

**Streszczenie decyzji Komisji****z dnia 23 stycznia 2013 r.****dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej****(Sprawa COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom)***(notyfikowana jako dokument nr C(2013) 306 final)***(Jedynie teksty w języku angielskim i portugalskim są autentyczne)**

(2013/C 140/07)

**1. WPROWADZENIE**

(1) W dniu 23 stycznia 2013 r. Komisja przyjęła decyzję dotyczącą postępowania przewidzianego w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). Zgodnie z przepisami art. 30 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003<sup>(1)</sup> Komisja podaje niniejszym do wiadomości nazwy stron oraz zasadniczą treść decyzji, wraz z informacjami na temat wszelkich nałożonych kar, uwzględniając jednak uzasadnione prawo przedsiębiorstw do ochrony ich tajemnic handlowych.

(2) Postępowanie i decyzja dotyczą klauzuli o zakazie konkurencji, zawartej w umowie o zakupie akcji z dnia 28 lipca 2010 r. („umowa o zakupie akcji”) zawartej pomiędzy Telefónica, SA (Telefónica) i Portugal Telecom SGPS, SA („Portugal Telecom”), w wyniku której przedsiębiorstwo Telefónica przejęło wyłączną kontrolę nad brazylijskim operatorem telefonii mobilnej Vivo, będącym uprzednio wspólną własnością stron („transakcja Vivo”).

(3) Klauzula o zakazie konkurencji ma następujące brzmienie:

„Dziewięć – Zakaz konkurencji – W zakresie zgodnym z prawem każda ze stron powstrzymuje się od angażowania się lub inwestowania, bezpośrednio lub pośrednio poprzez podmiot zależny, w jakikolwiek projekt związany z branżą telekomunikacyjną (w tym usługi telefonii stacjonarnej i mobilnej, usługi dostępu do internetu i usługi telewizyjne, z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań obecnie prowadzonych lub wykonywanych na dzień podany poniżej), który może być uznany za konkurencyjny w stosunku do drugiej strony na rynku iberyjskim w okresie rozpoczynającym się od daty podpisania umowy [27 września 2010 r.] do dnia 31 grudnia 2011 r.”.

(4) Strony usunęły klauzulę o zakazie konkurencji dnia 4 lutego 2011 r., w następstwie postępowania wszczętego przez Komisję w dniu 19 stycznia 2011 r.

**2. ADRESACI**

(5) Decyzja skierowana jest do przedsiębiorstw Telefónica, SA (Telefónica) i Portugal Telecom SGPS, SA (Portugal

Telecom), które są stronami umowy o zakupie akcji zawierającej klauzulę o zakazie konkurencji. Są one spółkami dominującymi ich odnośnych grup przedsiębiorstw.

(6) Telefónica i Portugal Telecom to zasiedziali operatorzy telekomunikacyjni działający odpowiednio na rynku hiszpańskim i portugalskim. Dysponują one dużymi pakietami akcji na większości rynków łączności elektronicznej w państwach członkowskich, z których się wywodzą. Ich obecność na rynku państwa członkowskiego drugiej strony jest jednak ograniczona.

**3. GŁÓWNA TREŚĆ DECYZJI****3.1. Procedura**

(7) W dniu 19 stycznia 2011 r. Komisja podjęła decyzję o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie w rozumieniu art. 2 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 773/2004<sup>(2)</sup> i art. 11 ust. 6 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003. W trakcie dochodzenia Komisja kilkakrotnie zwróciła się do przedsiębiorstw Telefónica, Portugal Telecom oraz niektórych ich wielonarodowych klientów z prośbą o dostarczenie informacji, na podstawie art. 18 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.

(8) W dniu 21 października 2011 r. Komisja przyjęła pisemne zgłoszenie zastrzeżeń. W zgłoszeniu tym Komisja wstępnie uznała, że Telefónica i Portugal Telecom naruszyły art. 101 TFUE poprzez zastosowanie klauzuli o zakazie konkurencji, co jest równoważne z porozumieniem dotyczącym podziału rynku.

(9) W dniu 4 listopada 2011 r. przedsiębiorstwom Telefónica i Portugal Telecom udostępniono akta sprawy.

(10) W dniu 13 stycznia 2012 r. Telefónica i Portugal Telecom przekazały swoje odpowiedzi na zgłoszenie zastrzeżeń. Nie złożyły one wniosku o przeprowadzenie spotkania wyjaśniającego.

(11) Na posiedzeniach w dniu 19 listopada 2012 r. i 21 stycznia 2013 r. Komitet Doradczy ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominujących wydał pozytywne opinie. Opinie te wydano na podstawie art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003.

<sup>(1)</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1).

<sup>(2)</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 123 z 27.4.2004, s. 18).

### 3.2. Rynki właściwe

- (12) W decyzji uznaje się, że klauzula o zakazie konkurencji oraz naruszenie przepisów obejmowały: a) wszystkie usługi łączności elektronicznej, z wyłączeniem światowych rynków usług telekomunikacyjnych oraz hurtowych usług połączeń międzynarodowych, które obie strony świadczyły na Półwyspie Iberyjskim w dniu podpisania umowy, odnoszące się do usług powiązanych z klientami wielonarodowymi oraz b) usługi telewizyjne, które zostały wymienione w klauzuli o zakazie konkurencji.
- (13) W niniejszej sprawie nie jest konieczne ustalenie dokładnego zakresu właściwych rynków ze względu na szeroki zakres klauzuli o zakazie konkurencji. W decyzji zawarto jednak wykaz poszczególnych rynków właściwych, zgodnie z zaleceniem Komisji 2007/879/WE<sup>(1)</sup> oraz zgodnie z poprzednimi decyzjami Komisji i orzecznictwem.
- (14) Właściwe rynki geograficzne mają zakres krajowy i odnoszą się do Hiszpanii i Portugalii.
- (15) Telefónica i Portugal Telecom wydały szereg oświadczeń, mających na celu ograniczenie zakresu klauzuli o zakazie konkurencji. W szczególności w oparciu o zapis „z wyłączeniem jakichkolwiek inwestycji lub działań obecnie prowadzonych lub wykonywanych na dzień podany poniżej” twierdzili oni, iż jakiegokolwiek rynki, na których obecny jest ZON (portugalski operator, w którym Telefónica miała 5,46 % udziałów w momencie podpisania umowy o zakupie akcji), należy wykluczyć z zakresu klauzuli. Twierdzili oni również, że z zakresu klauzuli należy również wykluczyć rynki, na których konkurencyjność ze strony innego podmiotu nie byłaby ich zdaniem możliwa (na przykład rynki hurtowe ze względu na wysokie bariery wejścia).
- (16) W niniejszej decyzji podważono te oświadczenia. Z jednej strony, w decyzji stwierdza się, że nie można uznać iż Telefónica wykonywała działania przeprowadzone przez ZON, ponieważ Telefónica nie kontrolowała ZON. Z drugiej strony, w decyzji zauważa się również, że klauzula o zakazie konkurencji zakazuje stronom angażowania się w działania oraz inwestycje, które „mogą być uznane za konkurencyjne w stosunku do drugiej strony”. Oznacza to, iż w sytuacji wejścia jednej ze stron na rynek, na którym druga strona jest już obecna, rynek ten byłby objęty klauzulą, ponieważ strona wchodząca na rynek byłaby uznana za konkurującą z drugą stroną. Ponadto przedsiębiorstwa Telefónica i Portugal Telecom należy

uznać co najmniej za potencjalnych konkurentów na wszystkich rynkach łączności elektronicznej i usług telewizyjnych, na których są obecne.

### 3.3. Naruszenie art. 101 TFUE

- (17) Telefónica i Portugal Telecom twierdziły, że klauzula o zakazie konkurencji stanowi jedynie obowiązek dokonania własnej oceny legalności i zakresu oddzielnej umowy o zakazie konkurencji, która stanowiłaby uzupełnienie transakcji Vivo. Strony twierdziły, że każda z nich dokonała taką ocenę i przedstawiła jej wyniki podczas dwóch konferencji telefonicznych, które odbyły się w dniach 26 i 29 października 2010 r. W wyniku tych rozmów strony ustaliły, że umowa o zakazie konkurencji nie byłaby uzasadniona. Strony stwierdziły, że na podstawie dokonanej oceny oraz jej wyników klauzula o zakazie konkurencji została „wyczerpana”, ponieważ nie mogą z niej wypływać żadne inne zobowiązania.
- (18) W przeciwieństwie do argumentów stron, w decyzji uznaje się, że ze względu na samo sformułowanie (które jednoznacznie wskazuje na zakaz konkurowania), jej kontekst ekonomiczny i prawny (tj. zliberalizowane rynki łączności elektronicznej) oraz postępowanie stron (w tym np. fakt iż usunęły one klauzulę dopiero w dniu 4 lutego 2011 r. na podstawie porozumienia, w którym przedstawiono powody usunięcia klauzuli, lecz nie wspomniano o przeprowadzeniu oceny własnej ani obowiązku jej przeprowadzenia) klauzula o zakazie konkurencji stanowi naruszenie ze względu na cel art. 101 ust. 1 TFUE. W decyzji dogłębnie bada się w szczególności dowody przedstawione przez strony odnośnie do treści i wyników konferencji telefonicznych przeprowadzonych w dniach 26 i 29 października 2010 r. Komisja uznaje te dowody za niewystarczające i uważa, że inne dowody stanowiące część akt Komisji im zaprzeczają.
- (19) Ponadto w decyzji uznaje się, iż klauzula o zakazie konkurencji nie może być uznana za dodatkową w stosunku do transakcji Vivo, ponieważ zakazu konkurowania obejmującego cały Półwysep Iberyjski nie można w żadnym razie uznać za bezpośrednio powiązany z realizacją umowy o zakupie akcji przedsiębiorstwa Vivo w Brazylii ani za konieczny do realizacji tej umowy. W decyzji uznaje się również, że w momencie podpisania umowy o zakupie akcji nie mogły istnieć żadne uzasadnione wątpliwości co do statusu (dodatkowego lub niedodatkowego) zobowiązania do niekonkurowania pomiędzy stronami, które mogłyby uzasadnić potrzebę przeprowadzenia w związku z tym oceny własnej.
- (20) Przedsiębiorstwa Telefónica i Portugal Telecom twierdziły również, iż klauzula o zakazie konkurencji nie miała wpływu na rynek. W decyzji uznaje się jednak, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku naruszenia ze względu na cel, zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE nie wymaga uwzględnienia skutków umowy.

<sup>(1)</sup> Zalecenie Komisji 2007/879/WE z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 344 z 28.12.2007, s. 65).

(21) W związku z tym, biorąc pod uwagę zakres i rodzaj klauzuli o zakazie konkurencji, w decyzji uznaje się, że Telefónica i Portugal Telecom świadomie porozumiały się co do wyłączenia lub ograniczenia konkurencji na swoich rynkach krajowych. Dlatego też w decyzji uznaje się, że klauzula o zakazie konkurencji jest równoważna z porozumieniem o podziale rynku i tym samym narusza art. 101 ust. 1 TFUE.

(22) W decyzji uznaje się również, iż klauzula o zakazie konkurencji nie spełnia warunków wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, ponieważ strony nie wykazały korzyści pod względem efektywności, jakie mogłaby wywołać klauzula.

#### 3.4. Czas trwania naruszenia

(23) Naruszenie trwało od dnia 27 września 2010 r., kiedy to strony sfinalizowały transakcję Vivo, do dnia 4 lutego 2011 r., kiedy strony postanowiły usunąć klauzulę o zakazie konkurencji.

#### 3.5. Grzywny

(24) W niniejszej sprawie nakłada się grzywny. Obliczenie grzywny dla każdego przedsiębiorstwa jest oparte na wytycznych w sprawie grzywien z 2006 r.<sup>(1)</sup> Odnosnie do wagi naruszenia, w decyzji bierze się pod uwagę fakt,

iż strony nie utrzymywały klauzuli o zakazie konkurencji w tajemnicy i upubliczniły ją na różne sposoby, również powiadamiając organy regulacyjne Brazylii. Biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, w decyzji uznaje się, iż w celu uzyskania odstraszającego poziomu grzywny proporcjonalne i wystarczające jest wzięcie pod uwagę niskiego odsetka wartości sprzedaży.

(25) Ponadto w decyzji uznaje się okoliczność łagodzącą, tj. fakt, iż strony w krótkim czasie zaprzestały naruszenia. Strony usunęły klauzulę o zakazie konkurencji w dniu 4 lutego 2011 r., tj. jedynie 16 dni po wszczęciu postępowania przez Komisję.

#### 4. CZĘŚĆ NORMATYWNA DECYZJI

(26) Decyzja stanowi, iż Telefónica i Portugal Telecom naruszyły art. 101 TFUE poprzez uczestnictwo w porozumieniu o zakazie konkurencji, ujętej jako klauzula dziewiąta umowy o zakupie akcji, którą strony podpisały dnia 28 lipca 2010 r. Czas trwania naruszenia obejmuje okres od dnia 27 września 2010 r. do dnia 4 lutego 2011 r.

(27) W następstwie naruszenia niniejszą decyzją nakłada się na strony następujące grzywny: a) na przedsiębiorstwo Telefónica: 66 894 000 EUR oraz b) na przedsiębiorstwo Portugal Telecom: 12 290 000 EUR.

---

<sup>(1)</sup> Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na podstawie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1/2003 (Dz.U. C 210 z 1.9.2006, s. 2).