.

145 Nato je treba ugotoviti, da tožeča stranka ne izpodbija elementov, ki jih je navedla Komisija, da bi dokazala, da sta stranki besedilo sporazuma spreminjali do konca pogajanj, torej da so bile v določbi 6 in 7 sporazuma vnesene spremembe med predložitvijo četrte ponudbe in podpisom sporazuma ter da je bila sama določba predmet razprav in sprememb glede njenega trajanja skoraj do podpisa sporazuma. Trdi zgolj, da „nič ne dokazuje, da sta stranki razpravljali o končnem besedilu [določbe], in [da je] iz vsega […] razvidno, da glede tega nista storili ničesar“. Poleg tega ni mogoče sprejeti trditve tožeče stranke v točki 34 replike, da bi bila taka sprememba določbe, da se datum njenega začetka veljavnosti z „datuma podpisa prisotnih“ spremeni v „datum [dokončne izvedbe transakcije]“, povsem logična sprememba ali celo avtomatični popravek. Besedilo „v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja“ naj bi namreč pomenilo, da določba začne veljati ob podpisu sporazuma, torej 28. julija 2010, medtem ko besedilo „datum [dokončne izvedbe transakcije]“ pomeni, da določba začne veljati ob dokončni sklenitvi transakcije 27. septembra 2010 (glej točki 22 in 25 zgoraj).

146 Nazadnje je treba, splošneje, zavrniti trditve tožeče stranke, ki temeljijo na domnevni težavnosti pogojev pogajanj. Tako je Komisija v točki 249 obrazložitve izpodbijanega sklepa in v točki 49 odgovora na tožbo pravilno potrdila, da pač ni verjetno, da bi podjetji, kot sta Telefónica in PT, ki sta imeli na voljo in uporabo izpopolnjene pravne svetovalce, „površno“ razpravljali in spremenili besedilo sporazuma in zlasti določbe. Tožeča stranka poleg tega nikakor ne izpodbija te trditve in le ponovno trdi, da „je verjetnost, na prvem mestu, da sta imeli strani na voljo in da sta uporabljali izpopolnjene pravne svetovalce, vsaj negotova in objektivno omejena“.

147 Tretjič, tožeča stranka trdi, da je bilo samoocenjevanje, ki naj bi ga določba nalagala, opravljeno med avdiokonferencami, ki so potekale 26. in 29. oktobra 2010. Ker pa tožeča stranka ne izpodbija ponovno analize, ki jo je opravila Komisija, zlasti v točkah od 102 do 124 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v skladu s katero na podlagi elementov, ki jih navajata stranki, ni mogoče sklepati, da je bilo „prenehanje veljavnosti“ določbe od 29. oktobra 2010 dokazano, da je bila samoocena naložena z določbo ali da je imela ta samoocena kakršen koli učinek (točka 124 obrazložitve izpodbijanega sklepa), je treba njene trditve ponovno zavrniti. Tožeča stranka namreč zgolj trdi, da „sta dokaz o stikih in dokaz o njihovi vsebini enaka in skladna“, da „ni verjetno, da so imele avdiokonference drug cilj kot razpravljanje o določbi, in da je na njihovi podlagi mogoče potrditi, da je bila obveznost nekonkuriranja zakonita“, da „noben dokaz ne govori v prid tako absurdni tezi“ in da „je, nasprotno, na podlagi vsega mogoče sklepati, da je skupen premislek lahko vodil le do ene ugotovitve, in sicer da je bila obveznost nekonkuriranja nezakonita in neučinkovita“.

148 Prav tako tožeča stranka ne zavrača trditev Komisije, da če bi določba dejansko določala obveznost samoocene, ne bi bilo samo logično, da se nanjo sklicuje, temveč tudi, da določi datum za ta namen, namesto fiksnega datuma za začetek veljavnosti ali, če tega ne določi, da stranki to samooceno opravita vsaj čim prej po podpisu sporazuma in vsekakor pred določenim začetkom veljavnosti določbe ob dokončni sklenitvi transakcije 27. septembra 2010 (točke od 250 do 255, 309 in naslednje obrazložitve izpodbijanega sklepa). Ker tožeča stranka zgolj navaja, da „lahko stranki menita, da je treba določiti rok, lahko pa izbereta, da se ta ne določi“, da ker obveznost nekonkuriranja iz določbe ni bila zavezujoča, dokler njena zakonitost ni potrjena, družba PT ni menila, da je nujno treba razjasniti vprašanje, je bila tema „bila pozabljena“, in da je v okoliščinah obravnavanega primera „razumljivo, da stranki nista preveč vneto skušali razjasniti vprašanja“, je treba ugotoviti, da ni pojasnila niti nedoločitve datuma za samoocenjevanje niti zamude pri njegovi domnevni izvedbi.

149 Izjava M. R. S. S. N., vodje direktorata družbe PT za konkurenco na datum sklenitve sporazuma in sporazuma o odpravi določbe, ki je bila podana pod prisego in jo je Komisija predložila kot prilogo B.1 k odgovoru na tožbo, ne spreminja te ugotovitve. M. R. S. S. N. sicer v tej izjavi trdi, da je bila med telefonskimi konferencami med družbama Telefónica in PT oktobra 2010 sprejemljivost določbe glede na pravo o konkurenci ocenjena, da je bilo pri tem ugotovljeno, da se stranki ne moreta zavezati pod prvotno določenimi pogoji, in da iz teh konferenc izhaja tudi, da je mogoče obveznost iz določbe šteti za izpolnjeno od takrat, ko sta stranki začeli oceno njene zakonitosti in ugotovili, da njen cilj ni mogoč (glej tudi točko 117 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Kot pa poudarja Komisija (točki 120 in 122 obrazložitve izpodbijanega sklepa), ta izjava ni dokaz iz zadevnega obdobja o vsebini pogovorov iz oktobra 2010, zaradi česar bi imela večjo dokazno vrednost (glej v tem smislu sodbe z dne 11. marca 1999, Ensidesa/Komisija, T-157/94, Recueil, EU:T:1999:54, točka 312, in z dne 16. decembra 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied in Technische Unie/Komisija, T-5/00 in T-6/00, Recueil, EU:T:2003:342, točka 181). Poleg tega, tudi če je pričanje neposredne priče o okoliščinah, ki jih je predstavila, načeloma treba šteti za dokaz z večjo dokazno vrednostjo (sodba z dne 3. marca 2011, Siemens/Komisija, T-110/07, ZOdl., EU:T:2011:68, točka 75), je treba upoštevati tudi to, da je izjavo v obravnavani zadevi podala oseba, ki bi lahko imela neposreden interes v zadevi in za katero ni mogoče šteti, da ni odvisna od tožeče stranke (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Siemens/Komisija, EU:T:2011:68, točki 69 in 70).

150 Iz tega sledi, da glede na vse navedene elemente ta izjava kot edini dokaz ne zadostuje za to, da bi se dokazalo, da je določba vsebovala obveznost samoocene, pri čemer je treba opozoriti, da je v zvezi z dokazno vrednostjo, ki jo je treba pripisati različnim dokazom, edino upoštevno merilo za presojo predloženih dokazov njihova verodostojnost (glej sodbe z dne 8. julija 2004, Mannesmannröhren-Werke/Komisija, T-44/00, Recueil, EU:T:2004:218, točka 84 in navedena sodna praksa; Dalmine/Komisija, T-50/00, ZOdl., EU:T:2004:220, točka 72, in JFE Engineering in drugi/Komisija, T-67/00, T-68/00, T-71/00 in T-78/00, ZOdl., EU:T:2004:221, točka 273), in da sta v skladu s pravili, ki se načeloma uporabljajo na področju dokazovanja, verodostojnost in tako dokazna vrednost dokumenta odvisni od njegovega izvora, okoliščin njegovega nastanka, njegovega naslovnika ter verodostojnosti in zanesljivosti njegove vsebine (sodba z dne 15. marca 2000, Cimenteries CBR in drugi/Komisija, 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 in T-104/95, Recueil, EU:T:2000:77, točka 1053).

151 Četrtič, tožeča stranka nasprotuje presoji Komisije (točke od 313 do 323 obrazložitve izpodbijanega sklepa) glede sporazuma o odpravi določbe (glej točko 29 zgoraj). Komisija v bistvu meni, da sporazum o odpravi ne omogoča sprejetja teze, da je določba vsebovala obveznost samoocene, ki je bila izpolnjena s telefonskimi pogovori oktobra 2010, zlasti zato, ker na podlagi nobene besedne zveze iz sporazuma o odpravi ni mogoče povezovati odločitve o odpravi določbe z obveznostjo samoocene (točka 315 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Točke obrazložitve sporazuma o odpravi pojasnjujejo okoliščine, v katerih sta stranki sprejeli odločitev, da „odpravita“ določbo, vendar ne vsebujejo sklicevanja na telefonske pogovore iz oktobra (točka 316 obrazložitve izpodbijanega sklepa), in iz besedila sporazuma o odpravi je natančno razvidno, da je določba vsebovala obveznost nekonkuriranja, in ne obveznost samoocene (točke od 317 do 322 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

152 Tožeča stranka trdi, da razlaga Komisije izhaja iz napačne predpostavke, da sta stranki trdili, da določba vsebuje le obveznost samoocene, medtem ko naj bi družba PT vedno trdila, da določba vsebuje dve obveznosti, predhodno obveznost samoocene in sekundarno obveznost nekonkuriranja. Ob upoštevanju take razlage sporazum o odpravi nikakor ne bi bil v nasprotju z zamislijo, da določba nalaga obveznost samoocene.

153 Te trditve je treba zavrniti. Tudi če bi bilo treba upoštevati razlago, da določba vsebuje obveznost samoocene in obveznost nekonkuriranja, je treba ugotoviti, da trditve Komisije iz točke 151 zgoraj ostajajo veljavne. Tožeča stranka poleg tega trdi, da sporazum o odpravi „potrjuje“ razlago strank na avdiokonferencah iz oktobra 2010 in da trditev iz navedenega sporazuma, v skladu s katero določbe

„ni mogoče izvršiti in ni nikoli bila izvršena“, ni koherentna le, če se določba omeji na obveznost samoocene, saj ne bi bilo koherentno trditi, da obveznosti ni mogoče izvršiti in da ni bila nikoli izvršena, medtem ko stranki trdita prav to, da je bilo samoocenjevanje, ki ga določba domnevno nalaga, opravljeno, vendar ne, če se sprejme, da je določba vsebovala obveznost samoocene in obveznost nekonkuriranja, saj v tem primeru ne bi bilo nekoherentno trditi, da obveznosti iz določbe ni mogoče izvršiti in da ni bila nikoli izvršena.

154 Te trditve ne spremenijo dejstva, da v sporazumu niso nikjer omenjeni avdiokonference iz oktobra 2010, domnevna razlaga določbe, sprejeta na teh avdiokonferencah, to, da naj bi ta sporazum potrjeval domneven rezultat navedenih konferenc, ali splošneje, to, da naj bi določba vsebovala obveznost samoocene. Tudi če se zatrjevano razlikovanje družbe PT med zatrjevanjem, da je določba vsebovala obveznost samoocene, in zatrjevanjem, da je vsebovala obveznost samoocene in obveznost nekonkuriranja, ostaneta besedilo sporazuma o odpravi in, med drugim, trditev, da določbe ni mogoče izvršiti in da ni bila nikoli izvršena, nedosledna glede na tako razlago.

155 Petič, tožeča stranka trdi, da se Komisija moti pri trditvi iz točke 115 obrazložitve izpodbijanega sklepa, da v odgovoru družbe PT na zahtevo za informacije z dne 5. januarja 2011 ni navedeno, da je treba določbo razlagati tako, da je nanjo vezana obveznost samoocenjevanja, in ko v točki 303 obrazložitve izpodbijanega sklepa poudarja, da se stranki pred svojima odgovoroma na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah nista sklicevali na to, da določba nalaga obveznost opraviti samoocenjevanje.

156 Opozoriti je treba, da družba PT v točkah 30, 31 in 32 svojega odgovora na zahtevo za informacije trdi, da „je bil obstoj navedene določbe, čeprav je [po njeni zaslugi] postal javen 9. junija 2010 (glej prilogo 10), pozabljen, saj se podjetje ni čutilo zavezano z njo in ni pričakovalo, da lahko od družbe Telefónica zahteva kakršno koli ravnanje v skladu z njenimi določbami, vsaj ne pred izvedbo ocene zakonitosti določbe“. Dodala je, da „je ta tema postala razlog za skrb šele z novimi objavami v časopisih 23. in 24. avgusta in 19. [oktobra] 2010“, da „je na podlagi teh objav svojim odvetnikom naročila, naj navežejo stik z odvetniki družbe Telefónica, da bi razjasnili vprašanje“, ter da „sta 26. in 29. oktobra 2010 potekali dve avdiokonferenci in je bilo ugotovljeno, da določba o nekonkuriranju ni dovolj utemeljena in da ni uporabna, tako da bi jo bilo bolje odpraviti“.

157 Čeprav torej družba PT ni izrecno navedla, da je bila glavna obveznost, uvedena z določbo, obveznost samoocene, pa je trdila, da „se [ne čuti] zavezan[a] z njo in ni pričakoval[a], da lahko od družbe Telefónica zahteva kakršno koli ravnanje v skladu z njenimi določbami, vsaj ne pred izvedbo ocene zakonitosti določbe“, kar kaže na oceno zakonitosti določbe pred začetkom njene veljavnosti.

158 Vendar tudi če bi trditev Komisije, da se stranki pred svojima odgovoroma na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah nista sklicevali na to, da določba nalaga obveznost opraviti samoocenjevanje, delovala pojasnjevalno, zadevne izjave ne potrjujejo, da je določba prenehala veljati po domnevnem samoocenjevanju, in tudi okoliščina, da je družba PT v svojem odgovoru na zahtevo za informacije z dne 5. januarja 2011 nakazala, da je treba zakonitost določbe potrditi pred njenim začetkom veljavnosti, nikakor ne spremeni tega, da tožeča stranka v okviru te tožbe pred Splošnim sodiščem ni dokazala niti tega, da je določba vsebovala obveznost samoocene, niti tega, da je prenehala veljati po domnevnem samoocenjevanju oktobra 2010.

159 Nazadnje, šestič, tožeča stranka trdi, da bi morala Komisija vsekakor ugotoviti, da določba ni bila učinkovita, saj sta imeli stranki dovolj razlogov za nespoštovanje obveznosti nekonkuriranja. Tako je po mnenju tožeče stranke ob upoštevanju pojasnil družb Telefónica in PT očitno, da stranki nista imeli enakih interesov glede določbe, saj jo je družba Telefónica nameravala sprejeti, da bi omogočila transakcijo Vivo, medtem ko je imela družba PT interes, da se zavaruje zaradi možnosti odkupa. Zato naj stranki ne bi soglašali glede tega, kaj dovoljuje zakonodaja, in naj bi torej imeli dovolj razlogov v svojem razmerju, da ne spoštujeta obveznosti nekonkuriranja.

160 Te trditve je treba zavrniti, ne da bi bilo treba preučiti razloge za to, da sta imeli stranki dovolj argumentov za nespoštovanje obveznosti nekonkuriranja. Glede tega namreč zadostuje opozorilo, da so v skladu s členom 101(2) PDEU sporazumi, ki so po tem členu prepovedani, nični, tako da jih ni treba spoštovati nobenemu podjetju. Ker je namreč ničnost, določena v členu 101(2) PDEU, absolutna, sporazum, ki je na podlagi te določbe ničen, med strankami sporazuma nima učinka, proti tretjim osebam pa ga ni mogoče uveljavljati (glej po analogiji sodbo z dne 25. novembra 1971, Béguelin Import, 22/71, Recueil, EU:C:1971:113, točka 29). To, da domnevno obstajajo „razlogi za nespoštovanje obveznosti nekonkuriranja“, torej ne more preprečiti tega, da bi bil sporazum prepovedan s členom 101 PDEU.

161 Iz vsega zgoraj navedenega izhaja, da je treba trditev, da je določba vsebovala obveznost samoocene, zavrniti.

Trditve v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU zaradi nepreučitve pogojev potencialne konkurence

162 Tožeča stranka trdi, da je Komisija storila napako, ker ni preučila pogojev potencialne konkurence, da bi preverila, ali so ob upoštevanju strukture upoštevnih trgov in gospodarsko-pravnega konteksta obstajale dejanske in konkretne možnosti, da si družbi Telefónica in PT medsebojno konkurirata na upoštevnih trgih, na katere naj bi se določba nanašala. Opredelitev omejitve konkurence kot „omejitev glede na cilj“ pa naj bi bila odvisna tudi od tega, ali lahko ta povzroča omejevalne učinke.

163 Glede tega tožeča stranka trdi, da strank zaradi pravnih in regulativnih ovir za vstop in razširitev na portugalski trg elektronskih komunikacij in zaradi ovir, povezanih s strukturo, značilnostmi in posebnostmi zadevnih trgov, ni mogoče opredeliti kot potencialnih konkurentk.

164 Tožeča stranka poleg tega Komisiji očita, da v izpodbijanem sklepu ni upoštevala izčrpne analize – ki jo je opravila v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah – trgov elektronskih komunikacij na Portugalskem in ovir, ki konkurenco na teh trgih praktično onemogočajo, ter da je podala zgolj splošno argumentacijo, ki ni v skladu z obveznostmi iz sodne prakse, in ni ovrgla večine trditev tožeče stranke.

165 Na prvem mestu, iz trditev tožeče stranke izhaja, da dejansko ne izpodbija uradne obrazložitve izpodbijanega sklepa, ampak to, da Komisija – po njenem mnenju napačno – ni opravila študije strukture zadevnih trgov in dejanskih možnosti konkurence med strankama na teh trgih.

166 Vsekakor je iz točk od 265 do 278 obrazložitve izpodbijanega sklepa razvidno, da je Komisija pojasnila razloge, iz katerih je menila, da ni treba podrobno analizirati strukture zadevnih trgov, in da je odgovorila na trditve, ki sta jih podali stranki v odgovorih na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah glede obstoja potencialne konkurence med njima, kakor jih je povzela v točkah od 268 do 270 obrazložitve izpodbijanega sklepa. Trditev tožeče stranke torej v delu, v katerem jih je mogoče razlagati tako, da se z njimi kritizira zatrjevani neobstoj obrazložitve izpodbijanega sklepa v zvezi s tem, ni mogoče sprejeti.

167 Natančneje, prvič, tožeča stranka v točkah 136 in 138 tožbe trdi, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni ovrgla trditve, povzete v točki 169 njegove obrazložitve, in sicer da če so bili nekateri trgi na drobno izključeni s področja uporabe določbe, bi morali biti izključeni tudi ustrezni trgi na debelo, saj je dejanska ali potencialna konkurenca na trgih na drobno pogojevala konkurenco na trgih na debelo, in da če se obveznost nekonkuriranja ni nanašala na prve, se prav tako ni na druge. Iz besedila točk 153, 154 in 169 obrazložitve izpodbijanega sklepa je razvidno, da je Komisija menila, da je treba stranki šteti za potencialni konkurentki na vseh trgih storitev elektronske komunikacije in televizijskih storitev ter da zato v delu, v katerem ni sprejela premise, da bi bilo treba nekatere trge na drobno izključiti iz področja uporabe določbe, trditve, da je treba trge na debelo, ki ustrezajo tem trgom na drobno in so glede na njih komplementarni, izključiti iz področja uporabe določbe, ni treba zavrniti.

168 Poleg tega tožeča stranka kritizira to, da izpodbijani sklep vsebuje zgolj malo ali nič premislekov o vprašanju, na katere trge bi se lahko zadevni sporazum dejansko nanašal. Če se ta kritika nanaša tudi na spoštovanje – s strani Komisije – obveznosti obrazložitve, jo je treba zavrniti, saj je Komisija v oddelku 5.3 izpodbijanega sklepa (točke od 186 do 197 obrazložitve izpodbijanega sklepa) izpostavila „upoštevne trge za proizvode“ s tem, da se v nasprotju s trditvami tožeče stranke ni sklicevala le na Smernice, opredeljene v njenem priporočilu z dne 17. decembra 2007 o upoštevnih trgih proizvodov in storitev v sektorju elektronskih komunikacij, ki jih je mogoče urediti *ex ante* v skladu z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349), temveč tudi na svoje prejšnje odločbe in na sodno prakso (točka 186 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Poleg tega je Komisija v oddelku 5.5 izpodbijanega sklepa (točke od 200 do 233 obrazložitve izpodbijanega sklepa) analizirala „prisotnost strank na zadevnih trgih“. Nazadnje je potrdila, da lahko glede na obseg področja uporabe določbe natančni obrisi upoštevnih trgov ostanejo odprti.

169 Na drugem mestu je treba glede očitka o napačni presoji „zmožnosti“ določbe, da omeji konkurenco med družbama PT in Telefónica zaradi stališča Komisije, da ji v obravnavanem primeru ni bilo treba opraviti podrobne analize strukture zadevnih trgov, kot je razvidno iz izpodbijanega sklepa, opozoriti na tri elemente, na katere se je Komisija oprla pri ugotovitvi, da se nobena podrobna analiza potencialne konkurence med strankami ni izkazala za nujno glede na vsak specifičen trg za presojo, ali je sporazum pomenil omejitev konkurence glede na cilj (točka 278 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

170 Najprej je Komisija poudarila, da bi sklenitev sporazuma o nekonkuriranju ali predvidevanje nujnosti samoocenjevanja zakonitosti in področja uporabe pomožne zaveze o nekonkuriranju, če bi se držali razlage določbe, ki sta jo predlagali stranki, pomenila priznanje s strani zadnjenavedenih, da sta bili vsaj potencialni konkurentki glede nekaterih storitev. Ob neobstoju kakršne koli potencialne konkurence namreč ne bi bilo treba skleniti nikakršnega sporazuma o nekonkuriranju ali načrtovati samoocenjevanja glede zaveze o nekonkuriranju (točka 271 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

171 Dalje, Komisija je navedla, da je področje uporabe določbe široko, ker se uporabi za vse storitve elektronskih komunikacij in televizijskih storitev (točke 141, 265 in 278 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

172 Nazadnje, Komisija je navedla, da so bile navedene storitve liberalizirane v skladu z zakonodajnim okvirom Unije, ki omogoča in spodbuja konkurenco med operaterji (točka 265 obrazložitve izpodbijanega sklepa), in da mora biti ta liberalizirani okvir, v katerem je konkurenca mogoča in se spodbuja, izhodišče za presojo določbe (točka 267 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

173 Poleg tega je treba opozoriti, da mora biti sporazum za to, da ima protikonkurenčni cilj, tak, da ima lahko negativne posledice za konkurenco, torej mora biti tak, da konkretno lahko preprečuje, omejuje ali izkrivlja konkurenco na notranjem trgu (sodba z dne 14. marca 2013, Allianz Hungária Biztosító in drugi, C-32/11, ZOdl., EU:C:2013:160, točka 38).

174 Poleg tega je treba ponovno opozoriti (glej točko 90 zgoraj), da je treba za preučitev, ali je sporazum med podjetji ali sklep podjetniškega združenja tako škodljiv, da se šteje za omejitev konkurence „glede na cilj“ v smislu člena 101(1) PDEU, upoštevati vsebino njegovih določb, cilje, ki se želijo z njim doseči, ter pravni in gospodarski okvir, v katerega je umeščen. Pri presoji navedenega okvira je treba upoštevati tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga ali trgov (glej zgoraj v točki 86 navedeno sodbo CB/Komisija, EU:C:2014:2204, točka 53 in navedena sodna praksa).

175 Vendar čeprav je treba pri razlagi okvira sporazuma upoštevati dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga ali trgov, Komisija ni vedno zavezana opraviti natančno opredelitev zadevnega trga ali trgov. Opredelitev zadevnega trga namreč nima enakega pomena glede na to, ali gre za uporabo člena 101 PDEU ali člena 102 PDEU. V okviru uporabe člena 102 PDEU je ustrezna opredelitev trga

nujni in temeljni pogoj za presojo domnevnega protikonkurenčnega ravnanja (sodbe z dne 10. marca 1992, SIV in drugi/Komisija, T-68/89, T-77/89 in T-78/89, Recueil, EU:T:1992:38, točka 159, in z dne 11. decembra 2003, Adriatica di Navigazione/Komisija, T-61/99, Recueil, EU:T:2003:335, točka 27), saj je treba pred ugotavljanjem obstoja zlorabe prevladujočega položaja dokazati obstoj prevladujočega položaja na danem trgu, kar pomeni, da je bil ta trg predhodno razmejen. Iz ustaljene sodne prakse pa izhaja, da je treba v okviru uporabe člena 101 PDEU zadevni trg opredeliti zaradi ugotavljanja, ali lahko zadevni sporazum vpliva na trgovino med državami članicami in ali je njegov namen oziroma učinek preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na notranjem trgu (sodba z dne 21. februarja 1995, SPO in drugi/Komisija, T-29/92, Recueil, EU:T:1995:34, točka 74, in zgoraj navedena sodba Adriatica di Navigazione/Komisija, EU:T:2003:335, točka 27; glej tudi sodbo z dne 12. septembra 2007, Prym in Prym Consumer/Komisija, T-30/05, EU:T:2007:267, točka 86 in navedena sodna praksa).

176 V okviru člena 101(1) PDEU predhodna opredelitev upoštevnega trga torej ni nujna, če ima sporni sporazum sam po sebi protikonkurenčen cilj, to pomeni, kadar je lahko Komisija brez predhodne razmejitve trga pravilno ugotovila, da zadevni sporazum izkrivlja konkurenco in bi lahko bistveno prizadel trgovino med državami članicami. Med drugim gre za najhujše omejitve, ki so izrecno prepovedane v členu 101(1), od (a) do (e), PDEU (sklepni predlogi generalnega pravobranilca Y. Bota v združenih zadevah Erste Group Bank in drugi/Komisija, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P in C-137/07 P, ZOdl., EU:C:2009:192, točke od 168 do 175). Če je sam cilj sporazuma omejevanje konkurence z „razdelitvijo trgov“, zadevnih trgov torej ni treba natančno opredeliti, ker je bila dejanska ali potencialna konkurenca nujno omejena (zgoraj v točki 150 navedena sodba Mannesmannröhren-Werke/Komisija, EU:T:2004:218, točka 132).

177 Ker je Komisija v obravnavanem primeru ugotovila, da je bil cilj določbe, ki je bila sankcionirana z izpodbijanim sklepom, razdelitev trgov, tožeča stranka ne more trditi, da je bila za ugotovitev, ali določba pomeni omejevanje konkurence glede na cilj, potrebna podrobna analiza zadevnih trgov.

178 Podjetja, ki sklepajo sporazum, katerega cilj je omejevanje konkurence, se namreč načeloma ne morejo izogniti uporabi člena 101(1) PDEU s tem, da zatrjujejo, da njihov sporazum ni mogel imeti znatnega učinka na konkurenco (zgoraj v točki 150 navedena sodba Mannesmannröhren-Werke/Komisija, EU:T:2004:218, točka 130). Ker sporazum, ki je bil v obravnavanem primeru sankcioniran, vsebuje določbo o nekonkuriranju, za katero sta stranki določili, da se uporabi za „kakršen koli projekt s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami, vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo), za katerega se lahko šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu“, je bil njegov obstoj smiseln, zgolj če je obstajala konkurenca, ki jo je bilo treba omejiti (zgoraj v točki 150 navedena sodba Mannesmannröhren-Werke/Komisija, EU:T:2004:218, točka 131, in sodba z dne 21. maja 2014, Toshiba/Komisija, T-519/09, EU:T:2014:263, točka 231).

179 Trditve tožeče stranke, da obstoj domnevnega sporazuma o nekonkuriranju ne more pomeniti dokaza obstoja potencialne konkurence med strankama, torej niso upoštevne.

180 Iz sodne prakse je namreč razvidno, da tak sporazum pomeni vsaj močan indic za obstoj potencialnega konkurenčnega razmerja (glej v tem smislu zgoraj v točki 178 navedeno sodbo Toshiba/Komisija, EU:T:2014:263, točka 231). Kot Komisija pravilno poudarja v točki 271 obrazložitve izpodbijanega sklepa, sklenitev sporazuma o nekonkuriranju pomeni, da stranki priznavata, da sta vsaj potencialni konkurentki glede nekaterih storitev. Poleg tega je obstoj sporazuma o nekonkuriranju le eden od elementov, na katere se je Komisija oprla pri ugotavljanju obstoja potencialne konkurence med strankama (glej točke od 169 do 172 zgoraj in točko 182 v nadaljevanju).

181 Glede tega je med drugim iz sodne prakse razvidno, da Komisiji ob obstoju liberaliziranega trga, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, ni treba analizirati strukture zadevnega trga in vprašanja, ali bi vstop na ta trg za vsako od strank pomenil ekonomsko uspešno strategijo (glej v tem smislu v točki 99 zgoraj navedeno sodbo E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točke od 89

do 93), temveč mora preučiti, ali obstajajo nepremagljive ovire za vstop na trg, ki bi izključevale vsakršno potencialno konkurenco (glej v tem smislu zgoraj v točki 178 navedeno sodbo Toshiba/Komisija, EU:T:2014:263, točka 230).

182 V obravnavanem primeru pa Komisija ni samo ugotovila, da je trg telekomunikacijskih in televizijskih storitev v Španiji in na Portugalskem popolnoma liberaliziran (glej točko 172 zgoraj), temveč je tudi poudarila, da celo stranki priznavata, da sta bili prisotni na trgih dobave svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega prenosa na debelo na celotnem iberskem trgu (točke 173, 174 in 272 obrazložitve izpodbijanega sklepa); da nista dokazali, da bi se trajanje uporabe, določeno z določbo, izkazalo za nezadostno za nakup obstoječega telekomunikacijskega operaterja kot sredstvo za pridobitev nekaterih omrežij, ne da bi jih bilo treba vzpostaviti (točka 273 obrazložitve izpodbijanega sklepa); da se ni mogoče sklicevati na trenuten položaj na španskem in portugalskem trgu za izključitev možnosti investiranja v sektor, saj se je vrednost naložb v njem kljub krizi povečala ali vsaj ostala stabilna (točka 274 obrazložitve izpodbijanega sklepa); in nazadnje, da je družba Telefónica sama priznala, da je bilo mogoče objavo javne ponudbe za nakup družbe, kot je PT, pričakovati ob pogajanjih v zvezi s transakcijo Vivo, tako da bi bil mogoč tudi nakup konkurentke družbe PT (točke 37 in od 275 do 277 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

183 Tožeča stranka v tožbi ne navaja nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče sklepati, da bi bila kljub zgoraj navedenemu potrebna podrobna analiza zadevnih trgov za ugotovitev, ali je določba pomenila omejitev konkurence glede na cilj, ali ugotovitev, da nobena nepremagljiva ovira strankama ni preprečevala vstopa na njune sosedne trge.

184 Opozoriti je namreč treba, da tožeča stranka poleg svojih trditev, ki so obravnavane že v točkah od 162 do 181 zgoraj, v svojih pisnih vlogah zgolj nasprotuje trditvam Komisije, povzetim v točki 182 zgoraj, ne da bi to nasprotovanje lahko izpodbijalo analizo Komisije, v skladu s katero ji v obravnavanem primeru ni bilo treba podrobno analizirati potencialne konkurence med strankama na trgih, na katere se nanaša določba.

185 Prav tako ni mogoče sprejeti dodatnih trditev tožeče stranke, s katerimi navaja elemente v dokaz, da vstop na zadevne trge ne ustreza strateškim prednostnim nalogam strank ali da ni gospodarsko ugoden ali privlačen.

186 Ne da bi bilo namreč treba podrobno preučiti te trditve, zadostuje poudariti, da je sicer namen podjetja, da vstopi na trg, morda upošteven pri preučitvi, ali ga je mogoče šteti za potencialnega konkurenta na navedenem trgu, vendar je bistveni element, na katerem mora temeljiti ta opredelitev, njegova sposobnost, da vstopi na navedeni trg (zgoraj v točki 99 navedena sodba E.ON Ruhrgas in E.ON/Komisija, EU:T:2012:332, točka 87 in navedena sodna praksa).

187 Nazadnje je treba glede trditev tožeče stranke, da očitno nič v sporazumu o nekonkuriranju družbi Telefónica ni preprečevalo, da bi okrepila svojo udeležbo v družbi Zon, in da bi bilo zato zelo malo verjetno, da bo družba Telefónica razvila svojo infrastrukturo še na portugalskem trgu, saj bi to škodilo dejavnosti družbe Zon, po eni strani opozoriti, da kot je Komisija navedla v točki 164 obrazložitve izpodbijanega sklepa, trditve, da določba družbi Telefónica ne preprečuje, da bi okrepila svojo udeležbo v družbi Zon, ni mogoče sprejeti, saj določba dobesedno vsebuje prepoved „udeležbe, neposrednega ali posrednega vlaganja prek kakršnega koli povezanega podjetja v kakršen koli projekt iz sektorja telekomunikacij“, kar vključuje tudi to, da bi družba Telefónica povečevala svoj delež v družbi Zon. Po drugi strani s tem, da družba Telefónica že ima manjšinski delež v družbi Zon, katerega povečanje je določba prepovedovala, ni mogoče dokazati, da družba Telefónica ni bila potencialna konkurentka na portugalskem trgu, temveč je iz tega razvidno, da bi družba Telefónica lahko, če določbe ne bi bilo, ta delež povečala ali pridobila druge deleže v drugih operaterjih.

188 Iz zgoraj navedenega je razvidno, da ni mogoče trditi, da bi morala Komisija kljub temu, da je sam obstoj določbe močan indic za potencialno konkurenco med strankama, da je bil njen cilj sporazum o razdelitvi trgov, da je imela široko področje uporabe in da je obstajala v liberaliziranem ekonomskem okviru, opraviti podrobno analizo zadevnih trgov in potencialne konkurence med strankama za ugotovitev, da je določba pomenila omejitev konkurence glede na cilj. Trditve tožeče stranke v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU zaradi nepreučitve pogojev potencialne konkurence je torej treba zavrniti.

Trditve v zvezi z neobstojem učinkov

189 Tožeča stranka trdi, da ker določba ni vsebovala nobene omejitve konkurence glede na cilj, Komisija prav tako ni dokazala niti tega, da je določba povzročala učinke omejevanja konkurence, niti tega, da bi lahko povzročala take učinke.

190 Ker je iz preučitve trditev tožeče stranke iz točk od 93 do 188 zgoraj razvidno, da ni uspela dokazati, da je ugotovitev Komisije, da določba pomeni omejitev konkurence glede na cilj, napačna, njene trditve, povzete v točki 189 zgoraj, temeljijo na napačni premisi, da zadevnega ravnanja ni mogoče opredeliti kot omejevanje konkurence glede na cilj, in jih je torej mogoče zgolj zavrniti. Iz samega besedila člena 101(1) PDEU je razvidno, da so sporazumi med podjetji ne glede na njihove posledice prepovedani, kadar imajo protikonkurenčni cilj. Zato se dokazovanje dejanskih protikonkurenčnih posledic ne zahteva, tudi če je ugotovljen protikonkurenčni cilj očitanih ravnanj (glej sodbo z dne 3. marca 2011, Siemens in VA Tech Transmission & Distribution/Komisija, od T-122/07 do T-124/07, ZOdl., EU:T:2011:70, točka 75 in navedena sodna praksa).

191 Za namene uporabe člena 101(1) PDEU je namreč upoštevanje konkretnih posledic sporazuma odveč, če se izkaže, da je cilj tega ravnanja omejevanje, preprečevanje ali izkrivljanje konkurence. Tako je zlasti v primeru sporazumov glede očitnih omejitev konkurence, kot sta določanje cen in razdelitev trga (sodba z dne 8. decembra 2011, KME Germany in drugi/Komisija, C-389/10 P, ZOdl., EU:C:2011:816, točka 75).

192 V preostalem je treba zavrniti trditve tožeče stranke, da Komisija s tem, da trdi, da je to, da stranki v Španiji in na Portugalskem nista opravljali novih dejavnosti, neprepričljiv znak uporabe določbe (točka 365 obrazložitve izpodbijanega sklepa), od strank zahteva *probatio diabolica*, da ta neobstoj novih dejavnosti ni posledica določbe. Ker se Komisija ne opira na ta element, da bi dokazala, da določba pomeni kršitev člena 101 PDEU, temveč na to, da ima določba lastnost kršitve glede na cilj, in ker je Komisija tudi navedla, da je to, da stranki nista opravljali novih dejavnosti na zadevnih trgih, „neprepričljiv dokaz“ za to, da se je bila določba morda izvajala, tožeča stranka Komisiji ne more očitati, da je od strank zahtevala kakršen koli *probatio diabolica*.

193 Zato je treba trditve, da Komisija ni preučila učinkov določbe, zavrniti.

2. *Predlogi v zvezi z zneskom globe*

194 Podredno tožeča stranka nasprotuje znesku globe, ki ji je bila naložena, in trdi, da ga je treba znižati, saj naj Komisija, tudi če bi določba lahko imela omejevalne posledice za konkurenco, z določitvijo zneska globe ne bi ustrezno presojala obsega teh posledic in njihovega trajanja, s čimer naj bi tako kršila načela v zvezi z izračunom glob in načelo sorazmernosti.

a) Uvodne ugotovitve

Načela v zvezi z izračunom glob

195 Opozoriti je treba, da ima v skladu z ustaljeno sodno prakso Komisija pri izbiri metode izračuna globe široko diskrecijsko pravico. Ta metoda, ki jo določajo Smernice, Komisiji omogoča veliko fleksibilnost pri izvajanju pooblastila za odločanje po prostem preudarku v skladu z določbami člena 23(2) Uredbe št. 1/2003 (glej v tem smislu in po analogiji sodbo z dne 3. septembra 2009, Papierfabrik August Koehler in drugi/Komisija, C-322/07 P, C-327/07 P in C-338/07 P, ZOdl., EU:C:2009:500, točka 112 in navedena sodna praksa).

196 Težo kršitev konkurenčnega prava Unije je treba ugotoviti ob upoštevanju številnih dejavnikov, kot so zlasti okoliščine posameznega primera, njegov kontekst in odvračalni učinek glob, pri čemer ni zavezujočega ali izčrpnega seznama meril, ki jih je obvezno treba upoštevati (sodbi z dne 19. marca 2009, Archer Daniels Midland/Komisija, C-510/06 P, ZOdl., EU:C:2009:166, točka 72, in z dne 3. septembra 2009, Prym in Prym Consumer/Komisija, C-534/07 P, ZOdl., EU:C:2009:505, točka 54).

197 Kot je bilo predstavljeno zgoraj v točki 52, je Komisija v obravnavanem primeru znesek glob določila ob uporabi metode, določene v Smernicah.

198 Čeprav teh smernic ni mogoče opredeliti kot pravno pravilo, ki bi ga uprava v vsakem primeru morala spoštovati, vseeno določajo pravilo ravnanja, ki kaže na prakso, ki ji je treba slediti in od katere uprava v konkretnem primeru ne more odstopiti brez navedbe razlogov, ki bi bili v skladu z načelom enakega obravnavanja (glej po analogiji sodbi z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, ZOdl., EU:C:2005:408, točka 209 in navedena sodna praksa, in z dne 8. oktobra 2008, Carbone-Lorraine/Komisija, ZOdl., EU:T:2008:416, točka 70).

199 Komisija se s tem, da sprejme taka pravila ravnanja in da z njihovo objavo razglasi, da jih bo v prihodnje uporabljala v primerih, na katere se nanašajo, sama omejuje pri izvrševanju svoje diskrecijske pravice in od teh pravil ne more odstopiti, ne da bi bila glede na okoliščine primera sankcionirana za kršitve splošnih pravnih načel, kot sta enako obravnavanje in varstvo legitimnih pričakovanj (glej po analogiji zgoraj v točki 198 navedeno sodbo Dansk Rørindustri in drugi/Komisija, EU:C:2005:408, točka 211 in navedena sodna praksa, in zgoraj v točki 198 navedeno sodbo Carbone-Lorraine/Komisija, EU:T:2008:416, točka 71).

200 Poleg tega te smernice na splošno in abstraktno določajo metodologijo, ki si jo je Komisija določila za potrebe določitve višine glob, in posledično podjetjem zagotavljajo pravno varnost (glej po analogiji zgoraj v točki 198 navedeno sodbo Dansk Rørindustri in drugi/Komisija, EU:C:2005:408, točki 211 in 213).

201 Točki 4 in 5 Smernic določata:

„4. Pooblastilo Komisije, da naloži globe podjetjem ali podjetniškem združenjem, ki naklepno ali iz malomarnosti kršijo člen [101 PDEU] ali člen [102 PDEU], je eno od podeljenih pooblastil Komisije, ki ji omogočajo, da izpolni nadzorstveno vlogo, ki ji jo dodeljuje Pogodba. Ta vloga ne zajema samo naloge preiskovanja in sankcioniranja posamičnih kršitev, temveč ravno tako zajema nalogo izvajanja splošne politike, katere namen je, da se na področju konkurence uporabljajo načela, ki jih določa Pogodba, in da se v tem smislu usmerja ravnanje podjetij. Zato mora Komisija zagotoviti odvračilno naravo svojih ukrepov. Kadar Komisija ugotovi kršitve člena [101 PDEU] ali člena [102 PDEU], je tako lahko potrebno, da se naloži globa tistim, ki so kršili pravo. Globe naj bi imele zadosten odvračilni učinek, ne le zaradi preganjanja zadevnih podjetij (posebni odvračilni

učinek), ampak tudi zaradi odvračanja drugih podjetij od prevzemanja ravnanja, ki bi bilo v nasprotju s členoma [101 PDEU] in [102 PDEU], ali od nadaljevanja takega ravnanja (splošni odvračilni učinek).

5. Za doseganje teh ciljev je primerno, da se Komisija pri osnovi za določanje glob sklicuje na vrednost prodaje blaga ali storitev, povezanih s kršitvijo. Pri določanju primerne višine globe bi moralo imeti pomembno vlogo tudi trajanje kršitve. Trajanje kršitve neizogibno vpliva na morebitne posledice kršitve za trg. Zato se šteje kot pomembno, da se pri višini globe upošteva tudi število let, ko je bilo podjetje udeleženo pri kršitvi.“

202 Smernice opredeljujejo metodo izračuna v dveh korakih (točka 9 Smernic). V prvem koraku izračuna določajo, da mora Komisija določiti osnovni znesek za vsako zadevno podjetje ali združenje podjetij in v zvezi s tem vsebujejo te določbe:

„12. Osnovni znesek se bo določil glede na vrednost prodaje po naslednji metodologiji:

[…]

13. Za določitev osnovnega zneska globe, ki se naloži, bo Komisija uporabila vrednost prodaje blaga ali storitev podjetja, neposredno ali posredno povezane s kršitvijo, v upoštevnem geografskem območju znotraj ozemlja EGP. Komisija bo običajno uporabila prodajo podjetja v zadnjem celem poslovnem letu njegove udeležbe pri kršitvi.

[…]

19. Osnovni znesek globe bo povezan z deležem vrednosti prodaje, določenim glede na stopnjo teže kršitve, pomnoženo s številom let trajanja kršitve.

20. Teža kršitve se bo presodila v vsakem posameznem primeru za vsako vrsto kršitve, ob upoštevanju vseh relevantnih okoliščin zadevnega primera.

21. Praviloma bo upoštevani delež vrednosti prodaje določen v višini do 30 % vrednosti prodaje.

22. Pri odločitvi, ali bi moral biti delež vrednosti prodaje, ki se upošteva v posameznem primeru, v spodnjem ali zgornjem delu tega razpona, bo Komisija upoštevala več dejavnikov, kot so narava kršitve, skupni tržni delež vseh zadevnih podjetij, geografski obseg kršitve in dejstvo, ali je bila kršitev izvršena ali ne.

23. Horizontalni sporazumi o določitvi cen, razdelitvi trga in omejitvi proizvodnje, ki so na splošno tajni, štejejo zaradi svoje narave same med najtežje omejitve konkurence. V vidika politike konkurence jih je treba preganjati z visokimi globami. Posledično bo upoštevani delež prodaje pri takih kršitvah na splošno v zgornjem delu omenjenega razpona.

24. Da bi se v celoti upoštevalo trajanje udeležbe vsakega podjetja pri kršitvi, bo znesek, določen glede na vrednost prodaje (glej točke 20 do 23 zgoraj), pomnožen s številom let udeležbe pri kršitvi. Obdobja, krajša od šestih mesecev, se bodo štela kot polovica leta; obdobja, daljša od šestih mesecev in krajša od enega leta, se bodo štela kot polno leto.

25. Poleg tega bo Komisija, ne glede na trajanje udeležbe podjetja pri kršitvi, vključila v osnovni znesek še znesek med vključno 15 % in 25 % vrednosti prodaje, kot je opredeljena v oddelku A zgoraj z namenom odvračanja podjetij od udeležbe pri horizontalnih sporazumih o določitvi cen, razdelitvi trga in omejitvi proizvodnje […]. Komisija lahko tako povečanje zneska uporabi tudi v primeru drugih kršitev. Pri odločitvi, kolikšen delež vrednosti prodaje naj se upošteva v posameznem primeru, bo Komisija upoštevala več dejavnikov, zlasti tiste iz točke 22.

[…]“

203 Navedene smernice pri drugem koraku izračuna določajo, da lahko Komisija prilagodi osnovni znesek navzgor ali navzdol na podlagi splošne presoje glede na vse upoštevne okoliščine (točki 11 in 27 Smernic).

204 Točka 29 Smernic na podlagi teh okoliščin določa:

„Osnovni znesek globe se lahko zmanjša, kadar Komisija ugotovi, da obstajajo olajševalne okoliščine, kot so:

— kadar zadevno podjetje dokaže prenehanje kršitev takoj, ko poseže Komisija. To ne velja za tajne sporazume ali ravnanja (zlasti kartele);

— kadar zadevno podjetje dokaže, da je bila kršitev storjena iz malomarnosti;

— kadar zadevno podjetje dokaže, da je njegova udeležba pri kršitvi bistveno omejena, ter posledično prikaže, da je bilo v obdobju, ko je bilo podjetje udeleženo pri sporazumih, ki pomenijo kršitev, njegovo ravnanje na trgu konkurenčno in se je podjetje tako dejansko izognilo izvajanju teh sporazumov; samo dejstvo, da je bilo podjetje udeleženo pri kršitvi za krajše obdobje od drugih podjetij, se ne bo štelo kot olajševalna okoliščina, saj se ta okoliščina upošteva že v osnovnem znesku;

— kadar zadevno podjetje dejansko sodeluje s Komisijo, in sicer v obsegu, ki presega področje uporabe obvestila o prizanesljivosti in pravne obveznosti podjetja glede sodelovanja;

— kadar so protikonkurenčno ravnanje dovoljevali ali spodbujali javni organi ali zakonodaja.“

205 Nazadnje, kot je Sodišče opozorilo v zgoraj v točki 191 navedeni sodbi KME Germany in drugi/Komisija (EU:C:2011:816, točka 129) in sodbi z dne 8. decembra 2011, KME Germany in drugi/Komisija (C-272/09 P, ZOdl., EU:C:2011:810, točka 102), mora sodišče Unije opraviti nadzor zakonitosti na podlagi dokazov, ki jih tožeča stranka predloži v utemeljitev navedenih razlogov. Sodišče se pri tem nadzoru niti glede izbire dejavnikov, ki jih upošteva pri uporabi meril iz Smernic, niti glede ocenjevanja teh dejavnikov ne sme opirati na diskrecijsko pravico Komisije, da bi opustilo izvedbo temeljitega nadzora tako nad uporabo prava kot nad dejstvi.

206 Nadzor zakonitosti je dopolnjen z neomejeno pristojnostjo, ki je bila sodišču Unije priznana v členu 17 Uredbe Sveta št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prve uredbe o izvajanju členov [81 ES] in [82 ES] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3), in ki mu je danes v skladu s členom 261 PDEU priznana v členu 31 Uredbe št. 1/2003. Ta pristojnost sodišču omogoča, da preseže preprost nadzor zakonitosti sankcije in presojo Komisije nadomesti s svojo presojo ter tako odpravi, zniža ali zviša naloženo globo ali periodično denarno kazen (zgoraj v točki 205 navedena sodba KME Germany in drugi/Komisija, EU:C:2011:810, točka 103).

Izpodbijani sklep

207 Komisija je glede na dejstva, navedena v izpodbijanem sklepu, menila, da je bila kršitev storjena namerno ter na podlagi sporazuma o nekonkuriranju in razdelitvi španskega in portugalskega trga elektronskih komunikacij med strankama, ki je bil očitno nezakonit. Komisija je navedla, da pri tako očitnih kršitvah stranki ne moreta trditi, da je bilo njuno ravnanje nenamerno (točka 477 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

208 Glede vrednosti prodaje, na podlagi katere je bil določen osnovni znesek globe, je Komisija menila, da se je določba o nekonkuriranju uporabljala za vse storitve elektronske komunikacije in za televizijske storitve, ki so se opravljale v Španiji ali na Portugalskem, razen za svetovne telekomunikacijske storitve in mednarodne telekomunikacijske storitve prenosa na debelo, pri katerih sta si stranki na dan podpisa sporazuma konkurirali na Iberskem polotoku in ki so bile zato izključene iz njene uporabe. Dalje, Komisija je glede na to, da so bile iz področja uporabe izključene vse investicije in dejavnosti, ki so obstajale na datum sporazuma in za katere je mogoče šteti, da konkurirajo dejavnostim in investicijam druge stranke na iberskem trgu, za vsako stranko upoštevala le vrednost njenih prodaj v njeni državi izvora. Med drugim torej ni upoštevala vrednosti prodaj vsake od strank v državi izvora druge stranke, ker ti zneski načeloma ustrezajo predhodnim dejavnostim, ki jih določba ne zajema. To pomeni, da je Komisija vrednost prodaje za družbo Telefónica določila ob upoštevanju vrednosti prodaje te družbe v Španiji, za družbo PT pa ob upoštevanju vrednosti prodaje te družbe na Portugalskem (točki 482 in 483 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

209 Komisija je nato navedla, da je na splošno upoštevala prodajo, ki sta jo podjetji opravili v zadnjem celotnem letu sodelovanja pri kršitvi. Komisija je, ker je vedela, da je kršitev v obravnavanem primeru trajala manj kot eno leto in da se je zgodila med letoma 2010 in 2011, uporabila prodajo podjetij v letu 2011, ki je bila manjša od prodaje, ki sta jo stranki zabeležili v letu 2010 (točka 484 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

210 Glede teže kršitve, ki določa odstotni delež vrednosti prodaje, ki ga je treba upoštevati pri določitvi zneska globe, je Komisija v obravnavanem primeru navedla, da je bila kršitev izvedena s sporazumom o nekonkuriranju in delitvi trga elektronskih komunikacij ter španske in portugalske televizije med strankama in da sta družbi Telefónica in PT tradicionalna operaterja v svojih državah (točka 489 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

211 Komisija je navedla, da je upoštevala, da določba od trenutka, ko je bila prvič vključena v ponudbo z dne 1. junija 2010, ni bila skrivnost strank. Kot je bilo navedeno v točkah obrazložitve od 128 do 130, sta stranki drugo ponudbo, ki je vključevala prvi osnutek določbe, objavili na spletu prek svojih spletnih mest in jo sporočili organom španske in portugalske borze, ki so jo objavili na svojih spletnih straneh. Družba PT je 9. junija 2010 svojim delničarjem poslala brošuro, v kateri sta bili pojasnjeni zadevna transakcija in določba. Dalje, sporazum je vseboval končno različico določbe, ki je bila sestavni del spisa, ki sta ga družbi Telefónica in PT posredovali Anatel in CADE. Nazadnje, družba Telefónica je to, da sporazum vsebuje določbo o nekonkuriranju, potrdila v članku, ki je bil 23. avgusta 2010 objavljen v *Jornal de Negócios* (točka 491 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

212 Glede trajanja kršitve je Komisija upoštevala, da je ta trajala od 27. septembra 2010, ko je bila izdana notarska listina in transakcija torej dokončno izvedena, do 4. februarja 2011, ko sta se stranki sporazumeli o odpravi določbe (točka 492 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

213 Komisija je na podlagi teh elementov, velikosti podjetij in kratkega trajanja omejevalnega sporazuma menila, da je bilo v posebnih okoliščinah obravnavanega primera z vidika odvračanja sorazmerno in zadostno za izračun osnovnega zneska glob upoštevati majhen odstotni delež vrednosti prodaje. Komisija je torej menila, da mora biti odstotni delež vrednosti prodaje, ki ga je treba uporabiti, za zadevni podjetji 2 % (točka 493 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Odstotni delež prodaje za vsako podjetje je bil pomnožen s koeficientom, določenim na podlagi trajanja, in sicer 0,33, kar ustreza štirim mesecem celotnega leta.

214 Komisija je tako izračunana zneska ohranila kot končna osnovna zneska, tako da je treba ugotoviti, da v obravnavanem primeru ni dodala fiksnega zneska za odvračanje (vstopna globa), kot je določen v točki 25 Smernic (glej točko 202 zgoraj), kar je potrdila na obravnavi.

215 Glede prilagoditve osnovnega zneska je Komisija na eni strani ocenila, da v obravnavanem primeru ni bilo nobene obteževalne okoliščine (točka 496 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

216 Na drugi strani je Komisija opozorila, da sta se stranki 4. februarja 2011 odločili, da bosta določbo izbrisali in tako končali zadevno protikonkurenčno prakso. Glede na to, da je bila določba odpravljena le šestnajst dni po tem, ko je Komisija začela postopek, in 30 dni po tem, ko je Komisija strankama poslala prvo zahtevo za informacije, ter da določba ni bila tajna, je Komisija menila, da je treba ugotoviti, da je navedena odprava olajševalna okoliščina, ki jo je treba upoštevati v zvezi s strankama (točka 500 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

217 Glede na te okoliščine je Komisija ugotovila, da je treba osnovni znesek globe, ki se naloži strankama, zmanjšati za 20 % (točka 501 obrazložitve izpodbijanega sklepa), in zavrnila vse trditve strank o drugih olajševalnih okoliščinah (točke od 502 do 507 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

218 Končni znesek glob znaša 66.894.400 EUR za družbo Telefónica in 12.290.400 EUR za družbo PT.

b) Prodaja, ki se upošteva pri izračunu globe

219 Tožeča stranka kritizira ugotovitve Komisije v zvezi s področjem uporabe določbe in trdi, da je treba, ker bi izključitev nekaterih dejavnosti iz tega področja uporabe povzročila zmanjšanje prometa, ki se upošteva pri izračunu globe, zmanjšati znesek globe, ki ji je bila naložena. Komisija naj ne bi upoštevala izčrpne analize trgov elektronskih komunikacij na Portugalskem, ki jo je opravila tožeča stranka v svojem odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, pri čemer naj ne bi niti obravnavala niti zavrnila večine trditev tožeče stranke.

Obrazložitev

220 Če je treba te trditve tožeče stranke razlagati tako, da se z njimi kritizira to, da naj Komisija ne bi spoštovala svoje obveznosti obrazložitve, je treba spomniti, da mora biti obrazložitev prilagojena naravi zadevnega akta ter mora jasno in nedvoumno izražati razlogovanje institucije, ki je akt izdala, tako da se lahko zainteresirane osebe seznanijo z utemeljitvijo sprejetega ukrepa, pristojno sodišče pa opravi nadzor (glej zgoraj v točki 78 navedeno sodbo Elf Aquitaine/Komisija, EU:C:2011:620, točka 147 in navedena sodna praksa). Ne zahteva se, da morajo biti v obrazložitvi natančno navedeni vsi upoštevni dejanski in pravni elementi, saj vprašanja, ali obrazložitev akta izpolnjuje zahteve iz člena 296 PDEU, ni treba presojati le glede na njegovo besedilo, ampak tudi glede na kontekst in celoto pravnih pravil, ki urejajo zadevno področje (glej zgoraj v točki 78 navedeno sodbo Komisija/Sytraval in Brink's France, EU:C:1998:154, točka 63 in navedena sodna praksa).

221 Glede obsega obveznosti obrazložitve v zvezi z izračunom zneska globe, ki se naloži zaradi kršitve pravil Unije o konkurenci, je treba ugotoviti, da člen 23(3) Uredbe št. 1/2003 določa, da se „[p]ri določanju višine globe […] upošteva teža, pa tudi trajanje kršitve". V zvezi s tem Smernice in Obvestilo Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (UL 2006, C 298, str. 17) vsebujejo okvirna pravila o merilih presoje, ki jih Komisija upošteva zaradi ocene teže in trajanja kršitve (glej v tem smislu sodbo z dne 9. julija 2003, Cheil Jedang/Komisija, T-220/00, ZOdl., EU:T:2003:193, točka 217 in navedena sodna praksa).

222 V teh okoliščinah je bistvena procesna zahteva, ki jo predstavlja obveznost obrazložitve, izpolnjena, če Komisija v odločbi navede elemente presoje, ki jih je upoštevala na podlagi svojih smernic in po potrebi svojega obvestila o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah, na podlagi katerih je lahko za izračun zneska globe ocenila težo in trajanje kršitve (glej v tem smislu zgoraj v točki 221 navedeno sodbo Cheil Jedang/Komisija, EU:T:2003:193, točka 218).

223 Komisija je v obravnavanem primeru v oddelkih 5 in 6.3.3.2 izpodbijanega sklepa ter zlasti v točkah 153, 184, 185 in 278 njegove obrazložitve navedla, da je treba stranki obravnavati vsaj kot potencialni konkurentki na vseh trgih storitev elektronskih komunikacij in televizijskih storitev v Španiji in na Portugalskem, da njunih trditev, s katerimi zahtevata izključitev nekaterih dejavnosti iz

področja uporabe določbe, ni mogoče sprejeti in da glede na zavrnitev trditev strank v zvezi z obstojem potencialne konkurence med njima in ob upoštevanju širokega področja uporabe določbe v obravnavanem primeru ni potrebna nikakršna podrobna analiza vsakega specifičnega trga, da bi se ugotovilo, ali sta stranki potencialni konkurentki, za presojo, ali je treba šteti, da sporazum pomeni omejitev glede na cilj. Dalje, Komisija je v točki 482 obrazložitve izpodbijanega sklepa pod naslovom „Vrednost prodaje“ navedla, da meni, da se določba o nekonkuriranju uporabi za vse vrste storitev elektronskih komunikacij in televizijskih storitev, razen svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega telekomunikacijskega prenosa na debelo, in da se zato kršitev neposredno ali posredno nanaša na vse storitve, ki so opravljene v Španiji in na Portugalskem ter so sestavni del trgov, navedenih v oddelku 5.3, razen svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega telekomunikacijskega prenosa na debelo.

224 Iz tega sledi, da je Komisija dovolj obrazložila to, kako je določila vrednost prodaj, ki se upoštevajo pri izračunu globe, in razloge, iz katerih je menila, da ni bilo treba obravnavati vsake od storitev, za katere je tožeča stranka v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah uveljavljala izključitev v zvezi z izračunom globe. Trditve tožeče stranke je torej treba zavrniti v delu, v katerem jih je mogoče razumeti tako, da se nanašajo na kršitev obveznosti obrazložitve.

Vsebinska presoja

225 Tožeča stranka trdi, da je treba iz izračuna globe izključiti vrednost nekaterih prodaj, in sicer prodaj, ki so bile opravljene na trgih, na katerih stranki nista bili potencialni konkurentki, prodaje pa so ustrezale tekočim dejavnostim in prodaji zunaj Iberskega polotoka.

– Prodaja v okviru dejavnosti, ki ne morejo biti predmet konkurence

226 Glede prodaje, opravljene na trgih ali s storitvami, ki po mnenju tožeče stranke niso predmet potencialne konkurence, je treba, prvič, opozoriti, da je Komisija v točki 478 obrazložitve izpodbijanega sklepa napotila na točko 12 Smernic, v kateri je navedeno, da se osnovni znesek globe določi na podlagi vrednosti prodaje v skladu z metodologijo, navedeno v naslednjih točkah. Komisija je v navedeni točki obrazložitve med drugim pojasnila, da se bo osnovni znesek globe, ki jo je treba naložiti podjetjem, določil na podlagi vrednosti prodaje blaga ali storitev, ki jo opravijo podjetja, neposredno ali posredno v povezavi s kršitvijo, na zadevnem geografskem območju znotraj Evropske unije. Komisija je v točki 482 obrazložitve izpodbijanega sklepa (glej točko 208 zgoraj) nato navedla, da meni, da se določba o nekonkuriranju uporabi za vse vrste storitev elektronskih komunikacij in televizijskih storitev, razen svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega telekomunikacijskega prenosa na debelo, in da se zato kršitev neposredno ali posredno nanaša na vse storitve, ki so opravljene v Španiji in na Portugalskem ter so sestavni del trgov, navedenih v delu 5.3, razen svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega telekomunikacijskega prenosa na debelo.

227 Komisija je na obravnavi v odgovor na vprašanja Splošnega sodišča pojasnila, da ji glede na zelo široko področje uporabe določbe ni treba analizirati potencialne konkurence med strankama za vsako od storitev, ki jih navaja tožeča stranka, za določitev vrednosti prodaj, ki jih je treba upoštevati za izračun zneska globe. V okviru kršitve glede na cilj, kakršna je ta v obravnavanem primeru, v katerem taka analiza ni bila zahtevana za ugotovitev kršitve, naj navedena analiza prav tako ne bi bila nujna za določitev zneska globe.

228 Teh trditev ni mogoče sprejeti.

229 Določba se namreč v skladu s svojim besedilom uporabi za „kakršen koli projekt s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami, vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo), za katerega se lahko

šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu“. Poleg tega je Komisija za izračun globe uporabila vrednost prodaj v okviru dejavnosti, za katero meni, da spada na področje uporabe določbe, in izključila prodaje v okviru obstoječih dejavnosti, ki so v skladu z besedilom določbe izključene iz njenega področja uporabe. Za namen izračuna globe bi zato morale biti na podlagi besedila določbe iz njenega področja uporabe izključene tudi prodaje v okviru dejavnosti, ki v obdobju uporabe določbe ne morejo biti v konkurenci z drugo stranko.

230 Iz tega sledi, da tudi če Komisiji ne bi bilo treba presojati potencialne konkurence glede na vsako od storitev, ki jih navaja tožeča stranka, za ugotovitev kršitve (glej točke od 169 do 188 zgoraj), bi morala vseeno preučiti, ali je tožeča stranka utemeljeno trdila, da mora biti vrednost prodaje zadevnih storitev izključena iz izračuna globe zaradi neobstoja potencialne konkurence med strankama glede teh storitev.

231 V zvezi s tem je treba spomniti, da mora Komisija, kot je Sodišče že razsodilo, v vsakem posameznem primeru in ob upoštevanju sobesedila in ciljev sistema sankcij, ki ga določa Uredba št. 1/2003, presoditi želeni vpliv na zadevno podjetje, zlasti glede na promet, ki odraža njegov dejanski gospodarski položaj v obdobju, v katerem je bila kršitev storjena (sodbe z dne 7. junija 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Komisija, C-76/06 P, ZOdl., EU:C:2007:326, točka 25; z dne 12. novembra 2014, Guardian Industries in Guardian Europe/Komisija, C-580/12 P, ZOdl., EU:C:2014:2363, točka 53, in z dne 23. aprila 2015, LG Display in LG Display Taiwan/Komisija, C-227/14 P, ZOdl., EU:C:2015:258, točka 49).

232 Pri določanju globe je dovoljeno upoštevanje celotnega prometa podjetja, ki je, čeprav približen in nepopoln, pokazatelj njegove velikosti in gospodarske moči, ter dela prometa, ki je bil ustvarjen s proizvodi, ki so predmet kršitve, in je lahko pokazatelj njenega obsega (sodba z dne 7. junija 1983, Musique Diffusion française in drugi/Komisija, od 100/80 do 103/80, Recueil, EU:C:1983:158, točka 121; zgoraj v točki 231 navedena sodba Guardian Industries in Guardian Europe/Komisija, EU:C:2014:2363, točka 54, in zgoraj v točki 231 navedena sodba LG Display in LG Display Taiwan/Komisija, EU:C:2015:258, točka 50).

233 Čeprav člen 23(2) Uredbe št. 1/2003 daje Komisiji široko diskrecijsko pravico, njeno izvajanje vseeno omejuje z določitvijo objektivnih ciljev, ki jih je ta dolžna upoštevati. Tako na eni strani za znesek globe, ki se lahko naloži, velja številčno določljiva in absolutna zgornja meja, tako da je najvišji znesek globe, ki se lahko naloži danemu podjetju, določljiv vnaprej. Na drugi strani je izvajanje te diskrecijske pravice prav tako omejeno s pravili ravnanja, ki si jih je Komisija sama določila, med drugim v Smernicah (zgoraj v točki 231 navedeni sodbi Guardian Industries in Guardian Europe/Komisija, EU:C:2014:2363, točka 55, in LG Display in LG Display Taiwan/Komisija, EU:C:2015:258, točka 51).

234 Tako mora Komisija – če tako kot v obravnavanem primeru osnovni znesek globe določi v skladu z metodologijo, navedeno v Smernicah – ravnati v skladu s to metodologijo.

235 V zvezi s tem je treba opozoriti, da bo v skladu s točko 13 Smernic „[z]a določitev osnovnega zneska globe, ki se naloži, […] Komisija uporabila vrednost prodaje blaga ali storitev podjetja, neposredno ali posredno […] povezane s kršitvijo, v upoštevnem geografskem območju znotraj ozemlja EGP“. V točki 6 Smernic je podrobneje navedeno, da „se kombinacija vrednosti prodaje, povezane s kršitvijo, in [njenega] trajanja šteje kot ustrezen približek, ki odraža gospodarsko pomembnost kršitve in sorazmerno težo vsakega podjetja, udeleženega pri kršitvi“.

236 Poleg tega iz sodne prakse izhaja, da je lahko del prometa, ki je bil ustvarjen z blagom, na katero se nanaša kršitev, primerna podlaga za informacijo o razsežnosti kršitve na zadevnem trgu, ker je promet, ustvarjen s proizvodi, ki so predmet omejevalnega ravnanja, objektivno merilo, ki pravilno pokaže, kako škodljivo ta praksa vpliva na normalno konkurenco (glej v tem smislu zgoraj v točki 232 navedeno sodbo Musique Diffusion française in drugi/Komisija, EU:C:1983:158, točka 121; sodbo z dne 11. marca 1999, British Steel/Komisija, T-151/94, Recueil, EU:T:1999:52, točka 643, in sodbo z dne 8. julija 2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium/Komisija, T-50/03. EU:T:2008:252, točka 84).

237 Cilj točke 13 Smernic je tako, da se kot izhodišče za izračun globe, naložene podjetju, vzame znesek, ki odraža gospodarski pomen kršitve in relativno težo tega podjetja v njej (sodba z dne 11. julija 2013, Team Relocations in drugi/Komisija, C-444/11 P, EU:C:2013:464, točka 76; zgoraj v točki 231 navedena sodba Guardian Industries in Guardian Europe/Komisija, EU:C:2014:2363, točka 57, in zgoraj v točki 231 navedena sodba LG Display in LG Display Taiwan/Komisija, EU:C:2015:258, točka 53).

238 Zato pojem vrednosti prodaje iz člena 13 obsega prodajo, ki je bila opravljena na trgu v EGP, na katerega se nanaša kršitev, ne da bi bilo treba določiti, ali je ta kršitev dejansko vplivala na to prodajo, saj promet od prodaje proizvodov, ki so predmet kršitve, najbolje odraža gospodarski pomen te kršitve (glej v tem smislu zgoraj v točki 237 navedeno sodbo Team Relocations in drugi/Komisija, EU:C:2013:464, točke od 75 do 78; zgoraj v točki 231 navedeno sodbo Guardian Industries in Guardian Europe/Komisija, EU:C:2014:2363, točke od 57 do 59; sodbo Dole Food in Dole Fresh Fruit Europe/Komisija, C-286/13 P, EU:C:2015:184, točki 148 in 149, in zgoraj v točki 231 navedeno sodbo LG Display in LG Display Taiwan/Komisija, EU:C:2015:258, točke od 53 do 58 in 64).

239 Čeprav bi bil s tem – da bi se pojem vrednost prodaje, naveden v tej določbi, razlagal tako, da se nanaša zgolj na promet, opravljen s prodajami, za katere je dokazano, da so bile pod dejanskim vplivom omejevalnega sporazuma – vsekakor ogrožen cilj, ki mu ta določba sledi, pa ta pojem vendarle ni tako širok, da bi zajemal prodaje zadevnega podjetja, ki s tem omejevalnim sporazumom niso neposredno ali posredno zajete (glej v tem smislu zgoraj v točki 237 navedeno sodbo Team Relocations in drugi/Komisija, EU:C:2013:464, točka 76, in zgoraj v točki 238 navedeno sodbo Dole Food in Dole Fresh Fruit Europe/Komisija, EU:C:2015:184, točka 148).

240 V teh okoliščinah je treba navesti, da od Komisije vsekakor ni mogoče zahtevati, da ob kršitvi glede cilja, kot je ta v obravnavanem primeru, po uradni dolžnosti preizkusi potencialno konkurenco za vse trge in storitve, ki spadajo na področje uporabe kršitve, da se izogne kršitvi načel, določenih v sodni praksi, navedeni v točkah 175, 176 in 178 zgoraj, in ji prek določitve vrednosti prodaj, ki se upoštevajo pri izračunu globe, naložiti obveznost preizkusiti potencialno konkurenco, čeprav se tak preizkus pri omejitvi konkurence glede cilja ne zahteva (glej točko 177 zgoraj). V zvezi s tem je Sodišče namreč v zadevi, v kateri so bile uporabljene Smernice o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 15(2) Uredbe št. 17 in člen[om] 65(5) Pogodbe [PJ] (UL 1998, C 9, str. 3), razsodilo, da če kršitev zajema razdelitev trgov, razlaga, na podlagi katere bi bila Komisiji glede metode izračuna glob naložena obveznost, ki je na podlagi uporabe člena 101 PDEU nima, če ima zadevna kršitev protikonkurenčni cilj, ni mogoče sprejeti (zgoraj v točki 196 navedena sodba Prym in Prym Consumer/Komisija, EU:C:2009:505, točka 64).

241 Rešitev, sprejeta v obravnavanem primeru, Komisiji v okviru določitve zneska globe ne nalaga obveznosti, ki je nima na podlagi uporabe člena 101 PDEU glede kršitve, ki ima protikonkurenčni cilj, ampak obveznost, da izhaja iz tega, da mora biti vrednost prodaj v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo v smislu člena 13 Smernic in ne more vključevati prodaj, ki niso neposredno ali posredno povezane s sankcionirano kršitvijo (glej sodno prakso, navedeno v točki 239 zgoraj). Iz tega sledi, da mora Komisija, če se odloči, da bo znesek globe določila na podlagi vrednosti prodaj, ki so v neposredni ali posredni povezavi s kršitvijo, to vrednost določiti natančno.

242 V zvezi s tem je treba glede na besedilo določbe, ki se izrecno nanaša na „kakršen koli projekt s področja telekomunikacij (vključno s storitvami fiksne in mobilne telefonije, dostopom do interneta in televizijskimi storitvami, vendar brez naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo), za katerega se lahko šteje, da je v konkurenci z drugo pogodbenico na iberskem trgu“, in glede na to, da je tožeča stranka v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah navedla dejanske elemente, da bi dokazala, da je treba za izračun globe izključiti vrednost prodaj nekaterih zadevnih storitev zaradi neobstoja vsakršne konkurence med strankama, ugotoviti, da bi morala Komisija v obravnavanem primeru te elemente preizkusiti, da bi določila vrednost prodaj blaga ali storitev, ki jih je opravilo podjetje in ki so v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo.

243 Ker so prodaje, ki so v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo, prodaje storitev, ki spadajo na področje uporabe določbe, torej prodaje vseh projektov iz sektorja telekomunikacij, razen obstoječih dejavnosti, ki so lahko v konkurenci z drugo stranko na iberskem trgu, bi Komisija v obravnavanem primeru torej morala za določitev vrednosti teh prodaj določiti storitve, glede katerih stranki nista bili v potencialni konkurenci na iberskem trgu, na podlagi elementov, ki sta jih ti predložili v svojih odgovorih na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, da bi dokazali neobstoj potencialne konkurence med njima glede nekaterih storitev v obdobju uporabe določbe. Zgolj na podlagi take analize dejstev in pravne analize bi bilo mogoče določiti prodaje, ki so v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo in katerih vrednost je treba uporabiti kot osnovo za izračun osnovnega zneska globe.

244 Iz tega sledi, da je treba trditve tožeče stranke, da bi morala Komisija na podlagi elementov, ki jih navaja tožeča stranka v zvezi z neobstojem potencialne konkurence med družbo Telefónica in družbo PT glede nekaterih storitev, določiti vrednost prodaj, ki so v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo, sprejeti in člen 2 izpodbijanega sklepa razglasiti za ničen zgolj v delu, v katerem določa znesek globe na podlagi vrednosti prodaj, ki jih je upoštevala Komisija.

245 Drugič, spomniti je treba, da sistem sodnega nadzora sklepov Komisije v zvezi s postopki na podlagi členov 101 PDEU in 102 PDEU zajema nadzor nad zakonitostjo aktov institucij, ki je določen v členu 263 PDEU ter se lahko na podlagi člena 261 PDEU in na predlog tožečih strank dopolni z izvajanjem neomejene pristojnosti Splošnega sodišča glede sankcij, ki jih na tem področju naloži Komisija (sodba z dne 10. julija 2014, Telefónica in Telefónica de España/Komisija, C-295/12 P, ZOdl., EU:C:2014:2062, točka 42). V zvezi s tem je treba poudariti, da se v obravnavanem primeru ugotovljena nezakonitost nanaša na vrednost prodaj, upoštevanih pri določitvi zneska globe, naložene tožeči stranki, in torej na samo osnovo njenega izračuna.

246 V teh okoliščinah je treba ponovno poudariti, da Komisija v točki 482 obrazložitve izpodbijanega sklepa ni opravila analize potencialne konkurence med strankama za storitve, ki jih je navedla tožeča stranka. Poleg tega se je Komisija v odgovor na vprašanja Splošnega sodišča na obravnavi, s katerimi se je hotel od nje pridobiti odgovor na trditve tožeče stranke, ki se nanašajo na domnevni neobstoj potencialne konkurence med družbo Telefónica in družbo PM glede nekaterih storitev na Portugalskem, omejila na ponovitev stališča, da ji za določitev zneska globe ni treba analizirati potencialne konkurence med strankama, in se v odgovor na vse trditve tožeče stranke zadovoljila z navedbo, da je bila družba Telefónica potencialna konkurentka družbe PT glede zadevnih storitev, ker bi lahko sodelovala pri javnih razpisih in kupila obstoječega operaterja.

247 Iz navedenega izhaja, da Splošno sodišče v obravnavanem primeru nima na voljo dovolj elementov za določitev končnega zneska globe, ki jo je treba naložiti tožeči stranki.

248 Splošno sodišče sicer lahko na podlagi neomejene pristojnosti, ki jo ima na podlagi člena 31 Uredbe št. 1/2003 in ki je širša od samega nadzora zakonitosti sankcije, s svojo presojo nadomesti presojo Komisije. Vendar Komisija v obravnavanem primeru za določitev vrednosti prodaj, ki jih je treba upoštevati pri izračunu zneska globe, ni opravila analize elementov, ki jih je tožeča stranka predložila, da bi dokazala neobstoj potencialne konkurence med strankama glede nekaterih storitev. Splošno sodišče bi z določitvijo vrednosti teh prodaj torej zapolnilo pomanjkljivosti v preiskavi zadeve.

249 Izvrševanje neomejene sodne pristojnosti pa ne more pomeniti, da Splošno sodišče opravi tako preiskavo, ki bi presegala nadomestitev presoje Komisije s presojo Splošnega sodišča, saj bi bila presoja Splošnega sodišča prva in edina presoja elementov, ki bi jih morala Komisija upoštevati pri določitvi vrednosti prodaj, ki so v neposredni ali posredni zvezi s kršitvijo v smislu člena 13 Smernic, in presojo katerih mora opraviti Komisija.

250 Iz tega sledi, da se v obravnavanem primeru neomejena pristojnost Splošnega sodišča ne uporabi, tako da mora Komisija v okviru izvršitve te sodbe sprejeti ukrepe zaradi ugotovljene nezakonitosti in se ponovno izreči o določitvi zneska globe. Dalje, Splošno sodišče meni, da je treba obravnavati druge tožbene razloge, ki se nanašajo na znesek globe.

– Prodaja v okviru obstoječih dejavnosti

251 Tožeča stranka trdi, da je treba v skladu z besedilom določbe prodajo, ki ustreza predhodnim dejavnostim, izključiti za namene izračuna globe.

252 Na prvem mestu je treba opozoriti, da je iz točk 482 in 483 obrazložitve izpodbijanega sklepa razvidno, da vrednost prodaj svetovnih telekomunikacijskih storitev in storitev mednarodnega telekomunikacijskega prenosa na debelo, glede katerih sta bili stranki na datum podpisa sporazuma dejanski konkurentki, pri izračunu globe ni bila upoštevana.

253 Na drugem mestu tožeča stranka trdi, da je treba vrednost prodaje storitev družbe PT, ki ustreza storitvam, ki jih je opravljala družba Zon, in sicer fiksni telefoniji, širokopasovnemu dostopu do interneta in plačljivi televiziji, izključiti iz področja uporabe določbe, saj storitve družbe Zon, ker ima družba Telefónica v lasti deleže te družbe, ki je konkurentka družbe PT in deluje v sektorju elektronskih komunikacij (glej točko 7 zgoraj), spadajo v kategorijo „vseh naložb ali dejavnosti, ki trenutno potekajo“ (glej točko 1 zgoraj), ki je izključena iz področja uporabe določbe.

254 Prvič, tožeča stranka opozarja, da izpodbijani sklep vsebuje malo oziroma nobenih pojasnil glede nekaterih očitkov, ki so jih podali njegovi naslovniki, in da je Komisija glede udeležbe družbe Telefónica v kapitalu družbe Zon in vpliva, ki ji ga je to omogočalo, zgolj ponovila trditev, da ta udeležba družbi Telefónica nikakor ni omogočala nadzora. Če je mogoče to navedbo razumeti kot trditev, da je Komisija kršila obveznost obrazložitve, je treba tako trditev zavrniti.

255 Zdi se namreč, da je Komisija odgovorila na trditve strank o izključitvi storitev družbe Zon iz področja uporabe določbe s pojasnilom, da ne more sprejeti trditve, da bi morale biti dejavnosti družbe Zon izključene iz področja uporabe določbe, saj bi morali stranki, če bi želeli dokazati, da sta si na Portugalskem konkurirali, z udeležbo družbe Telefónica v družbi Zon, dokazati, da je družba Telefónica nadzorovala dejavnosti tega operaterja, česar pa nista storili, medtem ko je bilo iz računovodskih izkazov za leto 2011 razvidno, da družba Telefónica ni nadzorovala portugalskega operaterja. Komisija je s tem jasno predstavila, zakaj je menila, da dejavnosti družbe Zon ni treba izključiti iz področja uporabe določbe, in zakaj je ugotovila, da družba Telefónica ni nadzorovala zadnjenavedene družbe, tako da ji ni mogoče očitati nobene kršitve obveznosti obrazložitve.

256 V zvezi s tem je Komisija v točkah od 156 do 164 obrazložitve izpodbijanega sklepa še pojasnila, da bi moralo biti, da bi bila dejavnost, ki jo opravlja družba, katere delnice ima ena od strank, ne da bi jo obvladovala, upoštevna za določitev področja uporabe določbe, v tej določbi navedeno, da se uporabi za dejavnosti družb, ki jih stranki ne nadzorujeta. Dalje, če so take dejavnosti upoštevne za določitev področja uporabe določbe, morajo biti upoštevne tudi za spoštovanje pravil te določbe, tako da bi to, da bi neobvladovana družba, v kateri ima ena od strank manjšinski delež, začela opravljati prepovedano dejavnost, pomenilo kršitev določbe. Komisija je v zvezi s tem dalje navedla, da stranki ne moreta trditi, da sta se o kakršni koli obveznosti pogodbeno sporazumeli v imenu in za račun družb, v katerih imata manjšinski delež, vendar jih ne obvladujeta, saj ne bi mogli zagotoviti spoštovanja take obveznosti. Dejavnost mora torej, da bi jo bilo mogoče izvzeti iz področja uporabe določbe, opravljati ena od strank neposredno ali posredno prek ene od družb, ki jih obvladujeta.

257 Drugič, z vidika vsebine tožeča stranka ne izpodbija niti zgoraj navedenih trditev niti ugotovitve Komisije, da je imela družba Telefónica v upoštevnem obdobju zgolj manjšinski delež v družbi Zon (5,46 %) (točka 19 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in torej ni popolnoma obvladovala zadnjenavedene družbe, tako da storitev družbe Zon ni mogoče šteti za storitve družbe Telefónica in

zato za storitve, pri katerih sta si družbi Telefónica in PT konkurirali in ki bi morale biti tako izključene iz področja uporabe določbe. Iz tega sledi, da tožeča stranka ni dokazala, zakaj bi bilo treba po njenem mnenju kljub temu, da je družba Telefónica imela zgolj manjšinski delež v družbi Zon, storitve zadnjenavedene družbe šteti za storitve družbe Telefónica, ki so zato izključene iz področja uporabe določbe. V teh okoliščinah je treba njene trditve zavrniti.

– Prodaja v okviru dejavnosti, opravljenih zunaj Iberskega polotoka

258 Tožeča stranka izpodbija geografsko področje uporabe, kakor ga je določila Komisija, s trditvijo, da je treba, ker se sporazum izrecno sklicuje na iberski trg, in ne na Portugalsko in Španijo, ugotoviti, da sta se stranki želeli sklicevati na ozemlja, ki sestavljajo Iberski polotok, in ne na ozemlja, ki sestavljajo Kraljevino Španijo in Portugalsko republiko. Zato tožeča stranka meni, da je treba ozemlja, ki ustrezajo avtonomnima regijama Azorov in Madeire ter so leta 2011 beležila promet 36.992.000 EUR oziroma 23.492.000 EUR, izključiti iz geografskega področja uporabe določbe, tako da je treba vrednost prodaje družbe PT, ki se upošteva za izračun globe, in zato njen znesek prilagoditi.

259 Te trditve ni mogoče sprejeti. V nasprotju s tem, kar trdi tožeča stranka, se besedilo odločbe ne nanaša dobesedno na „Iberski polotok“, ampak na „iberski trg“. Sklicevanja na „iberski trg“ pa se očitno ne sme razumeti v striktno geografskem smislu kot sklicevanje na zgolj Iberski polotok, ampak kot sklicevanje na trga Španije in Portugalske, ki vključujeta trge njunih ozemelj, ki niso na Iberskem polotoku. Ni indicev in tudi tožeča stranka ne navaja argumentov v dokaz, da so ozemlja teh držav, ki so zunaj Iberskega polotoka, izključena iz področja uporabe določbe.

260 V zvezi s tem je namreč treba navesti, da se je tožeča stranka zadovoljila s kritiko razlage geografskega področja uporabe določbe, ki jo je uporabila Komisija, da pa ne navaja nobene trditve, s katero bi izpodbijala ugotovitve Komisije glede geografskega področja uporabe določbe, navedene v točkah od 175 do 182 obrazložitve izpodbijanega sklepa. V teh okoliščinah njenih trditev ni mogoče sprejeti.

261 Iz vsega zgoraj navedenega je razvidno, da je treba trditve tožeče stranke o prodaji, ki se upošteva za izračun globe, sprejeti v delu, v katerem bi morala Komisija za določitev vrednosti prodaje tožeče stranke, ki jo je treba upoštevati za izračun zneska globe, preučiti argumente tožeče stranke, s katerimi je želela dokazati neobstoj potencialne konkurence med družbama Telefónica in PT glede nekaterih storitev (glej točke od 226 do 250 zgoraj), v preostalem pa zavrniti.

c) Trajanje kršitve

262 Tožeča stranka trdi, da je Komisija napačno določila trajanje kršitve, saj obveznost nekonkuriranja ni mogla povzročati učinkov, preden je bila potrjena, tako da je ni bilo mogoče opredeliti kot omejitev glede cilja, namenjeno nujni uporabi od datuma začetka svoje veljavnosti, to je datuma dokončne sklenitve transakcije 27. septembra 2010, in da je vsekakor, tudi če se ne upošteva izrecni pogoj predhodne potrditve, sporazum o nekonkuriranju prenehal veljati 29. oktobra 2010 zaradi ugotovitev, do katerih sta pripeljali telefonski konferenci, ki sta potekali 26. in 29. oktobra 2010.

263 Opozoriti je treba, da je v skladu s členom 23(3) Uredbe št. 1/2003 trajanje kršitve eden od dejavnikov, ki jih je treba upoštevati pri določitvi globe, ki se naloži podjetjem, ki kršijo pravila o konkurenci.

264 Poleg tega, kot je navedeno zgoraj v točki 202, točka 24 Smernic določa, da bo, da bi se v celoti upoštevalo trajanje udeležbe vsakega podjetja pri kršitvi, znesek, določen glede na vrednost prodaje, pomnožen s številom let udeležbe pri kršitvi in da se bodo obdobja, krajša od šestih mesecev, štela za polovico leta, obdobja, daljša od šestih mesecev in krajša od enega leta, pa se bodo štela za polno leto.

265 Glede trajanja zadevne kršitve v obravnavanem primeru je Komisija v točkah od 454 do 465 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, kot je navedeno že zgoraj v točki 51, da je to enako trajanju obdobja od datuma dokončne izvedbe transakcije, torej 27. septembra 2010 (glej točko 25 zgoraj), do datuma, na katerega je bila določba izbrisana, torej 4. februarja 2011 (glej točko 29 zgoraj).

266 Tožeča stranka s tem očitkom v bistvu izpodbija zakonitost izpodbijanega sklepa v delu, v katerem je v njem ugotovljeno, kot je to navedeno v členu 1 njegovega izreka, da je kršitev zajemala obdobje od dokončne izvedbe transakcije 27. septembra 2010 do 4. februarja 2011. Ugotoviti je torej treba, da z obravnavanim očitkom v zvezi s trajanjem tožeča stranka ne predlaga le zmanjšanja globe, ampak tudi delno razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe, še posebej člena 1 njenega izreka v delu, v katerem je Komisija v njem napačno ugotovila, da je kršitev trajala od 27. septembra 2010 do 4. februarja 2011.

267 Ugotoviti pa je treba, da ne navaja dodatnih elementov posebej glede trajanja kršitve in zgolj napotuje na kritike, ki so bile že podane v okviru njenega tožbenega razloga v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU in pravico do njegove uporabe ter ki so bile v tem okviru že preučene in zavrnjene (glej točke od 122 do 161 obrazložitve izpodbijanega sklepa). V delu, v katerem tožeča stranka ni dokazala niti tega, da je za obveznost nekonkuriranja veljala obveznost samoocene, niti tega, da so avdiokonference z oktobra 2010 pripeljale do razveljavitve določbe, je treba njen predlog za skrajšanje obdobja kršitve, ki se upošteva za izračun zneska globe, zavrniti.

d) Spoštovanje načela sorazmernosti

268 Tožeča stranka trdi, da je bilo pri določitvi zneska globe, ki ji je bila naložena za kršitev v obravnavanem primeru, kršeno načelo sorazmernosti.

269 Komisija podaja ugovor nedopustnosti s trditvijo, da je treba ugotoviti, da ta domnevni razlog za razglasitev ničnosti ni dopusten, ker tožeča stranka v treh vrsticah tožbe, ki so temu namenjene, zgolj izraža kritiko, da „je na splošno prepričana, da Komisija glede na vse okoliščine zadeve in glede na merila, ki jih je treba upoštevati pri naložitvi glob, ni spoštovala načela sorazmernosti“.

270 Po eni strani je treba opozoriti, kot je poudarjeno v točki 68 in naslednjih zgoraj, da morata biti na podlagi člena 44(1)(c) Poslovnika z dne 2. maja 1991 v vsaki tožbi navedena predmet spora in kratek povzetek tožbenih razlogov ter da mora biti ta navedba dovolj jasna in natančna, da toženi stranki omogoči pripravo obrambe, Splošnemu sodišču pa, da odloči o tožbi, glede na okoliščine primera, brez drugih dodatnih podatkov. Poleg tega morajo zaradi zagotovitve pravne varnosti in učinkovitega izvajanja sodne oblasti bistveni pravni in dejanski elementi, na katerih tožba temelji, dosledno in razumljivo izhajati iz njenega besedila (glej v točki 70 zgoraj navedeni sklep TF1/Komisija, EU:T:2008:155, točka 29 in navedena sodna praksa).

271 Ugotoviti je treba, da opis zatrjevanega tožbenega razloga v zvezi s kršitvijo načela sorazmernosti, ki ga je podala tožeča stranka, ne izpolnjuje tako opredeljenih zahtev, tako da je ugovor nedopustnosti, ki ga je podala Komisija, očitno utemeljen in je treba ugotoviti, da zatrjevani tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo načela sorazmernosti ni dopusten.

272 Po drugi strani je treba glede tega poudariti, da je v konkurenčnem pravu Unije nadzor zakonitosti dopolnjen z neomejeno sodno pristojnostjo, ki je bila v skladu s členom 261 PDEU sodišču Unije priznana v členu 17 Uredbe št. 17 in ki jo ima zdaj na podlagi člena 31 Uredbe št. 1/2003. Ta pristojnost sodišču omogoča, da preseže le nadzor zakonitosti sankcije in nadomesti presojo Komisije s svojo ter tako odpravi, zniža ali zviša naloženo globo ali periodično denarno kazen (glej sodbo z dne 8. decembra 2011, Chalkor/Komisija, C-386/10 P, ZOdl., EU:C:2011:815, točka 63 in navedena sodna praksa).

273 Vendar je treba poudariti, da izvajanje neomejene sodne pristojnosti ne pomeni isto kot nadzor po uradni dolžnosti, in spomniti, da je postopek pred sodišči Unije kontradiktoren. Razen razlogov javnega reda, kot je neobstoj obrazložitve izpodbijanega sklepa, ki jih mora sodišče preizkusiti po uradni dolžnosti, mora razloge zoper izpodbijani sklep navesti tožeča stranka in predložiti dokaze v podporo tem razlogom (zgoraj v točki 272 navedena sodba Chalkor/Komisija, EU:C:2011:815, točka 64).

274 Ta postopkovna zahteva ne nasprotuje pravilu, v skladu s katerim mora Komisija, ko gre za kršitve pravil o konkurenci, predložiti dokaz o kršitvah, ki jih ugotovi, in navesti, kateri dokazi pravno zadostno dokazujejo obstoj dejstev, ki pomenijo kršitev. V okviru tožbe pred sodiščem se od tožeče stranke namreč zahteva, da opredeli tiste elemente izpodbijanega sklepa, ki jih prereka, da v zvezi s tem navede očitke in predloži dokaze, na podlagi katerih je mogoče resno sklepati, da so ti očitki utemeljeni (zgoraj v točki 272 navedena sodba Chalkor/Komisija, EU:C:2011:815, točka 65).

275 S tem, da nad izpodbijano odločbo kot celoto ni bil po uradni dolžnosti opravljen nadzor, ni bilo kršeno načelo učinkovitega sodnega varstva. Za upoštevanje tega načela ni nujno, da Splošno sodišče – ki mora sicer odgovoriti na navedene tožbene razloge in opraviti nadzor tako nad uporabo prava kot nad dejstvi – po uradni dolžnosti ponovno v celoti pregleda spis (zgoraj v točki 272 navedena sodba Chalkor/Komisija, EU:C:2011:815, točka 66).

276 Nadzor, določen s Pogodbama, torej pomeni, da lahko sodišče Unije opravlja nadzor tako nad dejstvi kot nad uporabo prava ter da ima pooblastilo za presojo dokazov, razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe in spremembo zneska glob. Zato ni mogoče sklepati, da je nadzor zakonitosti, določen v členu 263 PDEU in dopolnjen z neomejeno sodno pristojnostjo glede zneska globe, določeno v členu 31 Uredbe št. 1/2003, v nasprotju z zahtevami načela učinkovitega sodnega varstva, določenega v členu 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (zgoraj v točki 272 navedena sodba Chalkor/Komisija, EU:C:2011:815, točka 67).

277 Iz te sodne prakse je razvidno, da če tožeča stranka ne navede trditev in dokazov v utemeljitev svojega zatrjevanega tožbenega razloga v zvezi s kršitvijo načela sorazmernosti, Splošnemu sodišču ni treba po uradni dolžnosti v okviru izvajanja neomejene sodne pristojnosti preučiti, ali je Komisija spoštovala navedeno načelo pri določitvi zneska globe.

3. *Predlog za zaslišanje prič*

278 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj kot pričo zasliši M. R. S. S. N., vodjo direktorata družbe PT za konkurenco na datum sklenitve sporazuma in sporazuma o odpravi določbe.

279 Komisija trdi, da je treba ta predlog zavrniti, ker naj bi bil nekoristen in odvečen, saj je izjava, ki jo je M. R. S. S. N. podala pod prisego o dejstvih, s katerimi je bila seznanjena, že navedena v spisu.

280 Spomniti je treba, da samo Splošno sodišče presoja morebitno potrebo po dopolnitvi podatkov, ki so mu na voljo, v zvezi z zadevami, o katerih odloča (glej sklep z dne 10. junija 2010, Thomson Sales Europe/Komisija, C-498/09 P, EU:C:2010:338, točka 138 in navedena sodna praksa).

281 Kot je Sodišče že odločilo v okviru zadeve, ki se je nanašala na konkurenčno pravo, mora Splošno sodišče, čeprav je v predlogu za zaslišanje prič, vložen z vlogo, natančno navedeno, o katerih dejstvih in iz katerih razlogov bi bilo treba priče zaslišati, presojati upoštevnost predloga glede na predmet spora in potrebo po zaslišanju prič, ki so navedene (glej sodbo z dne 19. decembra 2013, Siemens/Komisija, C-239/11 P, C-489/11 P in C-498/11 P, EU:C:2013:866, točka 323 in navedena sodna praksa).

282 Sodišče je med drugim navedlo, da je ta pristojnost Splošnega sodišča za presojo v skladu s temeljno pravico do pravičnega sojenja in zlasti s členom 6(3)(d) Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (EKČP). Iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da zadnjenavedena določba obdolženemu ne priznava absolutne pravice, da doseže navzočnost prič pred sodiščem, in mora načeloma sodišče odločiti o potrebi ali smiselnosti tega, da pričo pozove. Člen 6(3) EKČP ne nalaga tega, naj se pozove vsaka priča, temveč je namenjen popolni enakosti v orožij z zagotavljanjem, da je sporni postopek, gledan kot celota, obdolženemu ponudil ustrezno in zadostno možnost, da od sebe odvrne sum (glej zgoraj v točki 281 navedeno sodbo Siemens/Komisija, EU:C:2013:866, točki 324 in 325 ter navedena sodna praksa).

283 Kot je Splošno sodišče že presodilo, ni mogoče odobriti predloga za zaslišanje prič, ki ga poda podjetje kot tožeča stranka, kadar so bile navedbe, ki jih ta želi doseči s takim zaslišanjem pred Splošnim sodiščem, že podane pred Komisijo, če je bilo ugotovljeno, da niso podprte z listinskimi dokazi in so celo v nasprotju z nekaterimi elementi iz spisa (glej v tem smislu sodbo z dne 13. julija 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Komisija, T-144/07, od T-147/07 do T-150/07 in T-154/07, ZOdl., EU:T:2011:364, točki 152 in 154).

284 Navesti je treba tudi, da je predlog, naj Splošno sodišče dopolni informacije, s katerimi razpolaga, brezpredmeten, kadar to, da bi Splošno sodišče takemu predlogu ugodilo, ne bi spremenilo smisla njegove odločbe (glej v tem smislu zgoraj v točki 280 navedeni sklep Thomson Sales Europe/Komisija, EU:C:2010:338, točka 141).

285 Če se Splošno sodišče lahko koristno izreče na podlagi predlogov, tožbenih razlogov in trditev, navedenih med pisnim ali ustnim postopkom, in na podlagi predloženih dokumentov, je treba predlog za zaslišanje prič, ki ga vloži tožeča stranka, zavrniti, ne da bi moralo Splošno sodišče to utemeljiti s posebno razlago presoje tega, da iskanje dodatnih dokazov ni potrebno (glej v tem smislu sklep z dne 15. septembra 2005, Marlines/Komisija, C-112/04 P, EU:C:2005:554, točka 39, in sodbo z dne 9. septembra 2009, Clearstream/Komisija, T-301/04, ZOdl., EU:T:2009:317, točka 218).

286 Vendar čeprav je res, da stranka od sodišča Unije ne more zahtevati, da to sprejme ukrep procesnega vodstva ali pripravljalni ukrep, pa sodišče ne more priti do nobenih ugotovitev na podlagi neobstoja nekaterih informacij v spisu, dokler ni izčrpalo vseh sredstev, ki so s Poslovnikom sodišča predvidena za to, da se doseže njihova predložitev od zadevne stranke (glej sklep z dne 8. oktobra 2013, Michail/Komisija, T-597/11 P, ZOdl. JU, EU:T:2013:542, točka 40 in navedena sodna praksa).

287 Ker je v obravnavanem primeru izjava M. R. S. S. N. o dejstvih, s katerimi je seznanjena, že navedena v spisu, ni treba ugoditi predlogu za zaslišanje prič, ki ga je vložila tožeča stranka.

288 V zvezi s tem je treba opozoriti, kot je navedeno že v točki 283 zgoraj, da je Splošno sodišče presodilo, da ni mogoče odobriti predloga za zaslišanje prič, ki ga vloži podjetje kot tožeča stranka, kadar so bile navedbe, ki jih ta želi pridobiti s takim pričanjem pred Splošnim sodiščem, že podane pred Komisijo, če je bilo ugotovljeno, da niso podprte z listinskimi dokazi iz spisa in so celo v nasprotju z njimi.

289 V obravnavanem primeru je treba opozoriti, da je Komisija navedla, kot je navedeno že v točkah od 149 do 150 zgoraj, da je zadevno izjavo upoštevala in jo ocenila v skladu z načeli, ki se uporabijo za presojo dokazov. Komisija je tako upoštevala, da je to izjavo podala oseba, ki bi lahko imela neposredni interes v zadevi (točka 122 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in jo je v primerjavi z drugimi razpoložljivimi dokazi premišljeno presojala (točke 121, 124 in 308 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Komisija ni nikoli podvomila, da je oseba, ki je podala navedeno izjavo, dejansko podala stališče, kakršno izhaja iz izjave.

290 V teh okoliščinah je treba predlog, naj se oseba, ki je podala navedeno izjavo, zasliši pred Splošnim sodiščem, zavrniti, ker se je Splošno sodišče na podlagi elementov iz spisa lahko opredelilo glede avdiokonferenc, opravljenih oktobra 2010 (glej v tem smislu zgoraj v točki 283 navedeno sodbo

ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Komisija, EU:T:2011:364, točki 152 in 154; glej v tem smislu in po analogiji tudi sodbo z dne 7. oktobra 2004, Mag Instrument/UUNT, C-136/02 P, ZOdl., EU:C:2004:592, točka 77).

291 Te ugotovitve ni mogoče ovreči s trditvijo tožeče stranke, da ima zaslišanje prič, ki ga opravi Splošno sodišče, v skladu z načelom bližine ali neposrednosti nedvomno večjo vrednost od upoštevanja pisne izjave. Ker se vsebina izjave ne izpodbija in ker gre le za razumevanje teh elementov glede na celoto dokazov, s trditvami, ki jih je na obravnavi navedla tožeča stranka, namreč ni mogoče ovreči ugotovitve, da zaslišanje avtorja zadevne izjave pred Splošnim sodiščem ni potrebno.

292 Iz vsega zgoraj navedenega je razvidno, da je treba predlog za zaslišanje prič zavrniti.

293 Iz vsega zgoraj navedenega je razvidno, da je treba trditve tožeče stranke o prodaji, ki se upošteva za izračun globe, delno sprejeti, in sicer v delu, v katerem bi morala Komisija za določitev vrednosti prodaje tožeče stranke, ki jo je treba upoštevati za izračun zneska globe, preučiti argumente tožeče stranke, s katerimi je želela dokazati neobstoj potencialne konkurence med družbama Telefónica in PT glede nekaterih storitev. Člen 2 izpodbijanega sklepa je zato treba razglasiti za ničen zgolj v delu, v katerem je znesek globe določen na podlagi vrednosti prodaje, ki jo je upoštevala Komisija, v preostalem pa je treba tožbo zavrniti.

Stroški

294 V skladu s členom 134(3) Poslovnika Splošnega sodišča vsaka stranka nosi svoje stroške, če vsaka uspe samo deloma. Vendar lahko Splošno sodišče, če se zdi to glede na okoliščine v zadevi upravičeno, odloči, da ena stranka poleg svojih stroškov nosi tudi del stroškov druge stranke.

295 Ker je bilo tožbi ugodeno le delno, tožeča stranka na podlagi pravične presoje okoliščin nosi tri četrtine svojih stroškov in četrtino stroškov Komisije. Komisija nosi tri četrtine svojih stroškov in četrtino stroškov tožeče stranke.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (drugi senat),

razsodilo:

1. **Člen 2 Sklepa Komisije C(2013) 306 final z dne 23. januarja 2013 v zvezi s postopkom na podlagi člena 101 PDEU (zadeva COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) se razglasi za ničen v delu, v katerem je znesek globe, naložene družbi Portugal Telecom SGPS, SA, določen na 12.290.000 EUR, ker je bil ta znesek določen na podlagi vrednosti prodaje, ki jo je upoštevala Evropska komisija.**

2. **V preostalem se tožba zavrne.**

3. **Družba Portugal Telecom SGPS nosi tri četrtine svojih stroškov in četrtino stroškov Komisije. Komisija nosi tri četrtine svojih stroškov in četrtino stroškov družbe Portugal Telecom SGPS.**

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 28. junija 2016.

Podpisi

Kazalo

Dejansko stanje 1

A – Predstavitev družb PT in Telefónica 2

B – Pogajanja in podpis sporazuma 3

C – Dejansko stanje po sklenitvi sporazuma 5

D – Postopek pred Komisijo 6

Izpodbijani sklep 6

Postopek in predlogi strank 10

Pravo 10

A – Dopustnost 10

B – Vsebinska presoja 12

1. Predlogi za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa 12

a) Tožbeni razlog v zvezi z bistveno kršitvijo postopka 12

b) Tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU in zakonodaje o njegovi uporabi 13

Uvodne ugotovitve 13

Trditve, da je bila določba povezana z možnostjo odkupa ali odstopom članov upravnega odbora družbe PT, ki jih je imenovala družba Telefónica 14

Trditve, da je določba vsebovala obveznost samoocene 18

Trditve v zvezi s kršitvijo člena 101 PDEU zaradi nepreučitve pogojev potencialne konkurence 24

Trditve v zvezi z neobstojem učinkov 28

2. Predlogi v zvezi z zneskom globe 28

a) Uvodne ugotovitve 29

Načela v zvezi z izračunom glob 29

Izpodbijani sklep 31

b) Prodaja, ki se upošteva pri izračunu globe 33

Obrazložitev 33

Vsebinska presoja 34

– Prodaja v okviru dejavnosti, ki ne morejo biti predmet konkurence 34

– Prodaja v okviru obstoječih dejavnosti 38

– Prodaja v okviru dejavnosti, opravljenih zunaj Iberskega polotoka 39

c) Trajanje kršitve 39

d) Spoštovanje načela sorazmernosti 40

3. Predlog za zaslišanje prič 41

Stroški 43