

ROZSUDEK SOUDU (čtvrtého senátu)

2. května 2006^{*}

Ve věci T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, se sídlem v Mnichově (Německo), zastoupená
N. Greenem, QC, a K. Baconem, barrister, jakož i B. Amorym a F. Marchini Camiou,
advokáty,

žalobkyně,

proti

Komisi Evropských společenství, původně zastoupené R. Wainwrightem,
S. Ratingem a P. Oliverem, poté Ě. Gippini Fournierem, P. Hellströmem
a K. Mojzesowicz, jako zmocněnci, s adresou pro účely doručování v Lucemburku,

žalované,

^{*} Jednací jazyk: angličtina.

jejímž předmětem je návrh na zrušení článku 2 a čl. 3 písm. a) rozhodnutí Komise 2004/207/ES ze dne 16. července 2003 v řízení podle článku 81 Smlouvy o ES a článku 53 Smlouvy o EHP (věc COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland a O2 Germany: rámcová dohoda o sdílení sítí) (Úř. věst. L 75, s. 32),

**SOUD PRVNÍHO STUPNĚ
EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ (čtvrtý senát),**

ve složení H. Legal, předseda, P. Mengozzi a I. Wiszniewska-Bialecka, soudci,
vedoucí soudní kanceláře: K. Pocheć, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 7. prosince 2005,

vydává tento

Rozsudek

Skutečnosti předcházející sporu

- ¹ Společnost O2 (Germany) GmbH & Co, OHG (dále jen „O2“), 100% dceřiná společnost společnosti mmO2 plc, původně BT Cellnet Ltd, dříve kontrolovaná společností British Telecommunications plc, provozuje sítě a digitální mobilní telekomunikační služby v Německu, kde vstoupila na trh jako poslední ze čtyř

provozovatelů na základě licence GSM (Global System for Mobile Communications, globální systém pro mobilní komunikaci) 1800 udělené v roce 1997. Společnost O2 dále v srpnu 2000 získala licenci UMTS (Universal Mobile Telecommunications System, univerzální systém pro mobilní telekomunikaci).

- 2 Společnost T-Mobile Deutschland GmbH (dále jen „T-Mobile“), 100% vlastněná společností T-Mobile International AG, která sama je 100% dceřinou společností historického provozovatele Deutsche Telekom AG, je německým provozovatelem sítí a služeb digitálních mobilních telekomunikačních služeb. Společnost T-Mobile, která používá skupinu norem GSM, poskytuje v Německu služby GSM na základě licence GSM 900 a v srpnu 2000 získala licenci UMTS.
- 3 Německá vnitrostátní právní úprava, jakož i licence udělené O2 a T-Mobile stanoví zejména kritéria rozmístění sítě, pokud jde o účinné pokrytí obyvatelstva na základě přesného časového rozvrhu. Uvedené pokrytí mělo dosáhnout 50 % místního obyvatelstva do konce roku 2005.
- 4 Dne 6. února 2002 společnosti O2 a T-Mobile oznámily Komisi rámcovou dohodu ze dne 20. září 2001 o sdílení infrastruktury a národním roamingu pro mobilní telekomunikace GSM třetí generace (dále jen „3G“) na německém trhu, která byla pozměněna dodatečnými dohodami ze dne 20. září 2002, 22. ledna 2003 a 21. května 2003. Společnosti T-Mobile a O2 žádaly o udělení negativního atestu v rámci čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o Evropském hospodářském prostoru (EHP) nebo, při jeho neudělení, o výjimku v souladu s čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP.
- 5 Německý poštovní a telekomunikační regulační úřad dne 7. prosince 2001 shledal, že dohoda je v souladu s vnitrostátní právní úpravou.

- 6 Komise přijala dne 16. července 2003 rozhodnutí 2004/207/ES ze dne 16. července 2003 v řízení podle článku 81 Smlouvy o ES a článku 53 Dohody o EHP (věc COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland a O2 Germany: rámcová dohoda o sdílení sítí) (Úř. věst. L 75, s. 32; dále jen „rozhodnutí“). V něm dospěla k závěru, že není žádný důvod k zahájení řízení podle čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP ve vztahu k ustanovením dohody o sdílení stanovišť (článek 1). Komise dále v souladu s čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP prohlásila, že se čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP nevztahuje na ustanovení dohody o roamingu v obdobích, která určila (články 2 a 3).
- 7 Po uvedení právního a skutkového kontextu nedávného vývoje mobilních komunikací v Evropské unii charakterizovaného na sebe navzájem navazujícími generacemi technologií, rozhodnutí uvádí, že cílem dohody je zejména rozšíření zeměpisného pokrytí, jakož i nejrychlejší rozmístění sítě a služeb 3G a že předpokládá spolupráci mezi stranami při sdílení stanovišť, sdílení rádiové přístupové sítě (RAN) a národního roamingu (bod 24 odůvodnění). Rozhodnutí dodává, že dohoda upřesňuje, že zůstane v platnosti do 31. prosince 2011 a v zásadě bude prodloužena o dva roky (bod 43 odůvodnění).
- 8 Rozhodnutí uvádí, že sdílení sítě 3G zahrnuje více stupňů, vzestupně tedy sdílení stanovišť, sdílení základnových stanic (stanice Node B) a antén, sdílení řídicích jednotek rádiové sítě (RNC: Radio Network Controllers), sdílení páteřní sítě a sdílení frekvencí (body 12 a 15 odůvodnění).
- 9 Rozhodnutí upřesňuje, že RAN zahrnuje stanoviště se stožáry nebo anténami, stanoviště pro podporu a dodávky elektřiny, jakož i antény, kombinační obvody a přenašeče spojení, stanice Node B a řídicí jednotky rádiové sítě (bod 13 odůvodnění).

- 10 Rozhodnutí uvádí, že národní roaming dotyčným provozovatelům umožňuje užívat síť ostatních provozovatelů za účelem poskytování služeb vlastním zákazníkům bez sdílení jakéhokoli prvku sítě (bod 16 odůvodnění).
- 11 Rozhodnutí upřesňuje, že národní roaming stanovený dohodou zahrnuje jednak roaming společnosti O2 v síti společnosti T-Mobile v zóně podléhající povinnému 50% pokrytí obyvatelstva, a jednak reciproční roaming mimo uvedenou zónu (body 4.3.1 a 4.3.2).
- 12 Ohledně relevantního výrobního trhu je Komise toho názoru, že v dotčeném odvětví telekomunikací jsou hlavními trhy přístupu k sítím a trhy služeb dotčenými dohodou jednak trh se stanovišti a infrastrukturou stanovišť za účelem vybavení digitální mobilní radiokomunikace, a jednak trh velkoobchodního přístupu k národnímu roamingu pro komunikační služby 3G. Dodává, že nepřímo jsou dotčeny dva další trhy, tedy trh velkoobchodního přístupu ke službám 3G, jakož i navazující maloobchodní trh se službami 3G (bod 46 odůvodnění).
- 13 Komise je toho názoru, že dotčené zeměpisné trhy mají národní rozměr a zahrnují celé německé území (body 60, 64 a 72 odůvodnění).
- 14 Pokud jde o strukturu trhu, Komise přezkoumává zejména velkoobchodní přístup k národnímu roamingu pro komunikační služby 3G a maloobchodní služby 3G.

- 15 Komise je toho názoru, že T-Mobile drží 100% podíl na trhu velkoobchodního přístupu k národnímu roamingu mobilních telekomunikací druhé generace (dále jen „2G“) v Německu a že pro národní roaming 3G jsou hlavními potenciálními nebo skutečnými soutěžiteli na velkoobchodních trzích přístupu a služeb další dva držitelé licencí, kteří plánují rozmístění sítí a služeb 3G v Německu, tedy D2 Vodafone a E-Plus.
- 16 Pokud jde o trhy maloobchodních služeb 3G je Komise toho názoru, že hlavními soutěžiteli jsou D2 Vodafone a E-Plus, jakož i potenciální poskytovatelé služeb, jako jsou Mobilcom a Debitel, a to na základě dostupných údajů týkajících se situace maloobchodních služeb 2G, u kterých byly podíly na trhu v roce 2002 odhadovány na 41,7 % pro T-Mobile, 38,3 % pro D2 Vodafone, 12,2 % pro E-Plus a 7,8 % pro O2 (body odůvodnění 74 až 77).
- 17 Podle rozhodnutí je oznámená dohoda horizontální dohodou o spolupráci mezi dvěma soutěžiteli, která rovněž zahrnuje určité vertikální aspekty. Nemá za cíl omezit hospodářskou soutěž, ale mohla by mít takový účinek v rozsahu, v němž strany dohody jsou soutěžiteli na dotčených trzích (bod 92 odůvodnění).
- 18 Komise se domnívá, že sdílení stanovíšť a výměny informací, které dohoda zavádí, nevedou k omezení hospodářské soutěže (body 95 až 103 odůvodnění a článek 1). Sdílení RAN nebylo v okamžiku přijetí rozhodnutí předpokládáno, a nebylo tedy přezkoumáno (bod 104 odůvodnění).
- 19 Komise je naopak toho názoru, že národní roaming mezi provozovateli, kteří jsou držitelé licence, která jim umožňuje rozmístit a provozovat vlastní digitální mobilní sítě, svou definicí omezuje hospodářskou soutěž mezi těmito provozovateli, pokud jde o její klíčové parametry (bod 107 odůvodnění).

- 20 Komise se především domnívá, že roaming má účinky na velkoobchodní trh. Uvádí, že jde o omezení hospodářské soutěže, jednak ohledně rozsahu a rychlosti pokrytí, neboť provozovatel roamingu podle Komise dostatečně nebuduje vlastní síť, a jednak ohledně kvality a rychlosti přenosu sítí, protože provozovatel roamingu je závislý na technických a obchodních rozhodnutích učiněných provozovatelem navštívené sítě. Dále velkoobchodní tarifní sazby účtované provozovatelem roamingu příjemcům jeho služeb závisejí na velkoobchodních cenách placených navštívenému provozovateli. Omezující účinky jsou závažnější v zónách, kde je rozmístění paralelních konkurenčních sítí z hospodářského hlediska zjevně životaschopné, zejména v centrálních městských zónách. Komise se domnívá, že účinek omezující hospodářskou soutěž je citelný, protože se jedná o vznikající trhy, kde existují značné překážky vstupu s ohledem na povinnosti spojené s licencemi a nezbytné investice (body 107 až 110 odůvodnění).
- 21 Dále je Komise názoru, že roaming má omezující účinky na maloobchodní trhy, protože na této úrovni vede k větší uniformitě podmínek pro poskytování dotčených služeb. Navíc existuje riziko, že samotný systém cen dohodnutý mezi stranami povede ke koordinaci maloobchodních cen (body 111 a 112 odůvodnění).
- 22 Komise je rovněž toho názoru, že způsob dalšího prodeje práv přístupu k roamingu provozovatelům mobilních virtuálních sítí (Mobile Virtual Network Operators, dále jen „MVNO“), tedy dalšího prodeje, pro který dohoda ukládá předběžný souhlas druhé strany, spočívající v omezení kategorií zákazníků, omezuje výrobu, a je tedy omezením hospodářské soutěže (body 115 a 116 odůvodnění).
- 23 Komise se naopak domnívá, že ohledně ostatních ustanovení dohody týkajících se roamingu povinnost minimálních nákupů společnosti O2 od společnosti T-Mobile není dalším omezením hospodářské soutěže (body odůvodnění 113 a 114) a že omezení dalšího prodeje práv přístupu k roamingu jiným provozovatelům sítí, kteří

jsou držiteli licence, jakož i výměny informací spojených s roamingem, nejsou omezením hospodářské soutěže (body 117, 118 a 119 odůvodnění).

- 24 Komise je dále toho názoru, že dohoda má účinky na obchod mezi členskými státy EHP (bod 120 odůvodnění).
- 25 Komise dále přezkouvává dohodu s ohledem na podmínky pro udělení výjimky uvedené v čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP.
- 26 Zprv je Komise toho názoru, že dohoda přispívá ke zlepšení výroby a distribuce dotčených služeb, jakož i k podpoře technického a hospodářského rozvoje.
- 27 Pokud jde o roaming v zóně 50% pokrytí obyvatelstva, rozhodnutí uvádí, že O2 bude moci od počátku, během fáze rozmístování, nabízet pro své služby lepší pokrytí, lepší kvalitu a vyšší rychlost přenosu, v hospodářské soutěži s ostatními poskytovateli velkoobchodních i maloobchodních služeb 3G, než by mohla učinit jako samostatný provozovatel (body 123 a 124 odůvodnění).
- 28 Pokud jde o roaming mimo zónu 50% pokrytí obyvatelstva, rozhodnutí uvádí, že O2 by se mohla stát soutěžitelem nabízejícím národní pokrytí na maloobchodních trzích 3G, zatímco bez dohody by pravděpodobně nebyla schopna splnit povinnost pokrytí uloženou její licencí v dotčené zóně (bod 126 odůvodnění). Prodej MVNO práv přístupu k roamingu podporuje hospodářskou soutěž na trhu národního roamingu 3G, na velkoobchodním trhu doby připojení, jakož i na maloobchodních trzích

(bod 127 odůvodnění). Dále dohoda umožňuje stranám, zejména T-Mobile, užívat intenzivněji, a tedy účinněji, jejich sítě, zvláště v méně obydlených zónách (bod 128 odůvodnění).

- 29 Zadruhé Komise uvádí, že pozitivní účinek národního roamingu 3G na soutěžní postavení O2 zlepšil hospodářskou soutěž na trzích digitálních mobilních komunikačních sítí a služeb, že soutěžitelé budou podněcováni k zavádění nových služeb na trhu a že budou pod větším tlakem na snížení cen. Dále uvádí, že úspory nákladů plynoucí ze zvýšené hospodářské soutěže na maloobchodním trhu budou pravděpodobně přeneseny na uživatele (body 129 a 130 odůvodnění).
- 30 Zatřetí je Komise toho názoru, že s ohledem na slabší postavení O2 na trhu jsou ustanovení dohody nebytná a přiměřená k tomu, aby zajistila uvedené výhody (body 131 až 133 odůvodnění). Omezení dalšího prodeje práv přístupu k roamingu MVNO poskytující hlasové služby se jí zdá jednak nezbytné, aby dohoda mohla působit příznivě, a jednak přiměřené, protože je omezena na hlasové služby (body 134 až 136 odůvodnění).
- 31 Začtvrté se Komise domnívá, že dohoda zvyšuje hospodářskou soutěž mezi čtyřmi provozovateli sítí a služeb 3G, kteří jsou držiteli licence a kteří zamýšlejí rozmístit sítě 3G v Německu, jakož i mezi poskytovateli služeb a MVNO (s výjimkou hlasových služeb). Rovněž umožňuje účinnou hospodářskou soutěž mezi stranami dohody, neboť provozovatel domácí sítě kontroluje vlastní páteřní síť, a může tedy nabízet různé služby (body 137 a 138 odůvodnění). Dále se uvádí, že provozovatel domácí sítě je odpovědný za určování cen a účtování a že strany používají různé zásady účtování (bod 140 odůvodnění). Komise je nakonec toho názoru, že částečné vyloučení hospodářské soutěže ze strany MVNO je z větší části kompenzováno celkově příznivými účinky dohody na hospodářskou soutěž (bod 142 odůvodnění).

32 Závěrem se Komise rozhodla, poté co uvedla, že pravděpodobné omezující účinky nelze posoudit v rozmezí období delšího než pět let (bod 144 odůvodnění):

- nezahájit řízení podle čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP, pokud jde o ustanovení dohody týkající se sdílení stanovišť, výměn informací nezbytných pro sdílení stanovišť a omezení dalšího prodeje [práv přístupu k] národnímu roamingu ostatním provozovatelům sítí, kteří jsou držiteli licence (článek 1);
- udělit výjimku v souladu s čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP ve vztahu k ustanovením dohody týkajícím se poskytování národního roamingu 3G společností T-Mobile společnosti O2 v zóně podléhající povinnému 50% pokrytí místního obyvatelstva do 31. prosince 2005, pro následující období:
 - od 6. února 2002 do 31. prosince 2005 pro města v zóně zahrnující hlavně městské regiony (zóna 1), kromě podzemních zón;
 - od 6. února 2002 do 31. prosince 2007 pro regiony v zóně zahrnující malé městské regiony druhotného obchodního významu (zóna 2), kromě podzemních zón;
 - od 6. února 2002 do 31. prosince 2008 pro regiony v zóně zahrnující malé městské regiony menšího obchodního významu (zóna 3), jakož i veškeré podzemní zóny měst a regionů v zónách 1, 2 a 3 (článek 2).

- 33 Komise rovněž uděluje výjimku ve vztahu k období od 6. února 2002 do 31. prosince 2008 pro poskytování národního roamingu 3G společnostmi T-Mobile a O2 mimo zónu podléhající povinnému 50% pokrytí místního obyvatelstva do 31. prosince 2005, jak je definována dohodou [čl. 3 písm. a) rozhodnutí], jakož i pro omezení dalšího prodeje práv přístupu k národnímu roamingu 3G určitým MVNO stanovené dohodou [čl. 3 písm. b) rozhodnutí].

Řízení a návrhová žádání účastníků řízení

- 34 Návrhem došlým kanceláři Soudu prvního stupně dne 25. září 2003 podala společnost O2 projednávanou žalobu.
- 35 Na základě zprávy soudce zpravodaje se Soud rozhodl zahájit ústní část řízení tím, že nejprve provedl organizační procesní opatření.
- 36 Organizačním procesním opatřením oznámeným dne 26. října 2005 Soud jednak požádal Komisi o upřesnění odůvodnění vycházejícího z předpisů, judikatury, hospodářské analýzy a její doktríny, posouzení uvedeného v bodě odůvodnění 107 rozhodnutí, podle kterého „[n]árodní roaming [...] svou definicí omezuje hospodářskou soutěž“, a jednak požádal společnost O2 o upřesnění dopadu rychlejšího rozmístění její sítě na povinnosti nákupu práv přístupu k roamingu stanovené dohodou a o poskytnutí informací o zvlátnostech jejího systému cen.
- 37 Žalobkyně a Komise odpověděly na uvedené otázky dopisy zaregistrovanými dne 24. listopadu 2005.

38 Na jednání konaném dne 7. prosince 2005 byly vyslechnuty řeči účastníků řízení a jejich odpovědi na otázky Soudu.

39 Společnost O2 navrhuje, aby Soud:

- zrušil článek 2 a čl. 3 písm. a) rozhodnutí Komise 2004/207/ES ze dne 16. července 2003 v řízení podle článku 81 Smlouvy o ES a článku 53 Dohody o EHP (věc COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland a O2 Germany: rámcová dohoda o sdílení sítí);
- uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

40 Komise navrhuje, aby Soud:

- zamítl žalobu;
- uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

1. K přípustnosti a rozsahu návrhového žádání směřujícího ke zrušení

Argumenty účastníků řízení

41 Úvodem Komise uvádí, že rozhodnutí rozlišuje horizontální aspekty dohody a vertikální aspekty dohody a že žalobkyně uvedené rozlišení nedodržuje

a provádí nepřesný výklad judikatury a svého smluvního vztahu se společností T-Mobile. Klade si v tomto ohledu otázku, zda má společnost O2 právní zájem na podání žaloby, neboť žalobkyně navrhuje zrušení článku 2 a čl. 3 písm. a) rozhodnutí, které se týkají horizontálních aspektů dohody, a nikoli zrušení čl. 3 písm. b), který se týká vertikálních aspektů. Žalobkyně tím podle Komise připouští, že tato část dohody podléhá zákazu uvedenému v čl. 81 odst. 1 ES a vyžaduje výjimku.

42 Komise dále na jednání vyjádřila pochybnosti o právním zájmu žalobkyně podat žalobu z důvodu, že rozhodnutí, které uděluje společnosti O2 výjimku, která je závazná vůči vnitrostátním orgánům i soudům, poskytuje společnosti O2 právní jistotu, kterou by v případě zrušení ztratila, neboť Komise by nemohla přijmout nové rozhodnutí, jelikož nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy (Úř. věst. L 1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205) ukončilo systém předběžného oznamování dohod za účelem získání výjimky.

43 Společnost O2 uplatňuje, že Komise nevznáší odůvodněnou námitku, zejména z pohledu přípustnosti její žaloby, a že napadené části rozhodnutí mají závazné právní účinky, a mohou být tedy předmětem žaloby na neplatnost.

Závěry Soudu

44 Z rozhodnutí vyplývá, že O2 a T-Mobile oznámily dne 6. února 2002 Komisi dohodu obsahující dvě hlavní části, tedy sdílení stanovišť a národní roaming, s předpokládanou dobou platnosti do roku 2011 a automatickým prodloužením o dva roky, s cílem získat negativní atest nebo, v případě jeho nevydání, výjimku, a že Komise udělila negativní atest ohledně první části a ohledně druhé udělila výjimku s platností do roku 2008. Z oznámení dále vyplývá, že strany dohody jsou toho

názoru, že dohoda nemá ani za cíl, ani za účinek omezení hospodářské soutěže a že o výjimku žádají pouze podpůrně. Dále, O2 na jednání uplatňovala, že časová omezení, na jejichž začlenění do dohody se na žádost Komise dohodla s T-Mobile a bez kterých by nemohla získat výjimku, jim způsobují praktické problémy spojené s dodržováním takto stanovených lhůt.

45 Je namístě uvést jednak, že rozhodnutí, které je určeno společnosti O2, jí vyhovuje pouze částečně vzhledem ke znění oznámení, a jednak, že žalobkyně se domáhá částečného zrušení v rozsahu, v němž Komise nepovažovala ustanovení čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP za nepoužitelná na oznámenou dohodu, z důvodu, že dohoda neomezovala hospodářskou soutěž a neudělila původně požadovaný negativní atest. Rovněž je třeba poznamenat, že rozhodnutí, kterým byl přijat závazný časový rozvrh týkající se udělené výjimky, je takové povahy, že může ovlivnit zájmy žalobkyně v důsledku závazných právních účinků, které vyvolává.

46 Projednávaná žaloba, která ve skutečnosti směřuje ke zrušení napadených ustanovení pouze v rozsahu, v němž předpokládají, že dotčená smluvní ustanovení spadají do oblasti působnosti čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP, je tedy přípustná (viz v tomto smyslu rozsudek Soudu ze dne 18. září 2001, M6 a další v. Komise, T-112/99, Recueil, s. II-2459, body 36 až 40 a 44).

47 Tuto úvahu nevyvrací argument Komise, podle kterého by případné zrušení napadených ustanovení rozhodnutí Soudem postavilo společnost O2 do situace právní nejistoty v rozsahu, v němž by nemohlo být přijato nové rozhodnutí o oznámení, neboť tento postup stanovený nařízením Rady č. 17 ze dne 6. února 1962, první nařízení, kterým se provádějí články 85 a 86 Smlouvy (Úř. věst 1962, 13, s. 204; Zvl. vyd. 08/01, s. 3), již podle nařízení č. 1/2003, které je nadále použitelné, neexistuje.

- 48 Komise by totiž v případě takového zrušení s retroaktivním účinkem, který se s ním pojí, musela opět vydat rozhodnutí o ustanoveních oznámené dohody dotčených uvedeným zrušením a rozhodnout zejména o žádosti o negativní atest k datu oznámení, a provést tedy svůj přezkum v rámci nařízení č. 17/62 (viz v tomto smyslu rozsudek Soudního dvora ze dne 12. listopadu 1998, Španělsko v. Komise, C-415/96, Recueil, s. I-6993, bod 31). Skutečnost, že nařízení č. 1/2003, které nyní upravuje provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených články 81 ES a 82 ES, zrušilo dříve existující postup oznamování, by rovněž neměla žádné důsledky pro vykonatelnost rozsudku, který vyhovuje návrhu žalobkyně na zrušení.
- 49 Dále, případné opodstatněné částečné zrušení rozhodnutí, jak žádá žalobkyně, na základě zjištění protiprávnosti, které se Komise dopustila v den přijetí rozhodnutí tím, že odmítla udělit negativní atest všem oznámeným smluvním ustanovením, by nesnížilo právní jistotu žalobkyně, ale posílilo by ji v rozsahu, v němž by z odůvodnění takového zrušujícího rozsudku vyplývalo, že sporná ustanovení dohody týkající se národního roamingu nepodléhají zákazu stanovenému v čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP.

2. K věci samé

Úvodní poznámky

- 50 Žalobkyně ve své žalobě uplatňuje, že Komise se dopustila právního pochybení tím, že došla k závěru, že dohoda omezuje hospodářskou soutěž, neboť jednak neobsahuje žádné omezení hospodářské soutěže, a jednak údajné omezení nevyplyvá z dohody. Dodává, že „úvahy Komise o těchto otázkách nejsou dostatečně odůvodněné, což je v rozporu s povinností odůvodnění obsaženou v článku 253 ES“.

- 51 Posledně uvedený žalobní důvod je třeba bez ohledu na jeho doslovné znění chápat tak, že směřuje ke zpochybnění nedostatečně důkladného charakteru přezkumu, na základě kterého Komise došla k závěru, že dohoda omezuje hospodářskou soutěž, ale nicméně může být předmětem výjimky, což je otázka opodstatněnosti rozhodnutí, a nikoli otázka odůvodnění napadeného aktu týkající se vnější legality. Jak písemná vyjádření, tak ústní část řízení se totiž týkaly výhradně věcných otázek, které byly vzneseny v rámci sporu, a O2 navíc v rámci svého odvolání se na článek 253 ES nepředložila žádné upřesnění umožňující určit body rozhodnutí dotčené údajným nedostatkem odůvodnění.
- 52 Uvedený žalobní důvod je následně třeba spojit se dvěma věcnými žalobními důvody uvedenými společností O2 na podporu její žaloby, které vycházejí z právních pochybení, jichž se dopustila Komise ohledně národního roamingu organizovaného dohodou. Žalobkyně zaprvé tvrdí, že Komise neprávem došla k závěru, že dohoda vedla k omezení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP. Komise, která připustila, že dohoda neměla protisoutěžní cíl, provedla pouze částečnou analýzu situace hospodářské soutěže, neboť nepřezkoumala tuto situaci v případě, že by dohoda neexistovala, čímž popřela ustálenou judikaturu. Zadruhé údajné omezení nevyplývalo z dohody ve smyslu uvedených ustanovení, ale z jednostranných úkonů žalobkyně.

K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z neexistence omezení hospodářské soutěže a nedostatečné analýzy situace hospodářské soutěže

Argumenty účastníků řízení

- 53 Společnost O2 uvádí, že zatímco bylo připuštěno, že dohoda neměla protisoutěžní cíl, Komise nepřistoupila k analýze skutečných účinků dohody na hospodářskou soutěž, zejména, že nepřezkoumala, jaké by byly podmínky hospodářské soutěže

v případě neexistence dohody. Přitom takový souhrnný přezkum je podle ustálené judikatury obecně nezbytný ve vztahu ke každé dohodě, horizontální či vertikální, jak navíc uvádí Komise v pokynech o použitelnosti článku 81 Smlouvy o ES na dohody o horizontální spolupráci (Úř. věst. 2001, C 3, s. 2). Závěry Komise se nezakládají ani na analýze relevantních skutečností týkajících se relevantního trhu.

54 Společnost O2 uplatňuje, že odůvodnění Komise se zakládá na v zásadě nesprávném názoru, podle kterého je národní roaming jako takový omezením hospodářské soutěže, neboť dohoda umožňuje společnosti O2 nákup velkoobchodních služeb od společnosti T-Mobile, spíše než by tyto služby sama poskytovala. Komise se omezila na tvrzení, že závislost společnosti O2 na síti společnosti T-Mobile je omezením hospodářské soutěže, aniž by to prokázala nebo provedla hospodářskou analýzu požadovanou čl. 81 odst. 1 ES.

55 Komise tak činí obecná tvrzení, jimž odporují sama zjištění v jejím rozhodnutí, v němž uznala, že dohoda, která zdaleka neomezuje hospodářskou soutěž, je pro ni příznivá (body 122 až 142 odůvodnění rozhodnutí). Závěry Komise jsou dále v rozporu s judikaturou a se správní praxí.

56 Společnost O2 v tomto ohledu uvádí, že dohoda má pozitivní účinky na hospodářskou soutěž – jak připouští rozhodnutí – pokud jde o pokrytí obyvatelstva, kvalitu poskytovaných služeb, rychlost přenosu a cenu. Žalobkyně zdůrazňuje, že v případě neexistence dohody by její soutěžní postavení bylo oslabeno a pravděpodobně by nebyla schopna ve stanovených lhůtách zajistit pokrytí obyvatelstva požadované pro služby 3G, s čímž Komise ve svém rozhodnutí souhlasila.

- 57 Žalobkyně ještě uplatňuje, že dohoda je nezbytná a nevyhnutelná k tomu, aby jí ve dvou zónách roamingu, které rozlišuje, umožnila stát se konkurenceschopným provozovatelem, schopným nabízet kvalitní pokrytí a služby na trhu mobilních telekomunikací 3G. Dohoda tím, že umožnila společnosti O2 doplnit její kapacitu pokrytí obyvatelstva, podpořila míru proniknutí této společnosti na trh, a tím hospodářskou soutěž.
- 58 Společnost O2 rovněž uvádí, že roaming nemá negativní účinek, pokud jde o produkci, inovaci, rozmanitost a kvalitu služeb, což připustila také Komise.
- 59 Ohledně účinků na cenu žalobkyně uplatňuje, že skutečnost, že její velkoobchodní ceny v určitém rozsahu závisejí na cenách účtovaných společností T-Mobile, není omezením hospodářské soutěže, neboť v této situaci se nacházejí všechny podniky, které ve vztahu k určitým produktům nebo službám využívají dodavatele. Dále riziko koordinace nebo koluze v otázce cen, předvídané v rozhodnutí, které je čistě spekulativní, není podloženo žádným důkazem či analýzou.
- 60 Komise uvádí, že argumentace žalobkyně týkající se přezkumu situace hospodářské soutěže v případě neexistence dohody vede k použití pravidla rozumného uvážení na ustanovení čl. 81 odst. 1 ES, a to v rozporu s judikaturou. Žalovaná uvádí, že ohledně dohody o horizontální spolupráci a v souladu se svými pokyny, Komise nejprve přezkoumala dopad dohody na hospodářskou soutěž s ohledem na čl. 81 odst. 1 ES tím, že přezkoumala skutečná i potenciální omezení hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, a poté vyhodnotila prosoutěžní a protisoutěžní účinky těchto omezení v rámci posouzení podle čl. 81 odst. 3 ES.

- 61 Komise uplatňuje, že roaming, jak jej předvídá dohoda, se dotýká hospodářské soutěže mezi provozovateli sítí, což má zvláštní dopad na hospodářskou soutěž na trzích mobilní telefonie. Uvádí, že v projednávaném případě dohoda uzavřená mezi dvěma soutěžiteli může ovlivnit jejich chování ohledně klíčových prvků hospodářské soutěže.
- 62 Žalovaná uvádí, že ačkoli O2 a T-Mobile mohou obě dvě vybudovat vlastní síť a nabízet služby 3G, dohoda má za cíl umožnit žalobkyni částečně zpomalit, nebo dokonce omezit, rozmístování její sítě, a tedy snížit její náklady na infrastrukturu. Závislost sítě společnosti O2 na síti společnosti T-Mobile vyplývající z dohody nutně ovlivní jednak hospodářskou soutěž v zónách, kde je rozmístěna síť O2, a jednak plánování budoucího rozmístování této sítě. V tomto ohledu roaming, na rozdíl od jiných forem spolupráce, jako je sdílení stanovišť nebo přístupových rádiových sítí, zcela narušuje hospodářskou soutěž na národních trzích mobilních komunikací.
- 63 Roaming tak omezuje hospodářskou soutěž, pokud jde o pokrytí, neboť O2 je závislá na T-Mobile právě tak v městských, jako venkovských zónách. Žalobkyně je rovněž závislá na společnosti T-Mobile, pokud jde o kvalitu a rychlost přenosu dat, ačkoli dohoda ještě ponechává určitý prostor pro hospodářskou soutěž. Konečně, cena účtovaná společností O2 se odvíjí od velkoobchodní ceny placené společností T-Mobile. V tomto ohledu Komise uplatňuje, že žalobkyně tím, že tvrdí, že toto cenové omezení se týká pouze 10 % telekomunikací 3G, snižuje význam služeb paketového přenosu dat, což je hlavním znakem služeb mobilních telekomunikací 3G.
- 64 Komise tvrdí, že své posouzení založila na informacích poskytnutých stranami dohody, zejména pokud jde o tarifaci roamingu, užívání sítě společnosti T-Mobile

společností O2 a konkurenceschopnost O2. Uplatňuje, že rozhodnutí je v souladu jednak s jejím obecným názorem vůči omezující povaze roamingu, který sdílí více národních regulačních orgánů, a jednak s názorem přijatým v dřívějším rozhodnutí týkajícím se britského trhu.

Závěry Soudu

- 65 Spor vznáší zásadní otázku, zda Komise při přezkumu oznámené dohody s ohledem na ustanovení čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP legálně odůvodnila své posouzení, podle kterého dohoda omezuje hospodářskou soutěž, a zda za účelem tohoto posouzení provedla analýzu požadovanou uvedenými ustanoveními, jak jsou vykládána judikaturou. Podle žalobkyně byla totiž Komise zásadního názoru, že národní roaming jako takový omezuje hospodářskou soutěž, a nepřezkoumala situaci v případě neexistence dohody, zatímco podle žalované ji kritika žalobkyně nutí použít pravidlo rozumného uvážení na ustanovení čl. 81 odst. 1 ES v rozporu s judikaturou.
- 66 Za účelem posouzení slučitelnosti dohody se společným trhem s ohledem na zákaz uvedený v čl. 81 odst. 1 ES je třeba přezkoumat hospodářský a právní kontext, v němž byla dohoda uzavřena (rozsudek Soudního dvora ze dne 25. listopadu 1971, *Béguelin Import*, 22/71, Recueil, s. 949, bod 13), její cíl, účinky, jakož i dopad dohody na obchod v rámci Společenství, se zohledněním zejména hospodářského kontextu, v němž podniky působí, výrobků či služeb, na které se tato dohoda vztahuje, jakož i struktury a skutečných podmínek fungování dotčeného trhu (rozsudek Soudního dvora ze dne 12. prosince 1995, *H. G. Oude Luttikhuis a další*, C-399/93, Recueil, s. I-4515, bod 10).

- 67 Tato metoda analýzy je obecně použitelná a není vyhrazena jedné kategorii dohod (viz ohledně různých typů dohod, rozsudky Soudního dvora ze dne 30. července 1966, *Société minière et technique*, 56/65, Recueil, s. 337, s. 359–360, a ze dne 15. prosince 1994, *DLG*, C-250/92, Recueil, s. I-5641, bod 31, a rozsudky Soudu prvního stupně ze dne 27. října 1994, *John Deere v. Komise*, T-35/92, Recueil, s. II-957, body 51 a 52, a ze dne 15. září 1998, *European Night Services a další v. Komise*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 a T-388/94, Recueil, s. II-3141, body 136 a 137).
- 68 Dále v případě, jako je projednáváný případ, kde bylo připuštěno, že dohoda nemá protisoutěžní cíl, je třeba přezkoumat účinky dohody, a aby tato dohoda podléhala zákazu, musí existovat skutečnosti prokazující, že hospodářská soutěž byla ve značné míře buď vyloučena, nebo omezena či narušena. Danou hospodářskou soutěž je třeba chápat ve skutečném kontextu, v němž by k ní došlo, pokud by neexistovala sporná dohoda, přičemž narušení hospodářské soutěže lze zpochybnit zejména tehdy, pokud se dohoda zdá být opravdu nezbytná k proniknutí podniku do zóny, kde nepůsobí (výše uvedený rozsudek Soudního dvora *Société minière et technique*, s. 359–360).
- 69 Taková metoda analýzy, zejména pokud jde o zohlednění situace hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, nevede k vyhodnocení prosoutěžních a protisoutěžních účinků dohody, a tedy k použití pravidla rozumného uvážení, jehož použití v rámci čl. 81 odst. 1 ES soud Společenství nepřipustil (rozsudek Soudního dvora ze dne 8. července 1999, *Montecatini v. Komise*, C-235/92 P, Recueil, s. 4539, bod 132, a rozsudky Soudu prvního stupně ze dne 18. září 2001, *M6 a další v. Komise*, výše uvedený, body 72 až 77, a ze dne 23. října 2002, *Van den Bergh Foods v. Komise*, T-65/98, Recueil, s. II-4653, body 106 a 107).
- 70 V tomto ohledu tvrdit, jak činí žalobkyně, že Komise provedla pouze částečnou analýzu, neboť nepřezkoumala situaci hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, neznamená, že mělo být na úrovni čl. 81 odst. 1 ES provedeno vyhodnocení pozitivních a negativních účinků dohody na hospodářskou soutěž. V rozporu s výkladem argumentů žalobkyně, který činí žalovaná, žalobkyně se dovolává pouze o metody analýzy požadované ustálenou judikaturou.

- 71 Přezkum požadovaný čl. 81 odst. 1 ES totiž sestává v zásadě ze zohlednění dopadu dohody na skutečnou a potenciální hospodářskou soutěž (viz v tomto smyslu rozsudek Soudního dvora ze dne 28. února 1991, *Delimitis*, C-234/89, Recueil, s. I-935, bod 21) a situace v případě neexistence dohody (výše uvedený rozsudek *Société minière et technique*, s. 359–360), přičemž tyto dva aspekty spolu vzájemně souvisí.
- 72 Přezkum hospodářské soutěže v případě neexistence dohody se jeví zvláště nezbytným, pokud jde o právě liberalizované trhy nebo vznikající trhy, jako v případě trhů mobilních komunikací 3G dotčených v této věci, kde může být účinná hospodářská soutěž problematická, například kvůli přítomnosti dominantního provozovatele, koncentrované struktury trhu, nebo existenci významných překážek vstupu na trh – tedy okolnostem v projednávaném případě uvedeným v rozhodnutí.
- 73 Za účelem zohlednění dvou částí, které ve skutečnosti obsahuje tento žalobní důvod, je tedy zaprvé třeba přezkoumat, zda Komise provedla účinný přezkum situace hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, a zadruhé, zda jsou závěry, které vyvodila z přezkumu dopadu dohody na hospodářskou soutěž, dostatečně odůvodněné.

— K přezkumu situace hospodářské soutěže v případě neexistence dohody

- 74 Rozhodnutí nelze vytýkat, že by za účelem provedení analýzy účinků dohody neprovedlo žádné porovnání struktury hospodářské soutěže zavedené dohodou a strukturou hospodářské soutěže, která by existovala v případě neexistence dohody. Naopak, ohledně podmínek provedení porovnání je třeba uvést, že veškerý přezkum účinků dohody je založen na myšlence, že bez ohledu na existenci, či neexistenci dohody oba provozovatelé, společnosti O2 a T-Mobile, byli na

relevantním trhu přítomni a byli v soutěžním postavení. Hypotetická situace, kdy by v případě neexistence dohody společnost O2 mohla být částečně nebo zcela nepřítomna na trhu mobilní telefonie 3G v Německu, nebyla nikdy zohledněna.

- 75 Z rozhodnutí totiž implicitně, ale nezbytně vyplývá, že Komise byla jednak toho názoru, že O2 je v každém případě přítomna na trhu, což je zjevné například z bodu 97 odůvodnění rozhodnutí, z odhadů učiněných ohledně trhu infrastruktury stanovišť 3G na základě údajů týkajících se trhu infrastruktury 2G, a jednak, že nedošlo k omezení hospodářské soutěže, zatímco právě sporná dohoda, následkem národního roamingu, který stanoví, takové omezení zavádí, jak je uvedeno zejména v bodu 107 odůvodnění rozhodnutí.
- 76 Komise na jednání potvrdila, že takový byl skutečně její postup v projednávaném případě. Žalovaná v tomto ohledu uvedla, že žádný důkaz předložený stranami ji nemohl přesvědčit, že uzavření dohody bylo nezbytnou podmínkou pro vstup společnosti O2 na trh 3G, třebaže O2 již byla přítomna na trhu 2G, že žalobkyně jí sdělila svůj úmysl proniknout na trh 3G, a že krom toho Komise zjistila, že držitelé licencí přítomní na trhu 2G zůstávají na trhu.
- 77 Komise, vycházejíc z předpokladu, podle kterého byla společnost O2 přítomna na trhu mobilních komunikací, následně nepovažovala za nutné prozkoumat otázku, zda by v případě neexistence dohody byla společnost O2 přítomna na trhu 3G. Je třeba konstatovat, že tento předpoklad není v rozhodnutí podložen žádnou analýzou ani řádným odůvodněním za účelem prokázání jeho přesnosti, což je zjištění, které navíc žalovaná na jednání musela potvrdit. Vzhledem k chybějícímu přezkumu situace hospodářské soutěže v případě neexistence dohody Komise nemohla právoplatně posoudit, v jakém rozsahu byla dohoda nezbytná k tomu, aby společnost O2 mohla proniknout na trh mobilních komunikací 3G. Komise tedy nesplnila svoji povinnost provést objektivní analýzu dopadu dohody na situaci hospodářské soutěže.

78 Tento nedostatek nelze považovat za nedostatek, který nemá žádné důsledky. Z úvah uvedených v rozhodnutí v rámci analýzy dohody s ohledem na podmínky stanovené čl. 81 odst. 3 ES, pokud jde o možnost udělit výjimku, totiž vyplývá, že i z pohledu Komise bylo málo pravděpodobné, že by společnost O2 byla samostatně, bez dohody schopna od počátku zajistit lepší pokrytí, lepší kvalitu a vyšší rychlost přenosu pro služby 3G, rychle rozmístit síť a začít nabízet služby 3G, proniknout na relevantní velkoobchodní a maloobchodní trhy, tedy být skutečným soutěžitelem (body 122, 123, 124, 126 a 135 odůvodnění). Právě na základě těchto okolností Komise došla k závěru, že dohoda může být předmětem výjimky.

79 Takové úvahy, které v sobě zahrnují nejistotu ohledně situace hospodářské soutěže a zejména ohledně postavení společnosti O2 v případě neexistence dohody, ukazují, že přítomnost společnosti O2 na trhu komunikací 3G nebylo možné považovat za jistou, jak usoudila Komise, a že přezkum v tomto ohledu byl nezbytný nejen pro účely udělení výjimky, ale především pro účely hospodářské analýzy účinků dohody na situaci hospodářské soutěže, což je určující pro použitelnost článku 81 ES.

— K dopadu dohody na hospodářskou soutěž

80 Žalobkyně vytýká Komisi, že přijala zásadní názor vycházející z úvahy, že roaming je jako takový omezením hospodářské soutěže, a že přijala neprokázaná obecná tvrzení, na jejichž základě učinila závěr, že dohoda není slučitelná se společným trhem podle čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP.

- 81 Z rozhodnutí vyplývá, že ohledně účinků národního roamingu na hospodářskou soutěž na velkoobchodních trzích, Komise uvedla, že „[n]árodní roaming mezi provozovateli sítí [...] svou definicí omezuje hospodářskou soutěž mezi těmito provozovateli na všech sousedních trzích se sítěmi, pokud jde o klíčové parametry, například pokrytí, kvalitu a rychlost přenosu“ (bod 107 odůvodnění).
- 82 Komise dále uvádí, že národní roaming „omezuje hospodářskou soutěž ohledně rozsahu a rychlosti budování pokrytí, neboť namísto rozmístění vlastní sítě za účelem dosažení maximálního stupně pokrytí území a obyvatelstva v nejkratších možných lhůtách, provozovatel roamingu využívá pouze stupeň pokrytí dosažený sítí navštíveného provozovatele“. Dodává, že „[n]árodní roaming rovněž omezuje hospodářskou soutěž ohledně kvality sítí a rychlosti přenosu, neboť provozovatel roamingu je omezený kvalitou sítě a rychlostí přenosu, jimiž může disponovat v navštívené síti, které závisí na technických a obchodních rozhodnutích učiněných provozovatelem navštívené sítě“, a že „velkoobchodní cenové tarify, které by [O2] mohla účtovat příjemcům svých síťových služeb a velkoobchodních přístupových služeb, jsou omezeny velkoobchodními cenami, které musí platit společnosti T-Mobile“ (bod 107 odůvodnění).
- 83 Komise upřesňuje, že „[v]zhledem k tomu, že omezuje schopnost společnosti O2 [...] a společnosti T-Mobile účastnit se hospodářské soutěže v oblasti pokrytí, kvality, rychlosti přenosu a velkoobchodních cen, má národní roaming 3G mezi O2 [...] a T-Mobile dopad na hospodářskou soutěž na všech trzích sítí 3G v Německu“ (bod 109 odůvodnění) a že „[n]árodní roaming na úrovni velkoobchodního trhu vede k větší uniformitě podmínek na úrovni maloobchodního trhu, neboť pokrytí, kvalita a rychlost přenosu jsou nepochybně podobné“ (bod 111 odůvodnění).
- 84 Komise je rovněž toho názoru, že „předběžný souhlas druhé strany [dohody] v případě dalšího prodeje kapacity roamingu MVNO, kteří nabízejí služby hlasové

telefonie konečným uživatelům“, je „omezením kategorií zákazníků“ a že „omezuje produkci, a je tedy omezením hospodářské soutěže“ (body 115 a 116 odůvodnění).

85 Z tohoto posouzení vyplývá, že pro Komisi, samotná povaha dohody o roamingu, jako je dohoda uzavřená stranami, zavádí omezení hospodářské soutěže z důvodu závislosti, do které národní roaming staví provozovatele roamingu vůči navštívenému provozovateli. Omezení se projevuje ve třech ohledech: zaprvé v pokrytí sítě, neboť roaming je brzdou rozmisťování sítě provozovatele, který používá síť svého partnera, zadruhé v kvalitě sítě a rychlosti přenosu, neboť provozovatel-uživatel je závislý na technických a obchodních rozhodnutích učiněných navštíveným provozovatelem, a zatřetí v cenách, protože velkoobchodní cenové tarify provozovatele roamingu se odvíjejí od velkoobchodních cen placených navštívenému provozovateli, což je případ v projednávané věci.

86 Přitom takové obecné úvahy, které lze formulovat vůči jakékoli dohodě o národním roamingu, nejsou podloženy žádnou konkrétní skutečností prokazující jejich přesnost v případě dohody uzavřené mezi O2 a T-Mobile.

87 Rozhodnutí zajisté obsahuje v několika bodech odůvodnění informace popisující kontext dohody. Popisuje hospodářský, právní a technický kontext, v němž byla dohoda uzavřena (body 6 až 22 odůvodnění), a vysvětluje strukturu dohody v jejích různých aspektech týkajících se širšího sdílení stanovišť, sdílení RAN a národního roamingu (body 23 až 43 odůvodnění). Rovněž přezkoumává relevantní trhy, tedy velkoobchodní a maloobchodní trhy zboží a služeb, jakož i zeměpisné trhy (body 44 až 72 odůvodnění), a poskytuje informace o struktuře trhu zejména prostřednictvím úvah o skutečných nebo potenciálních soutěžitelích na různých trzích (body 73 až 77 a 96 až 99 odůvodnění).

88 Nicméně tyto informace uvedené z důvodu představení odvětví činnosti, v němž působí dotčené podniky, nijak nevyjasňují posouzení dopadu dohody.

89 Když byla Komise na jednání dotázána nad rámec obecného posouzení povahy národního roamingu, která omezuje hospodářskou soutěž, na otázku, které konkrétní skutečnosti, jež jsou specifické pro dohodu a jsou obsaženy v rozhodnutí, odůvodňují v konkrétním případě toto posouzení, Komise poté, co zdůraznila velmi koncentrovanou povahu dotčeného trhu, který zahrnuje čtyři provozovatele, uvedla dva aspekty, které se nenacházejí ve všech dohodách o roamingu. Jednak zde roaming představuje podstatnou část dohody. Vytváří tak situaci, v níž O2 není povinna rozmístit síť na většině německého území a která má zvláště negativní dopad v centrálních městských zónách, které jsou nejvíce hospodářsky životaschopné. Dále pak mechanismus stanovení velkoobchodních cen zahrnující pevnou část činí cenové tarify účtované společností O2 závislými na cenových tarifech placených společností T-Mobile. Tím, že omezuje rozhodovací prostor společnosti O2 při určování vlastních cen na trhu, uvedený mechanismus omezuje hospodářskou soutěž. Žalovaná dále uvedla, že posouzení obsažené v bodě 107 odůvodnění rozhodnutí je vysvětleno rozhodnutím jako celkem.

90 Je tedy třeba s ohledem na dvě skutečnosti uvedené žalovanou přezkoumat, zda napadené rozhodnutí uvádí omezení hospodářské soutěže, která jsou dohodě vytýkána.

91 Zaprvé, ohledně významu roamingu v dohodě a jeho údajných omezujících účinků v centrálních městských zónách, z rozhodnutí a zejména z bodů 107 a 108 odůvodnění vyplývá, že Komise za účelem svého tvrzení o povaze národního roamingu a v projednávaném případě též dohody, která svou definicí omezuje hospodářskou soutěž, shledala, že její dopad je negativnější v zónách, kde dochází k hospodářské soutěži za podmínek, které jsou hospodářsky životaschopné, zejména v centrálních městských zónách, a že tam tedy není národní roaming odůvodněný.

- 92 Přitom ze spisu vyplývá, že za účelem přizpůsobení smluvního rámce vývoji trhu, zejména pokud jde o národní roaming, strany původní dohodu ze dne 20. září 2001, oznámenou dne 6. února 2002, třikrát pozměnily, a to dne 20. září 2002, dne 22. ledna a dne 21. května 2003. Pozměněná dohoda tak přesně rozlišuje tři typy zón, tedy městské zóny, tzv. zóny druhotného obchodního významu a tzv. zóny menšího obchodního významu, a stanoví, že v městských zónách bude roaming provozován po kratší dobu. Ze struktury dohody, jak ji uvádí rozhodnutí, totiž vyplývá, že práva přístupu k roamingu jsou definována podle zón pokrytí obyvatelstva a že byl stanoven časový rozvrh rušení uvedených práv.
- 93 Rozhodnutí, ač přijato s ohledem na pozměněnou dohodu, nicméně nezahrnuje do přezkumu dohody, ve vztahu k ustanovením čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP dotčeným v tomto případě, konkrétní posouzení údajů o hospodářské soutěži, ačkoli právě ony prostorově a časově formují národní roaming stanovený dohodou. Zejména se zdá, že obecné posouzení omezující povahy roamingu nebylo opodstatněno s ohledem na klíčové parametry, kterými jsou délka trvání dohody, tedy zohlednění časového rozvrhu rušení roamingu stanoveného pro jednotlivé zóny.
- 94 Nicméně Komisi jasně přísluší, aby v analýze slučitelnosti dohody se společným trhem uvedené zohlednila tyto nové skutečnosti vyplývající ze změn učiněných v dohodě v průběhu správního řízení a týkajících se zejména roamingu v městských zónách, i kdyby to případně znamenalo přehodnocení určitých posouzení.
- 95 Účinné zohlednění změn učiněných v dohodě týkajících se roamingu v městských zónách při přezkumu slučitelnosti dohody se společným trhem totiž mohlo přivést Komisi k odlišným závěrům, než ke kterým dospěla v rozhodnutí, zejména pokud

jde o nezbytnost těchto nových skutečností k tomu, aby společnost O2 získala přístup na trh v městských zónách.

- 96 Přitom takové zohlednění podrobných pravidel, podle kterých je národní roaming koncipován v pozměněné dohodě, se v napadeném rozhodnutí objevuje pouze v rámci přezkumu možnosti udělit výjimku ve smyslu ustanovení čl. 81 odst. 3 ES čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP, což nemůže zhojit dříve zjištěné nedostatky. Analýza slučitelnosti dohody se společným trhem a poté, v případě prohlášení dohody za neslučitelnou, analýza možnosti udělit jí výjimku, se provádí v různých krocích, přičemž druhý krok zejména předpokládá, že byla řádně prokázána neslučitelnost dohody v rámci prvního kroku.
- 97 Vysvětlení uvedená Komisí na jednání potvrzují zjištění, podle kterého analýza dohody v rámci ustanovení čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP nezohlednila dotčené změny. Žalovaná totiž uvedla, že jí nelze vytýkat, že neanalyzovala, zda je národní roaming v městských zónách nezbytný pro vstup společnosti O2 na trh, neboť původní oznámená dohoda nepředvíдалa roaming v městských zónách.
- 98 Následně je třeba učinit k tomuto prvnímu bodu závěr, že nepřízpůsobením své analýzy novým údajům ve spisu týkajícím se roamingu v městských zónách, Komise narušila rovněž své posouzení nedostatkem analýzy skutečností, které jí byly předloženy oznamujícími stranami.
- 99 Zadruhé, pokud jde o druhý prvek omezující hospodářskou soutěž, který je podle Komise v dohodě specifický, tedy mechanismus určování cen uvedený výše v bodě 89, údajný omezující účinek nebyl prokázán.

- 100 Jednak, pokud jde o dopad velkoobchodních cen placených společností T-Mobile na velkoobchodní a maloobchodní ceny uplatňované společností O2, je žalobkyně z tohoto hlediska v obdobné situaci, jako jakýkoli podnik vůči svým dodavatelům. Společnost O2, jakož i společnost T-Mobile, jsou obě na vstupu závislé na cenách, které jim účtují dodavatelé zboží a služeb, které využívají, a mohou vést k přenosu těchto nákladů na jejich zákazníky. Mimoto nebyla prokázána údajná cenová závislost. Té dokonce odporují informace uvedené v rozhodnutí, podle kterých mají strany dohody rozdílné zásady tarifikace (bod 140 odůvodnění). Navíc v odpovědi na otázky Soudu uvedené výše v bodě 36 týkající se struktury cen uplatňovaných společností O2, žalobkyně poskytla informace, z nichž vyplývá, že se prostřednictvím zboží a služeb pod různými názvy, různých druhů předplatného a vzorců tarifikace kombinujících více proměnných, snaží odlišit od společnosti T-Mobile.
- 101 Kromě toho, pokud jde o existenci paušální částky placené společností O2 společnosti T-Mobile, je nutné konstatovat, že rozhodnutí neobsahuje analýzu týkající se uvedené povinnosti platit paušální částku. Navíc žalovaná na jednání připustila, že tato otázka nebyla v průběhu správního řízení projednána.
- 102 Z výše uvedeného vyplývá, že obecné posouzení obsažené v bodě 107 odůvodnění rozhodnutí, podle kterého národní roaming omezuje hospodářskou soutěž, protože umožňuje provozovateli roamingu zpomalit rozmístování vlastní sítě a protože jej staví do situace technické a hospodářské závislosti na síti navštíveného provozovatele, není podloženo konkrétními skutečnostmi, které jsou pro dohodu specifické a které jsou uvedeny v rozhodnutí, a navíc svědčí o tom, že nebyly posouzeny učiněné v dohodě týkající se roamingu v městských zónách.
- 103 Ostatně se ani nezdá, že by toto obecné posouzení vyplývalo z ustanovení práva Společenství upravujících odvětví telekomunikací. Jak vyplývá z odpovědi žalované na otázky Soudu uvedené výše v bodě 36, žádá ze směrnic týkajících se odvětví

telekomunikací neupravuje dohody o národním roamingu a jejich slučitelnost se soutěžním právem Společenství, ačkoli takové dohody musí podléhat soutěžnímu právu, zejména ustanovení čl. 81 odst. 1 ES.

¹⁰⁴ Dále, jak uplatňuje žalobkyně, obecné posouzení Komise národního roamingu nebylo provedeno s ohledem na relevantní skutečnosti týkající se trhu, jak je popisuje samotné rozhodnutí.

¹⁰⁵ Podle rozhodnutí, které zevšeobecňuje v dané době dostupné údaje týkající se situace na trhu mobilních telekomunikací 2G, totiž T-Mobile, původně spojená s historickým provozovatelem Deutsche Telekom, pravděpodobně drží podíl, v řádu 100 %, na velkoobchodním trhu národního roamingu pro telekomunikační služby 3G, který je v projednávané věci relevantní. Rozhodnutí dále upřesňuje, že možnosti vstoupit na uvedený trh na úrovni provozovatelů sítě jsou omezeny kvůli omezenému počtu licencí, jejich ceně a důležitým investicím nezbytným pro infrastrukturu sítě 3G (body 74 a 75 odůvodnění).

¹⁰⁶ Co se týče maloobchodního trhu služeb 3G, rozhodnutí uvádí, že licenci získalo šest provozovatelů, tedy kromě společností T-Mobile a O2, ještě společnosti D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com a Group 3G, přičemž společnost O2 vstoupila na trh jako poslední, a že na maloobchodních trzích jsou čtyři hlavní soutěžitelé. Upřesňuje, že jejich podíly na trhu v oblasti komunikací 2G, což jsou jediné údaje dostupné v okamžiku přijetí rozhodnutí, pokud jde o zákazníky poskytovatelů služeb, byly 41,7 % pro T-Mobile, 38,3 % pro D2 Vodafone, 12,2 % pro E-Plus a 7,8 % pro O2 Germany (body 76 a 77 odůvodnění).

107 Z toho vyplývá, že T-Mobile je hlavním provozovatelem na německém trhu mobilních telekomunikací, ať jde o velkoobchodní, či maloobchodní trhy, a že O2, která vstoupila na německý trh jako poslední provozovatel, je, zdá se, v nejslabším soutěžním postavení. Ačkoli O2 není bez infrastruktury sítě, jak uvádí rozhodnutí (bod 97 odůvodnění), její skromnější podíly na trhu a postavení posledního vstoupivšího provozovatele ji objektivně staví do méně výhodné situace.

108 Závislost vytýkaná Komisí tedy vyplývá z faktické nerovnosti, přesněji z toho, že dohoda se snaží o rovnováhu tím, že staví společnost O2 do výhodnějšího soutěžního postavení, zatímco její skutečná situace se zdá být nejméně konkurenceschopná vůči ostatním provozovatelům, skutečným nebo potenciálním soutěžitelům, identifikovaným rozhodnutím. Závislost společnosti O2 na síti společnosti T-Mobile je dále koncipována jako prozatímní, protože se má během doby trvání dohody zmenšovat v souladu s časovým rozvrhem rušení práv přístupu k roamingu stanoveným pozměněnými ustanoveními oznámené dohody, která byla Komisi předložena k přezkumu v rámci správního řízení. V tomto bodě rozhodnutí, které neobsahuje žádné konkrétní důkazy, jak bylo uvedeno dříve, neprokazuje omezující účinky dohody na rozmisťování sítě společnosti O2. Komise *a fortiori* neprokázala, jak tvrdí ve svých písemných vyjádřeních, že dohoda směřuje ke zpomalení, nebo dokonce k omezení rozmisťování sítě žalobkyně. Dopisy předložené žalovanou v řízení, zejména dopisy ze dne 4. března a 9. dubna 2003, naopak prokazují, že dohoda směřuje k umožnění ziskového rozmisťování její sítě 3G v souladu s požadavky uloženými její licencí ohledně časového rozvrhu a pokrytí.

109 V projednávaném případě tedy nelze vyloučit, že dohoda o roamingu, která má takovou povahu jako dohoda uzavřená mezi T-Mobile a O2, namísto omezení hospodářské soutěže mezi provozovateli sítě může za určitých podmínek naopak umožnit nejmenšímu provozovateli konkurovat hlavním provozovatelům, jako v tomto případě společnosti T-Mobile i D2-Vodafone na maloobchodním trhu, nebo dokonce dominantním provozovatelům, jako je T-Mobile, na velkoobchodním trhu.

- 110 Přitom tento zvláštní kontext vyplývající ze specifického charakteru vznikajícího relevantního trhu nebyl zohledněn při posouzení slučitelnosti dohody se společným trhem v rámci čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP.
- 111 Naproti tomu, když v rámci ustanovení čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP Komise měla za to, že dohoda je nezbytná a že bez ní by společnost O2 nemohla účinně vstoupit na trh a rozhodla se udělit výjimku, zohlednila tím tento zvláštní kontext.
- 112 Rozhodnutí tedy uvádí, že díky dohodě byla společnost O2 v lepším soutěžním postavení v zóně podléhající povinnému 50% pokrytí místního obyvatelstva do 31. prosince 2005 (bod 123 odůvodnění) a že mimo uvedenou zónu je málo pravděpodobné, že by mohla splnit povinnosti plynoucí z její licence (bod 126 odůvodnění). Rovněž uvádí, že vzhledem k tomu, že společnost O2 je „nejmenším provozovatelem na německém mobilním trhu s malým podílem na trhu 2G (přibližně 8 %), je málo pravděpodobné, že by mohla rychle rozmístit vysoce kvalitní síť pokrývající zónu dostačující k tomu, aby jí umožnila od začátku účinně konkurovat ostatním německým provozovatelům sítí a služeb 3G, kteří jsou držiteli licence a jejichž činnost je dobře zavedená (bod 124 odůvodnění).
- 113 Rozhodnutí dodává v rámci obecnějšího a konečného posouzení, že „roaming společnosti O2 [...] v síti 3G společnosti T-Mobile, v omezeném období a v hlavních městských zónách, je považován za přiměřený a nevyhnutelný, což by nebyl nutně případ provozovatelů se silnějším postavením na trhu“ (bod 133 odůvodnění). Konečně uvádí, že „[k]dyby neměla přístup k národnímu roamingu pro služby 3G v síti společnosti T-Mobile, společnost O2 [...] by byla v průběhu své fáze budování sítě méně úspěšným soutěžitelem a pravděpodobně by neměla možnost proniknout na velkoobchodní a maloobchodní trhy 3G na národní úrovni (nebo v každém případě jako poskytovatel nabízející zeměpisné pokrytí v nejširším možném rozsahu v daném okamžiku)“ (bod 135 odůvodnění).

- 114 Z přezkumu provedeného v rámci čl. 81 odst. 3 ES a čl. 53 odst. 3 Dohody o EHP tedy vyplývá, že s ohledem na zvláštní vlastnosti vznikajících relevantních trhů, soutěžní postavení společnosti O2 na trhu 3G by pravděpodobně bez dohody nebylo zajištěno, nebo by dokonce bylo ohroženo. Toto posouzení potvrzuje, že předpoklady Komise při přezkumu provedeném v rámci čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP, nejsou prokázány.
- 115 Argument uvedený žalovanou na jednání, podle kterého je velký rozdíl mezi nemožností proniknout na trh a možností proniknout na trh s obtížemi, nemůže v žádném případě vyvrátit předcházející zjištění, protože, přesněji, Komise v rozhodnutí objektivně neanalyzovala situaci hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, v rámci čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP.
- 116 Z výše uvedeného vyplývá, že rozhodnutí v rozsahu, v němž se týká použití čl. 81 odst. 1 ES a čl. 53 odst. 1 Dohody o EHP, neobsahuje analýzu jednak v tom smyslu, že neobsahuje žádnou objektivní diskuzi o situaci hospodářské soutěže v případě neexistence dohody, což narušuje posouzení skutečných a potenciálních účinků dohody na hospodářskou soutěž, a jednak v tom smyslu, že *in concreto* neprokazuje v kontextu vznikajícího relevantního trhu, že ustanovení dohody týkající se roamingu mají omezující účinky na hospodářskou soutěž, ale omezuje se v tomto ohledu na *petitio principii* a obecná tvrzení.
- 117 Je tedy namístě z tohoto důvodu přijmout návrhová žádání směřující k částečnému zrušení článku 2 a čl. 3 písm. a) rozhodnutí Komise č. 2004/207/ES ze dne 16. července 2003, aniž je třeba rozhodnout o druhém žalobním důvodu.

K nákladům řízení

- ¹¹⁸ Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu bude účastníku řízení, který byl ve sporu neúspěšný, uložena náhrada nákladů řízení, pokud účastník, který byl ve sporu úspěšný, náhradu nákladů ve svém návrhu požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise byla ve sporu neúspěšná, je namístě uložit jí náhradu nákladů řízení v souladu s návrhovými žádáními žalobkyně.

Z těchto důvodů

Soud (čtvrtý senát)

rozhodl takto:

- 1) **Článek 2 a čl. 3 písm. a) rozhodnutí Komise 2004/207/ES ze dne 16. července 2003 v řízení podle článku 81 Smlouvy o ES a článku 53 Smlouvy o EHP (věc KOMP/38.369 – T-Mobile Deutschland a O2 Germany: rámcová dohoda o sdílení sítí) se zrušují v rozsahu, v němž z nich vyplývá, že smluvní ustanovení uvedená v těchto člancích spadají do oblasti působnosti článku 81 ES a článku 53 Dohody o EHP.**
- 2) **Komisi se ukládá náhrada nákladů řízení.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 26. dubna 2006.

Vedoucí soudní kanceláře

Předseda

E. Coulon

H. Legal