

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

2. maj 2006^{*}

I sag T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, München (Tyskland), ved N. Green, QC, og
barrister K. Bacon, samt ved advokaterne B. Amory og F. Marchini Camia,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved R. Wainwright, S.
Rating og P. Oliver, herefter ved É. Gippini Fournier, P. Hellström og K.
Mojzesowicz, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

^{*} Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af artikel 2 og artikel 3, litra a), i Kommissionens beslutning 2004/207/EF af 16. juli 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, s. 32),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Mengozzi og I. Wyszewska-Białecka,

justitssekretær: ekspeditionssekretær K. Pocheć,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. december 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (herefter »O2«), der er et helejet datterselskab af mmO2 plc, tidligere BT Cellnet Ltd, og før dette ejet af British Telecommunications plc, driver digitale mobiltelenet og -tjenester i Tyskland, hvor selskabet er blevet den sidste af fire operatører på markedet gennem en GSM (Global System for Mobile

Communications, global mobilkommunikation) 1800-licens, som det fik tildelt i 1997. O2 har derudover fået tildelt en UMTS-licens (Universal Mobile Telecommunications System, universel mobiltelekommunikation) i august 2000.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (herefter »T-Mobile«), som ejes 100% af T-Mobile International AG, der igen er et helejet datterselskab af Deutsche Telekom AG, er en operatør af digitale mobiltelenet og -tjenester i Tyskland. T-Mobile, der anvender GSM-standarderne, udbyder GSM-tjenester i Tyskland på grundlag af en GSM 900-licens, og fik i august 2000 tildelt en UMTS-licens.
- 3 Den nationale tyske lovgivning samt betingelserne i O2's og T-Mobiles licenser fastsætter navnlig krav til udbygning af net for så vidt angår effektiv dækning i forhold til en specifik tidsplan. Dette net skulle dække 50% af befolkningen inden udgangen af 2005.
- 4 Den 6. februar 2002 anmeldte O2 og T-Mobile en rammeaftale af 20. september 2001 om deling af infrastruktur og indenlandsk roaming for tredje generation af GSM-mobiltelekommunikation (herefter »3G«) på det tyske marked til Kommissionen. Aftalen blev ændret ved aftaletillæg af 20. september 2002, 22. januar og 21. maj 2003. T-Mobile og O2 anmodede om negativattest i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), subsidiaært en fritagelse i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3.
- 5 Det tyske post- og teletilsyn fandt den 7. december 2001, at parternes rammeaftale var i overensstemmelse med den nationale lovgivning.

- 6 Kommissionen vedtog den 16. juli 2003 beslutning 2004/207/EF af 16. juli 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, s. 32, herefter »beslutningen«). Den finder heri, som konklusion, at den ikke har grund til at gribe ind efter EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, over for aftalens bestemmelser om deling af anlægspladser (artikel 1). Endvidere erklærer Kommissionen i henhold til artikel 81, stk. 3, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, at bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ikke kan anvendes på aftalens bestemmelser om roaming i de perioder, som Kommissionen fastsætter (artikel 2 og 3).
- 7 I beslutningen angives det — efter en præsentation af den retlige og faktiske sammenhæng af den seneste udvikling inden for mobilnet i Den Europæiske Union, karakteriseret ved fortløbende teknologiske led — at aftalen navnlig har til formål at udvide den geografiske dækning samt den hurtigst mulige udbygning af 3G-net og -tjenester, og at den foreskriver parternes samarbejde om deling af anlægspladser, af radioadgangsnet (RAN) og indenlandsk roaming (betragtning 24). Det tilføjes i beslutningen, at det i aftalen præciseres, at den gælder indtil den 31. december 2011 og principielt forlænges med en periode på to år (betragtning 43).
- 8 I beslutningen vises det, at delingen af 3G-nettet indeholder flere trin, dvs. — efter stigende grad — deling af anlægspladser, af basisstationer (Node B'er) og antenner, af radionet controllers (RNC), af basisnet og af frekvenser (betragtning 12 og 15).
- 9 Det præciseres, at RAN omfatter mast- eller antenneanlæg, teknikhuse og strømforsyning samt antenner, combinere og transmissionsforbindelser, Node B'er og radionet controllers (betragtning 13).

- 10 Det anføres i beslutningen, at indenlandsk roaming giver de berørte operatører mulighed for at anvende hinandens net til at udbyde tjenester til deres egne kunder uden at dele nogen netelementer som sådan (betragtning 16).
- 11 Det præciseres, at den indenlandske roaming, der er fastsat i aftalen, både omfatter O2's roaming på T-Mobiles net inden for et område, der er underlagt et krav om 50% befolkningsdækning, og gensidig roaming uden for dette område (afsnit 4.3.1 og 4.3.2).
- 12 For så vidt angår markedet for de relevante produkter har Kommissionen fundet, at de væsentligste markeder for netadgang og -tjenester inden for sektoren for den telekommunikation, som her omhandles, og som berøres af denne beslutning, er markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitale mobilkommunikations-tjenester og markedet for engrosadgang til indenlandsk roaming med henblik på 3G-kommunikationstjenester. Det tilføjes, at yderligere to markeder berøres indirekte, nemlig markederne for engrosadgang til 3G-tjenester samt de afledte detailmarkeder for 3G-tjenester (betragtning 46).
- 13 Kommissionen har fundet, at de geografiske markeder, der berøres, er nationale og omfatter hele Tyskland (betragtning 60, 64 og 72).
- 14 For så vidt angår opbygningen af det marked gennemgår Kommissionen navnlig engrosadgang til indenlandsk roaming for 3G-kommunikationstjenester og 3G-detailtjenester.

- 15 Kommissionen har fundet, at T-Mobile har en andel på 100% af markedet for engrosadgang til indenlandsk roaming for anden generation af mobiltelekommunikation (herefter »2G«) i Tyskland, og at de vigtigste faktiske eller potentielle konkurrenter for den indenlandske 3G-roaming på markederne for engrosadgang og -tjenester er de to øvrige licenshavere, som vil etablere 3G-net og -tjenester i Tyskland, nemlig D2 Vodafone og E-Plus.
- 16 For så vidt angår markederne for 3G-detailtjenester har Kommissionen — ved at støtte sig på de foreliggende oplysninger vedrørende situationen for 2G-detailtjenester, for hvilke de anslåede andele i 2002 blev vurderet til, at T-Mobile havde 41,7%, O2 havde 7,8%, D2 Vodafone 38,3% og E-Plus 12,2% — fundet, at de største konkurrenter er D2 Vodafone og E-Plus og potentielle tjenesteudbydere såsom Mobilcom og Debitel (betragtning 74-77).
- 17 Ifølge beslutningen er den anmeldte aftale en horisontal samarbejdsaftale mellem to konkurrenter, som også omfatter visse vertikale aspekter. Den har ikke til formål at begrænse konkurrencen, men kan i praksis få en sådan virkning, for så vidt som aftalens parter er konkurrenter på de berørte markeder (betragtning 92).
- 18 Kommissionen har fundet, at delingen af anlægspladser og udvekslingen af oplysninger, som denne giver anledning til, ikke medfører konkurrencebegrænsning (betragtning 95-103 og artikel 1). RAN-delingen, der ikke var fastsat ved beslutningens vedtagelse, er ikke blevet gennemgået (betragtning 104).
- 19 Kommissionen har derimod fundet, at indenlandsk roaming mellem netoperatører, som har licens til at etablere og drive deres egne konkurrerende digitale mobilnet, pr. definition begrænser konkurrencen mellem disse operatører hvad angår sine væsentlige parametre (betragtning 107).

- 20 Kommissionen har først og fremmest fundet, at roamingen har virkninger på engrosmarkederne. Den har fremført, at det begrænser konkurrencen både for så vidt angår omfanget og tidsrummet for iværksættelsen af dækningen, eftersom en operatør, som benytter sig af roaming, ifølge Kommissionen ikke udvider sit eget net tilstrækkeligt for så vidt angår nettenes kvalitet og transmissionshastighed, fordi en operatør, som benytter sig af roaming, er afhængig af fremmednetoperatørens tekniske og kommercielle valg. Derudover bliver engrospriserne for tjenester hos den operatør, som benytter sig af roaming, afhængige af de engrostakster, operatøren selv skal betale fremmednetoperatøren. Virkningerne af sådanne begrænsninger vil blive større i områder, hvor der er gode økonomiske muligheder for at udbygge parallelle konkurrerende net, især i kerneområder i byerne. Kommissionen har vurderet, at den konkurrencebegrænsende virkning er mærkbar, fordi det drejer sig om markeder, der opstår, hvor adgangshindringerne er væsentlige som følge af licens- og investeringskravene (betragtning 107-110).
- 21 Endvidere har Kommissionen fundet, at roamingen har begrænsende virkninger på detailmarkederne, fordi den på dette niveau medfører mere ensartede leveringsvilkår for de berørte tjenester. Derudover kan prisordningen, der er aftalt mellem parterne, i sig selv medføre en risiko for samordning af detailpriserne (betragtning 111 og 112).
- 22 Kommissionen har ligeledes fundet, at betingelserne for videresalg af adgangsrettigheder til roaming til »MVNO'er« (Mobile Virtual Network Operators, operatører af virtuelle mobilnet) begrænser produktionen og derfor udgør en konkurrencebegrænsning — et videresalg, der forudsætter, at den anden part skal give en forhåndsgodkendelse med begrænsninger i, hvilken type kunder køberen må sælge kontrakttjenesterne til (betragtning 115 og 116).
- 23 Kommissionen har for så vidt angår yderligere bestemmelser i aftalen vedrørende roaming derimod fundet, at O2's forpligtelse til mindstekøb fra T-Mobile ikke udgør en yderligere begrænsning af konkurrencen (betragtning 113 og 114), og at begrænsningen af videresalget af roamingrettigheder til andre licensindehavende

netoperatører samt udvekslingen af oplysninger forbundet med roaming ikke udgør konkurrencebegrænsninger (betragtning 117, 118 og 119).

- 24 Kommissionen har endvidere fundet, at aftalen virker begrænsende på samhandelen mellem EØS-landene (betragtning 120).
- 25 Kommissionen gennemgår herefter aftalen i forhold til de betingelser, der fremgår af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, for tildelingen af en fritagelse.
- 26 For det første har Kommissionen fundet, at aftalen bidrager til at forbedre produktionen og fordelingen af de berørte tjenester samt til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling.
- 27 For så vidt angår roaming inden for dækningsområdet på 50% af befolkningen fremgår det af beslutningen, at O2 fra starten har mulighed for at tilbyde kunderne bedre dækning, kvalitet og transmissionshastighed på selskabets tjenester i etableringsfasen i løbende konkurrence med de øvrige udbydere af 3G-engros- og -detailtjenester, hvilket selskabet ikke ville have været i stand til på egen hånd (betragtning 123 og 124).
- 28 For så vidt angår roaming uden for dækningsområdet på 50% af befolkningen fremgår det af beslutningen, at O2 har mulighed for at konkurrere aktivt ved at tilbyde landsdækning på 3G-detailmarkederne, eftersom selskabet uden aftalen sandsynligvis ikke kunne have opfyldt licenskravene om dækning i det pågældende område (betragtning 126). Videresalg til MVNO'er af adgangsrettigheder til roaming fremmer konkurrencen på det indenlandske marked for 3G-roaming og på engros-netopkobling samt på detailmarkederne (betragtning 127). Derudover gav aftalen

parterne, navnlig T-Mobile, mulighed for at udnytte deres net mere intensivt og dermed mere effektivt, særligt i tyndtbefolkede egne (betragtning 128).

- 29 For det andet har Kommissionen fundet, at den indenlandske 3G-roamings positive virkning på O2's konkurrencestilling styrker konkurrencen på markederne for digitale mobilkommunikationsnet og -tjenester, at konkurrenterne vil være tilskyndet til at lancere nye tjenester på markedet, og at de i højere grad vil være presset til at sænke priserne. Derudover har Kommissionen anført, at omkostningsbesparelser som følge af øget konkurrence på detailniveau sandsynligvis videregives til slutbrugerne (betragtning 129 og 130).
- 30 For det tredje har Kommissionen under hensyntagen til O2's svage stilling på markedet fundet, at aftalens bestemmelser er uundværlige og forholdsmæssige for at sikre de fordele, der er blevet konstateret (betragtning 131-133). Begrænsningen for videresalg af adgangsrettigheder til roaming til MVNO'er, der tilbyder taletelefoni, er både nødvendig for, at aftalen kan medføre fordele, og står i rimeligt forhold til målsætningen, fordi begrænsningen er begrænset til taletelefoni (betragtning 134-136).
- 31 For det fjerde har Kommissionen fundet, at aftalen forøger konkurrencen mellem de fire licensindehavende operatører af 3G-net og -tjenester, som har til hensigt at etablere 3G-net i Tyskland, samt mellem tjenesteudbydere og MVNO'er (undtaget taletelefoni). Den giver desuden mulighed for reel konkurrence mellem aftalens parter, fordi hjemnetoperatøren har kontrol over sit eget basisnet og dermed mulighed for at udbyde differentierede tjenester (betragtning 137 og 138). Derudover fremgår det, at hjemnetoperatøren bevarer ansvaret for prissætning og fakturering, og at parterne anvender forskellige faktureringsregler (betragtning 140). Kommissionen har endelig fundet, at den hindring, parterne lægger for MVNO'erne, i stor udstrækning opvejes af aftalens generelle konkurrencefremmende virkninger (betragtning 142).

32 Kommissionen har efter at have anført, at begrænsningernes sandsynlige konsekvenser ikke kan vurderes for en periode på over fem år (betragtning 144), besluttet

- ikke at indlede proceduren efter EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, for så vidt angår bestemmelserne i aftalen om deling af anlægspladser, for så vidt angår de oplysninger, som skal udveksles for at give mulighed for deling af anlægspladser, og for så vidt angår aftalens begrænsning for videresalg af [adgangsrettigheder til] indenlandsk roaming til andre licensindehavende netoperatører (artikel 1), og
- i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, at tildele en fritagelse for T-Mobiles udbud af indenlandsk 3G-roaming til O2 inden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50% af befolkningen inden den 31. december 2005, i følgende perioder:
 - fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2005 i de byer, der indgår i større bymæssige regioner (område 1), med undtagelse af underjordiske zoner
 - fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2007 i de regioner, der indgår i mindre bymæssige regioner af sekundær kommerciel betydning (område 2), med undtagelse af underjordiske zoner, og
 - fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2008 i de regioner, der indgår i mindre bymæssige regioner af mindre kommerciel betydning (område 3), og i underjordiske zoner i de byer og regioner, der indgår i område 1, 2 og 3 (artikel 2).

- 33 Kommissionen har ligeledes tildelt en fritagelse for perioden fra den 6. februar 2002 indtil den 31. december 2008 til udbud af indenlandsk 3G-roaming mellem T-Mobile og O2 Germany uden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50% af befolkningen inden den 31. december 2005, som angivet i aftalen [beslutningens artikel 3, litra a)], samt til begrænsningen for videresalg af adgangsrettigheder til indenlandsk 3G-roaming til MVNO'er i aftalen [artikel 3, litra b)].

Retsforhandlinger for Retten og parternes påstande

- 34 O2 har ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 25. september 2003 anlagt denne sag.
- 35 På baggrund af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling, idet der indledningsvis foretages en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse.
- 36 Ved foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, meddelt den 26. oktober 2005, anmodede Retten dels Kommissionen om at uddybe de grundlag, der var støttet på dokumenterne, retspraksis, den økonomiske analyse og dens teori, for den vurdering, der fremgår af betragtning 107 til beslutningen, hvoraf følger, at »indenlandsk roaming [...] pr. definition begrænser konkurrencen«, dels O2 om at uddybe konsekvenserne af den hurtigst mulig udbygning af dets net for købsforpligtelserne af adgangsrettigheder til roaming, der er bestemt ved aftalen, og om at afgive mere præcise oplysninger om sit prissystems særlige kendetegn.
- 37 Sagsøgeren og Kommissionen har besvaret disse anmodninger ved skrivelser indgået den 24. november 2005.

38 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål under retsmødet den 7. december 2005.

39 O2 har nedlagt følgende påstande:

- Artikel 2 og artikel 3, litra a), i Kommissionens beslutning 2004/207/EF af 16. juli 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

40 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Annulationspåstandenes antagelighed til realitetsbehandling og deres rækkevidde

Parternes argumenter

41 Kommissionen har gjort gældende, at der i beslutningen sondres mellem aftalens horisontale og vertikale aspekter, men at sagsøgeren ikke anerkender denne

sondring samt foretager en ukorrekt fortolkning af retspraksis og sit kontraktforhold til T-Mobile. Kommissionen sætter i den forbindelse spørgsmålstegn ved O2's retlige interesse, eftersom sagsøgeren påstår annullation af beslutningens artikel 2 og artikel 3, litra a), vedrørende aftalens horisontale aspekter, men ikke annullation af artikel 3, litra b), vedrørende de vertikale aspekter. Sagsøgeren har ifølge Kommissionen på denne måde erkendt, at denne del af aftalen er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF og skulle have en fritagelse.

42 Kommissionen har ved retsmødet endvidere udtrykt tvivl om sagsøgerens retlige interesse med henvisning til, at beslutningen, som tildeler O2 en fritagelse, der gælder for de nationale myndigheder og retsinstanser, giver O2 en retssikkerhed, som ville forsvinde ved annullation; grunden hertil er, at Kommissionen ikke ville kunne træffe en ny beslutning, da Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) har ophævet ordningen med forudgående anmeldelse af aftaler med henblik på fritagelse.

43 O2 har gjort gældende, at Kommissionen ikke fremlægger en begrundet indsigelse, særligt vedrørende antagelsen af selskabets søgsmål til realitetsbehandling, og at de dele af beslutningen, der anfægtes, fremkalder bindende retsvirkninger og derfor kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

Rettens bemærkninger

44 Det følger af beslutningen, at O2 og T-Mobile den 6. februar 2002 anmeldte en aftale med to hovedled — nemlig delingen af anlægspladser og indenlandsk roaming, der skulle vare til indtil 2011 med automatisk forlængelse for en periode på to år — til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller, subsidiært, en fritagelse, og at Kommissionen udstedte en negativattest for det første led og for så vidt angår det andet led tildelte en fritagelse indtil 2008. Det fremgår endvidere af

anmeldelsen, at aftalens parter var af den opfattelse, at aftalen hverken tilsigtede eller medførte konkurrencebegrænsning, og at parterne kun subsidiært anmodede om en fritagelse. Derudover har O2 ved retsmødet gjort gældende, at de tidsmæssige begrænsninger, som selskabet selv og T-Mobile på Kommissionens opfordring var gået med til at indarbejde i aftalen, og uden hvilke de ikke ville have opnået fritagelsen, gav dem praktiske problemer forbundet med overholdelsen af de herved fastsatte frister.

45 Det skal fremhæves, dels at beslutningen, som O2 er adressat for, kun delvist imødekommer O2, når man tager hensyn til anmeldelsens ordlyd, dels at sagsøgeren påstår delvis annulation heraf, for så vidt som Kommissionen ikke har fundet, at artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, var uanvendelige på den anmeldte aftale — idet aftalen ikke ville være konkurrencebegrænsende — og ikke har udstedt den negativattest, der primært var anmodet om. Det skal ligeledes fremhæves, at beslutningen, som fastsætter en bindende tidsplan vedrørende den tildelte fritagelse, kan påvirke sagsøgerens interesser som følge af de retlige forpligtelser, den medfører.

46 Som følge heraf kan den foreliggende sag, der reelt kun sigter til annulation af de anfægtede bestemmelser, for så vidt som disse medfører, at de berørte aftalebestemmelser er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF's og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, antages til realitetsbehandling (jf. i den retning Rettens dom af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 36-40 og 44).

47 Denne konklusion svækkes ikke af Kommissionens anbringende om, at Rettens eventuelle annulation af de anfægtede bestemmelser i beslutningen ville medføre en usikker retsstilling for O2, for så vidt som en ny beslutning vedrørende anmeldelsen ikke kunne træffes, idet denne procedure, der var foreskrevet af Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), ikke længere findes under forordning nr. 1/2003, der nu er gældende.

- 48 Kommissionen skulle nemlig ved en sådan annullation træffe en ny beslutning med tilbagevirkende kraft ud fra de af den anmeldte aftales bestemmelser, der påvirkes af denne annullation, og særligt tage stilling til spørgsmålet om anmodningen om en negativattest ved at stille sig på anmeldelsestidspunktet og derfor gennemføre sin undersøgelse inden for rammerne af forordning nr. 17/62 (jf. i den retning Domstolens dom af 12.11.1998, sag C-415/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6993, præmis 31). Det forhold, at forordning nr. 1/2003, som nu regulerer gennemførelsen af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 EF og 82 EF, har ophævet den anmeldelsesprocedure, der tidligere fandtes, er således uden betydning for opfyldelsen af en dom, der måtte tage sagsøgerens annullationspåstand til følge.
- 49 Derudover vil en eventuel delvis annullation af beslutningen, der — som sagsøgeren kræver — måtte støttes på konstateringen af, at Kommissionen har begået en ulovlighed på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen ved at afvise at udstede en negativattest for samtlige de anmeldte bestemmelser, ikke kunne skade sagsøgerens retssikkerhed, men styrke denne, for så vidt som det følger af en sådan annullationsdoms konklusion, at de anfægtede bestemmelser i aftalen vedrørende indenlandsk roaming ikke falder ind under det forbud, der er fastsat af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

Realiteten

Indledende betragtninger

- 50 Sagsøgeren har i stævningen gjort gældende, at Kommissionen har foretaget urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at aftalen begrænser konkurrencen, fordi der for det første ikke foreligger en konkurrencebegrænsning, og den angivelige begrænsning for det andet ikke følger af en aftale. Sagsøgeren har tilføjet, at »Kommissionens konklusion vedrørende disse punkter [...] ikke [er] tilstrækkeligt begrundet i modstrid med kravet om begrundelse i artikel 253 EF«.

- 51 Dette sidste klagepunkt skal på trods af sin bogstavelige ordlyd forstås som en anfægtelse af, at undersøgelsen — hvorefter Kommissionen fandt, at aftalen begrænsede konkurrencen, men ikke desto mindre kunne gøres til genstand for en fritagelse tilstrækkeligt — ikke var tilstrækkelig grundig. Dette spørgsmål vedrører beslutningens velbegrundethed og ikke spørgsmålet om den ydre lovlighed af den anfægtede retsakts begrundelse. Såvel den skriftlige som mundtlige forhandling har nemlig udelukkende begrænset sig til de væsentlige spørgsmål, som tvisten rejser, og O2 har endvidere ikke præciseret sin påberåbelse af artikel 253 EF, som kunne give mulighed for at udlede de dele af beslutningen, der skulle være behæftet med en begrundelsesmangel.
- 52 Dette klagepunkt skal derfor føjes til O2's to realitetsanbringender til støtte for søgsmålet, udledt af den urigtige retsanvendelse, Kommissionen skulle have foretaget for så vidt angår den indenlandske roaming, som aftalen etablerer. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at Kommissionen med urette har fastslået, at aftalen medfører konkurrencebegrænsninger i henhold til artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1. Kommissionen, der havde anerkendt, at aftalen ikke havde et konkurrencebegrænsende formål, har foretaget en delvis analyse af konkurrencesituationen, idet den ikke har vurderet denne, såfremt aftalen ikke fandtes, og således har tilsidesat fast retspraksis. For det andet ville den angivelige begrænsning ikke følge af aftalen, men i medfør af dennes bestemmelser af sagsøgerens ensidige handlinger.

Det første anbringende om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsning, og at analysen af den konkurrencemæssige situation er utilstrækkelig

Parternes argumenter

- 53 O2 har gjort gældende, at Kommissionen, når det anerkendes, at aftalen ikke havde konkurrencebegrænsende formål, ikke har foretaget en analyse af aftalens reelle virkninger på konkurrencen — særligt at den ikke har gennemgået konkurrencebe-

tingelserne, såfremt aftalen ikke fandtes. En sådan helhedsundersøgelse ville i henhold til retspraksis være generelt gældende for alle aftaler — horisontale som vertikale — således som Kommissionen i øvrigt anfører i sine retningslinier for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (EFT 2001 C 3, s. 2). Kommissionens konklusioner hviler heller ikke på en analyse af de relevante faktiske forhold på det pågældende marked.

54 O2 hævder, at Kommissionens ræsonnement tager udgangspunkt i en principielt forkert holdning, hvorefter den indenlandske roaming i sig selv er konkurrencebegrænsede, da aftalen giver O2 mulighed for at købe engrostitjenester fra T-Mobile frem for selv at levere dem. Kommissionen nøjes med at bekræfte, at O2's afhængighed af T-mobiles net udgør en konkurrencebegrænsning uden at bevise det eller foretage en økonomisk analyse som foreskrevet af artikel 81, stk. 1, EF.

55 Kommissionen holder sig således til generelle betragtninger, der modsiges af selve beslutningens resultat, hvorefter aftalen er til gavn for konkurrencen og langt fra begrænser denne (betragtning 122-142 til beslutningen). Kommissionens slutninger er endvidere i modstrid med retspraksis og administrativ praksis.

56 O2 har i den henseende gjort gældende, at aftalen har positiv indvirkning på konkurrencen, hvilket anerkendes i beslutningen, og at det positive element vedrører dækning af befolkningen, kvaliteten af de leverede tjenester, transmissionshastighed og pris. Sagsøgeren har understreget, at selskabets konkurrencestilling uden aftalen ville være svækket, og at det formodentlig ikke inden for de fastsatte tidsfrister ville kunne sikre dækningen af befolkningen, der kræves for 3G-tjenester, hvilket Kommissionen har fastsat i sin beslutning.

- 57 Sagsøgeren gør desuden gældende, at aftalen er nødvendig og uundværlig for at give selskabet mulighed for i de to roamingområder, der sondres mellem, at være en konkurrencedygtig operatør, som er i stand til at tilbyde en kvalitetsdækning og -tjenester på markedet for 3G-mobiltelekommunikation. Aftalen tilgodeser selskabets opgaver med indtrængen på markedet og dermed konkurrence ved at give O2 mulighed for at fuldstændiggøre sin dækningskapacitet af befolkningen.
- 58 O2 har ligeledes hævdet, at roamingen ikke har negativ virkning ud fra tjenesternes produktion, fornyelse, udbud og kvalitet, hvilket Kommissionen ligeledes har anerkendt.
- 59 Vedrørende virkningen på priserne har sagsøgeren henvist til, at det forhold, at selskabets engrospriser i et vist omfang vil være afhængige af T-Mobiles pris, ikke udgør en konkurrencebegrænsning, eftersom det er tilfældet for alle virksomheder med adgang til visse af leverandørernes varer og tjenester. Endvidere er risikoen for samordning eller samarbejde om priser forudsat i beslutningen rent hypotetisk og ikke baseret på nogen form for bevis eller analyse.
- 60 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgerens argumenter om gennemgangen af konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes, i modstrid med retspraksis ville medføre anvendelsen af rule of reason på bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF. Kommissionen har fremført, at man — for så vidt angår en horisontal samarbejds-aftale og i overensstemmelse med sine retningslinjer — først har undersøgt aftalens betydning for konkurrencen i forhold til artikel 81, stk. 1, EF, idet man har søgt efter reelle og potentielle konkurrencebegrænsninger, der ville have været til stede uden aftalen, og herefter med henblik på vurderingen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF har foretaget en afvejning af aftalens konkurrencestyrkende og -begrænsende virkninger.

- 61 Kommissionen har desuden påberåbt sig, at roamingen, som den er forudsat i aftalen, påvirker konkurrencen mellem netoperatørerne, hvilket har en særlig indvirkning på konkurrencen på markederne for mobiltelefoni. Kommissionen har fremført, at aftalen i den foreliggende sag, der er indgået mellem to konkurrenter, kan have indflydelse på deres adfærd for så vidt angår de væsentligste konkurrencemæssige parametre.
- 62 Kommissionen har gjort gældende, at aftalen har til formål at give sagsøgeren mulighed for delvist at forsinke, endda begrænse, udbygningen af sit net og således begrænse omkostningerne til sin infrastruktur, eftersom O2 og T-Mobile begge var fuldt ud i stand til at oprette deres egne net og tilbyde 3G-tjenester. O2's afhængighed af T-Mobiles net, som følger af aftalen, begrænser nødvendigvis både konkurrencen inden for det område, hvor O2's net er udbygget, og den fremtidige planlægning af udbygningen af dette net. I den forbindelse undergraver roaming i modsætning til andre former for samarbejde, såsom deling af anlægspladser og radioadgangsnet, fuldstændigt konkurrencen på de nationale markeder for mobilkommunikation.
- 63 Roaming begrænser således konkurrencen ud fra et dækningsmæssigt synspunkt, eftersom O2 er afhængig af T-Mobile såvel i bymæssige områder som i landområder. Sagsøgeren vil ligeledes være afhængig af T-Mobile med hensyn til kvaliteten og hurtigheden af transmissionen af data, selv om aftalen ville opretholde et vist spillerum for konkurrencen. Endelig vil O2's faktureringspris afhænge af engrosprisen, der betales til T-Mobile. I den forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgeren — ved at vurdere, at denne påvirkning af sine priser kun ville have indflydelse på 10% af 3G-telekommunikationen — bagatelliserer betydningen af tjenester med pakketransmitterede data, der er det største kendetegn for 3G-mobiltelekommunikationstjenester.
- 64 Kommissionen har gjort gældende at have støttet sin vurdering på oplysningerne fra sagens parter, navnlig for så vidt angår fastsættelsen af prisen for roaming, O2's brug

af T-Mobiles net og O2's konkurrencedygtighed. Den gør gældende, at beslutningen er i overensstemmelse med både Kommissionens generelle betragtning af roamingen som konkurrencebegrænsende — en betragtning, der deles af flere regeludstedende nationale myndigheder — og dens stillingtagen i en tidligere beslutning vedrørende det britiske marked.

Rettens bemærkninger

⁶⁵ Tvisten rejser det principielle spørgsmål, om Kommissionen i sin undersøgelse af den anmeldte aftale i forhold til bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, har givet en lovlig begrundelse for sin vurdering, hvorefter aftalen begrænser konkurrencen, og om Kommissionen med henblik herpå har foretaget den analyse, der kræves i henhold til disse bestemmelser, som de er fortolket i retspraksis. Kommissionen tog nemlig ifølge sagsøgeren udgangspunkt i et principielt standpunkt, hvorefter den indenlandske roaming i sig selv begrænsede konkurrencen, og har ikke gennemgået situationen, såfremt aftalen ikke fandtes, hvorimod sagsøgerens kritik ifølge Kommissionen ville medføre, at den i strid med retspraksis skulle anvende rule of reason på bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF.

⁶⁶ For at vurdere en aftales forenelighed med fællesmarkedet i forhold til forbuddet, der fremgår af artikel 81, stk. 1, EF, skal den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftalen befinder sig i, gennemgås (Domstolens dom af 25.11.1971, sag 22/71, Béguelin Import, Sml. 1971, s. 257, org.ref.: Rec. s. 949, præmis 13), dens formål, dens virkninger samt aftalens påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, idet der særligt tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, virksomhederne opererer i, de varer og tjenesteydelser, som omhandles af denne aftale, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (Domstolens dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Littikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 10).

- 67 Denne analysemetode finder generel anvendelse og er ikke forbeholdt én form for aftaler (jf. vedrørende de forskellige former for aftaler Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, *Société minière et technique*, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337, på s. 359 og 360, og af 15.12.1994, sag C-250/92, *DLG*, Sml. I, s. 5641, præmis 31, samt *Rettens* dom af 27.10.1994, sag T-35/92, *John Deere mod Kommissionen*, Sml. II, s. 957, præmis 51 og 52, og af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 3141, præmis 136 og 137).
- 68 Endvidere skal aftalens virkninger i en sag som den foreliggende, hvor det er anerkendt, at aftalen ikke har et konkurrencebegrænsende formål, undersøges, og for at aftalen skal kunne omfattes af forbuddet, må der foreligge omstændigheder, der beviser, at konkurrencen faktisk er blevet enten hindret, indskrænket eller mærkbart fordrejet. Den konkurrence, som det vedrører, skal forstås inden for de reelle rammer, hvor den ville udfolde sig, såfremt den omstridte aftale ikke fandtes; navnlig kan det forekomme tvivlsomt, om der foreligger en forstyrrelse af konkurrencen, hvis aftalen netop viser sig at være nødvendig for, at en virksomhed kan trænge ind på et område, hvor den ikke hidtil har virket (*Société minière et technique*-dommen, dansk udgave, s. 216).
- 69 En sådan analysemetode, der særligt drejer sig om at tage hensyn til den konkurrencesituation, der ville foreligge uden aftalen, fører ikke til, at der foretages en afvejning af aftalens konkurrencestyrkende og -begrænsende virkninger, eller på den måde, at der anvendes en *rule of reason*, som Fællesskabets retsinstanser ikke har ladet være en del af rammerne for artikel 81, stk. 1, EF (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, *Montecatini mod Kommissionen*, Sml. I, s. 4539, præmis 133, samt *Rettens* dom i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, præmis 72-77, og af 23.10.2002, sag T-65/98, *Van den Bergh Foods mod Kommissionen*, Sml. II, s. 4653, præmis 106 og 107).
- 70 I den forbindelse medfører et anbringende i lighed med det, sagsøgeren har gjort gældende, om, at Kommissionen har udført en delvis analyse, idet den ikke har undersøgt konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes, ikke, at der i medfør af artikel 81, stk. 1, EF skal foretages en afvejning af aftalens positive og negative virkninger på konkurrencen. I modsætning til Kommissionens fortolkning af sagsøgerens anbringender påberåber sagsøgeren sig blot den analysemetode, der kræves af fast retspraksis.

- 71 Den undersøgelse, der er påkrævet i forhold til artikel 81, stk. 1, EF, består nemlig hovedsageligt i at overveje aftalens virkning på den aktuelle og potentielle konkurrence (jf. i den retning Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/98, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 21) og konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes (dommen i sagen Société minière et technique, dansk udgave, s. 216), idet de to aspekter er væsentligt forbundet.
- 72 Undersøgelsen af konkurrencen, såfremt aftalen ikke fandtes, fremstår som særlig nødvendig for så vidt angår de markeder, som er ved at blive liberaliseret, eller de markeder, der opstår — som det her omhandlede marked for 3G-mobiltelekommunikation, hvor konkurrencens effektive virkning kan være besværliggjort, f.eks. som følge af tilstedeværelsen af en dominerende operatør, af markedsstrukturens intensivitet eller af tilstedeværelsen af betydelige adgangshindringer. Disse omstændigheder er i den foreliggende sag nævnt i beslutningen.
- 73 For at tage hensyn til de to led, som dette anbringende reelt medfører, skal det således for det første undersøges, om Kommissionen rent faktisk har foretaget undersøgelsen af konkurrencen, såfremt aftalen ikke fandtes, og for det andet om de slutninger, som den har draget af sin undersøgelse af aftalens indflydelse på konkurrencen, er tilstrækkeligt understøttede.

Undersøgelsen af konkurrencen, såfremt aftalen ikke fandtes

- 74 Beslutningen kan ikke kritiseres for, at der med henblik på analysen af aftalens virkninger ikke er foretaget nogen sammenligning mellem den konkurrencemæssige struktur, som aftalen medfører, og den, der ville være gældende uden aftalen. For så vidt angår den udførte sammenlignings affattelse skal det derimod fremhæves, at hele undersøgelsen af aftalens virkning støttes på, at de to operatører, O2 og T-Mobile, uanset aftalen ville have været til stede og i konkurrence på det pågældende

marked. Den antagelse, hvorefter O2 i tilfælde af, at aftalen ikke forelå, fuldstændigt eller delvist ikke ville have været til stede på markedet for 3G-mobiltelefoni i Tyskland, er på intet tidspunkt blevet forudset.

- 75 Det følger nemlig stiltiende, men nødvendigvis af beslutningen, at Kommissionen dels har fundet, at O2 i hvert fald ville være til stede på markedet. Dette følger f.eks. af betragtning 97 til beslutningen og fremstillingen vedrørende markedet for infrastruktur for 3G-anlægspladser ud fra oplysninger om infrastrukturen for 2G-anlægspladser. Dels har Kommissionen fundet, at der ikke vil være en begrænsning af konkurrencen, idet netop den anfægtede beslutning som følge af den indenlandske roaming, som den foreskriver, vil medføre en sådan begrænsning. Det fremgår særligt af betragtning 107 til beslutningen.
- 76 Kommissionen har ved retsmødet bekræftet, at den benyttede sig af denne fremgangsmåde i den foreliggende sag. Kommissionen har i den henseende gjort gældende, at der intet forelå i parternes oplysninger, der for Kommissionen lod formode, at indgåelsen af aftalen var en uundværlig betingelse for O2's indtrængen på 3G-markedet, eftersom O2 allerede var til stede på 2G-markedet, at O2 over for Kommissionen havde tilkendegivet sin hensigt til at gå ind på 3G-markedet, og at Kommissionen i øvrigt havde fastslået, at de licenshavere, der var til stede på 2G-markedet, blev på markedet.
- 77 På baggrund af den påstand, at O2 var til stede på markedet for mobiltelekommunikation, har Kommissionen derfor ikke fundet at skulle uddybe, om O2 ville have været til stede på 3G-markedet, hvis aftalen ikke fandtes. Det må derfor fastslås, at denne antagelse i beslutningen hverken er undergivet nogen analyse eller egen begrundelse, der kan bevise dens rigtighed, hvilket da betyder, at Kommissionen kun har kunnet bekræfte den ved retsmødet. Uden en sådan objektiv analyse af konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes, har Kommissionen ikke gyldigt kunnet vurdere, i hvilket omfang aftalen var nødvendig for O2 for at få adgang til markedet for 3G-mobiltelekommunikation. Institutionen har derfor ikke opfyldt sin forpligtelse til at foretage en objektiv analyse af aftalens indflydelse på konkurrencesituationen.

78 Det kan ikke antages, at denne mangel har været uden konsekvenser. Det følger nemlig af de overvejelser, der er fremsat i beslutningen i forbindelse med analysen af aftalen i forhold til betingelserne efter artikel 81, stk. 1, EF, vedrørende muligheden for at tildele en fritagelse, at det ifølge Kommissionen selv ville have været mindre sandsynligt, at O2 uden aftalen på egen hånd havde været i stand til fra starten at tilbyde bedre dækning, kvalitet og transmissionshastighed på 3G-tjenesterne, at etablere et net og udbyde 3G-tjenester hurtigt, at få adgang til de pågældende engros- og detailmarkeder samt således at være en effektiv konkurrent (betragtning 122-124, 126 og 135). Ud fra disse betragtninger har Kommissionen fundet, at man kunne tildele aftalen en fritagelse.

79 Det fremgår heraf, at der foreligger usikkerhed om konkurrencesituationen og særligt O2's stilling, hvis aftalen ikke fandtes. Det viser, at O2's tilstedeværelse på markedet for 3G-telekommunikation ikke kunne anses for opnået, som Kommissionen har hævdet, og at en gennemgang i den forbindelse — ikke kun med hensyn til tildelingen af en fritagelse, men forud herfor med hensyn til en økonomisk analyse af aftalens virkninger på konkurrencesituation — havde været nødvendig for at bestemme, om artikel 81, stk. 1, EF fandt anvendelse.

Aftalens indflydelse på konkurrencen

80 Sagsøgeren har over for Kommissionen påtalt, at denne holdt sig til et standpunkt bestående i, at man anså roamingen for i sig selv at være konkurrencebegrænsende, og at den ved generelle, ikke beviste udtalelser fastslog, at aftalen ikke var forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

- 81 Det fremgår af beslutningen, at Kommissionen for så vidt angår den indenlandske roamings virkninger på konkurrence på engrosmarkederne udtaler, at »indenlandsk roaming mellem netoperatører [...] pr. definition begrænser konkurrencen mellem disse operatører inden for alle beslægtede netmarkeder, hvad angår væsentlige parametre såsom dækning, kvalitet og (debit) transmissionshastighed« (betragtning 107).
- 82 Endvidere forklarer Kommissionen, at den indenlandske roaming »begrænser konkurrencen på dækningsgraden, fordi en operatør, som benytter sig af roaming, ikke etablerer sit eget net for at dække så stort et befolkningsudsnit og geografisk område som muligt, men i stedet forlader sig på den dækning, han opnår via fremmednettet«. Den tilføjer, at »[i]ndenlandsk roaming [også] begrænser [...] konkurrencen hvad angår nettets kvalitet og transmissionshastigheden, eftersom det afhænger af fremmednettets kvalitet og hastigheder, som fastlægges af en anden operatør ud fra dennes tekniske og kommercielle valg«, og at »selskabet [O2] ved faktureringen af sine engrosnet- og -adgangstjenester [må] tage hensyn til de engrostakster, det selv skal betale til T-Mobile« (betragtning 107).
- 83 Kommissionen præciserer, at »[e]ftersom O2 [...] og T-Mobile således kun i begrænset omfang kan konkurrere på dækning, kvalitet, transmissionshastigheder og engrostakster, påvirker O2 [...] og T-Mobiles indenlandske roaming på hinandens 3G-net konkurrencen på alle markeder for 3G-net i Tyskland« (betragtning 109), og at »[i]ndenlandsk roaming på engrosniveau medfører mere ensartede vilkår på detailniveau, eftersom nettet sandsynligvis har en tilsvarende dækning, kvalitet og transmissionshastighed« (betragtning 111).
- 84 Kommissionen finder ligeledes, at det, at »den anden part skal forhåndsgodkende [...] salg af roamingkapacitet til MVNO'er, som ønsker at udbyde taletelefonitjene-

ster til slutbrugere«, begrænser kundetyperne, og at det »begrænser produktionen og derfor udgør en konkurrencebegrænsning« (betragtning 115 og 116).

- 85 Det ses af disse overvejelser, at en roamingaftale i sig selv — som den af parterne indgåede — medfører en begrænsning af konkurrencen, idet den indenlandske roaming gør operatøren, som benytter sig heraf, afhængig af fremmednetoperatøren. Begrænsningen viser sig i tre henseender. For det første viser den sig med hensyn til nettets dækningsområde, fordi roamingen bremser udbygningen af den operatørs net, som benytter sin medkontrahents net. For det andet viser den sig for så vidt angår nettets kvalitet og transmissionshastigheden, fordi operatøren, der benytter sig af roaming, er afhængig af fremmednettets kvalitet og hastigheder, som fastlægges af en anden operatør ud fra dennes tekniske og kommercielle valg. For det tredje viser den sig for så vidt angår engrostaksterne hos den operatør, som benytter sig af roaming, hvilke er afhængige af de engrostakster, der betales til fremmednetoperatøren, som det ville være tilfældet i den foreliggende sag.
- 86 Ingen af disse generelle overvejelser, der kan fremføres for enhver aftale om indenlandsk roaming, er støttet på præcise forhold, som beviser deres rigtighed i sagen vedrørende aftalen mellem O2 og T-Mobile.
- 87 Beslutningen indeholder ganske vist i visse betragtninger forskellige forhold, hvor aftalens sammenhæng beskrives. Den økonomiske, juridiske og tekniske sammenhæng, som aftalen er en del af (betragtning 6-22), beskrives, og aftalens sammenhæng i de forskellige kontraktmæssige bestemmelser vises i forhold til udvidet deling af anlægspladser, RAN-delning og indenlandsk roaming (betragtning 23-43). I beslutningen gennemgås ligeledes de pågældende markeder, dvs. engros- og detailmarkederne samt markederne for varer og tjenester, ligesom de geografiske markeder (betragtning 44-72), og der gives oplysninger om markedernes opbygning ved særlig overvejelse af, hvilke konkurrenter der var faktiske eller potentielle på de forskellige markeder (betragtning 73-77 og 96-99).

- 88 Disse forhold, der er fremlagt som præsentation af den sektor, hvor de pågældende virksomheder opererer, afklarer imidlertid ikke vurderingen af aftalens virkning.
- 89 På baggrund af en forespørgsel fremsat ved retsmødet om, hvilke konkrete og specifikke forhold der — ud over den generelle vurdering af den indenlandske roamings konkurrencebegrænsende karakter — her i sagen ligger til grund for denne vurdering samt er kendetegnende for aftalen og fremgår af beslutningen, har Kommissionen, efter at have fremhævet det pågældende markeds intensitet, med fire operatører fremlagt to aspekter, der ikke kan genfindes i alle aftaler om roaming. For det første udgør roamingen en væsentlig del af aftalen. Den skaber en situation, hvor O2 ikke er forpligtet til at udbygge et net generelt i Tyskland og har en særlig negativ indvirkning i kerneområder i byerne, hvor den økonomiske holdbarhed er længere. For det andet betyder fremgangsmåden til fastsættelse af engrospriserne, der indeholder en fiksdelt, at O2's takster afhænger af det, som betales til T-Mobile. Denne fremgangsmåde begrænser konkurrencen, idet den indskrænker O2's handlefrihed for at tilpasse priserne på markedet. Kommissionen har derudover gjort gældende, at vurderingen, der fremgår af betragtning 107 til beslutningen, er klargjort i denne som helhed.
- 90 Med hensyn til de af Kommissionen to nævnte forhold skal det således undersøges, om den anfægtede beslutning skaber de konkurrencebegrænsninger, der kritiseres i beslutningen.
- 91 For det første fremgår det af beslutningen, især betragtning 107 og 108, for så vidt angår roamingens betydning i aftalen og dens anførte begrænsende virkning i kerneområderne i byerne, at Kommissionen for at fastslå den indenlandske roamings og, i den foreliggende sag, aftalens pr. definition konkurrencebegrænsende karakter har fundet, at dens indvirkning var mere negativ i de områder, hvor konkurrencen kunne udøves under økonomisk holdbare betingelser, navnlig i kerneområder i byerne; ifølge Kommissionen var den indenlandske roaming i disse områder ikke berettiget.

- 92 Det fremgår af sagens akter, at parterne med henblik på at afpasse de kontraktmæssige rammer efter markedsudviklingen, særligt for så vidt angår indenlandsk roaming, ved tre tilfælde — den 20. september 2002 samt den 22. januar og 21. maj 2003 — ændrede den oprindelige aftale af 20. september 2001, der blev anmeldt den 6. februar 2002. Den ændrede aftale udpeger således nøjagtigt tre områder, nemlig byområder, regioner af sekundær kommerciel betydning og regioner af mindre kommerciel betydning, og foreskriver for førstnævnte områder, at roamingen her udøves i løbet af en korterevarende periode. Det fremgår nemlig af aftalens opbygning som fremstillet i beslutningen, at adgangsrettighederne til roaming afhænger af dækningsområderne af befolkningen, og at en tidsplan for ophævelsen af disse rettigheder er fastsat.
- 93 Beslutningen indeholder dog ikke, skønt den er vedtaget i forhold til den ændrede aftale, ved gennemgangen af aftalen i forhold til bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, som her er omhandlet, en konkret vurdering af de nævnte forhold på konkurrencen, eftersom disse netop ikke passer i tid og sted til den indenlandske roaming, der forudses af aftalen. Det ses særligt, at den overordnede vurdering af roamingens begrænsende karakter ikke støttes i forhold til det grundlæggende parameter, aftalens varighed, dvs. med hensyn til den tidsplan, der er fastsat for hvert område for ophævelsen af roamingen.
- 94 Ved analysen af aftalens forenelighed med fællesmarkedet påhvilede det dog klart institutionen at overveje disse nye forhold, der fulgte af de aftaleændringer, som var foretaget under den administrative procedure, og som særligt vedrørte roaming i byområder, og i givet fald at genoverveje visse vurderinger.
- 95 En virksom hensyntagen til ændringerne i aftalen vedrørende roamingen i byområder ved undersøgelsen af, om aftalen var forenelig med fællesmarkedet, kunne nemlig føre Kommissionen til andre konklusioner end dem, den nåede frem

til i beslutningen, særligt for så vidt angår behovet for disse nye forhold, for at O2 kunne få adgang til 3G-markedet i byområder.

- 96 En sådan hensyntagen til de konkrete ændringer, hvorefter den indenlandske roaming er affattet i den ændrede aftale, forefindes i den anfægtede beslutning kun inden for rammerne af undersøgelsen af, om der kan tildeles en fritagelse i medfør af bestemmelserne i artikel 81, stk. 3, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, hvilket ikke kan afhjælpe de ovenfor konstaterede mangler. Analysen af aftalens forenelighed med fællesmarkedet og — for det tilfælde, at aftalen skulle blive underkendt — analysen af muligheden for at tildele aftalen en fritagelse følger nemlig forskellige fremgangsmåder, idet sidstnævnte særligt kræver, at beviset for aftalens uforenelighed er blevet behørigt ført inden for rammerne af førstnævnte.
- 97 Kommissionens forklaringer ved retsmødet bekræfter, at der ved analysen af aftalen på grundlag af bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ikke er taget hensyn til de pågældende ændringer. Kommissionen har nemlig udtalt, at institutionen ikke kan kritiseres for ikke at have undersøgt, om indenlandsk roaming i byområder var nødvendig for at O2 kunne få adgang til markedet, fordi den oprindeligt anmeldte aftale ikke foreskrev roaming i byområder.
- 98 For så vidt angår dette første punkt skal det derfor fastslås, at Kommissionen, ved ikke at have afpasset sin analyse efter de nye oplysninger i sagsakterne vedrørende roamingen i byområder ligeledes har afstedkommet, at der ved dens vurdering hæfter en analysemangel af de omstændigheder, den var forelagt af ophavsmændene til anmeldelsen.
- 99 For det andet er den angivelige begrænsende virkning for så vidt angår det andet konkurrencebegrænsende forhold, der ifølge Kommissionen er karakteristisk for aftalen, dvs. fremgangsmåden for fastsættelse af priser, som er nævnt i præmis 89 ovenfor, ikke blevet bevist.

- 100 Hvad nu dels angår indvirkningen af de engrospriser, der betales til T-Mobile, på O2's engros- og detailpriser, er sagsøgeren ud fra denne betragtning i en situation svarende til den, der gælder for enhver virksomhed i forhold til dens leverandører. O2, og i øvrigt også T-Mobile, er afhængige af de takster, deres leverandører fakturerer dem for varer og tjenester, som de har adgang til, og som kan medføre, at deres omkostninger overvæltet på deres kunder. Endvidere er den påståede takstafhængighed ikke bevist. Den modsiges endda af udtalelsen i beslutningen om, at aftalens parter har forskellige principper for fakturering (betragtning 140). Derudover har sagsøgeren som svar på de spørgsmål, der er forelagt Retten som nævnt i præmis 36 ovenfor om opbygningen af O2's priser, fremlagt oplysninger, hvoraf fremgår, at selskabet bestræber sig på at adskille sig fra T-Mobile ved at yde varer og tjenester under andre navne, andre abonnementsordninger og faktureringsmetoder, der anvender andre nævnere.
- 101 Hvad dels angår spørgsmålet, om der foreligger en fast afgift, som O2 betaler til T-Mobile, skal det fastslås, at beslutningen ikke indeholder en analyse af denne forpligtelse til en fast betaling. Kommissionen har ved retsmødet endvidere også indrømmet, at denne del ikke var blevet diskuteret ved den administrative procedure.
- 102 Det følger af ovenstående, at den generelle vurdering i betragtning 107 til beslutningen — indenlandsk roaming begrænser konkurrencen, fordi den giver operatøren, der benytter sig af roaming, mulighed for at forsinke udbygningen af sit eget net, og fordi den stiller denne operatør i et teknisk og økonomisk afhængighedsforhold til fremmednetoperatøren — ikke støttes på konkrete forhold, som er karakteristiske for aftalen, og som fremgår af beslutningen. Beslutningen afslører desuden, at de ændringer, der er foretaget til aftalen vedrørende roaming i byområder, ikke er vurderet.
- 103 Denne generelle vurdering forekommer i øvrigt heller ikke at følge af bestemmelserne i fællesskabsretten, der regulerer sektoren for telekommunikation. Som det fremgår af de svar, Kommissionen har afgivet på Rettens spørgsmål, og som er

nævnt i præmis 36 ovenfor, behandles aftaler om indenlandsk roaming og deres forenelighed med Fællesskabets retsregler om konkurrence ikke i nogen af de direktiver, der vedrører sektoren for telekommunikation, selv om sådanne aftaler særligt i medfør af bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF skal underlægges konkurrenceretten.

104 Derudover er den generelle vurdering af den indenlandske roaming foretaget af Kommissionen, som sagsøgeren har gjort gældende, ikke bevist i forhold til de relevante omstændigheder vedrørende markedet, som de er beskrevet i selve beslutningen.

105 Det fremgår nemlig af beslutningen, som foretager en generalisering af de oplysninger, der på daværende tidspunkt var tilgængelige vedrørende situationen på markedet for 2G-mobiltelekommunikation, at T-Mobile — som oprindeligt var forbundet med den tidligere operatør Deutsche Telekom — sandsynligvis har en andel på 100% af det her omhandlede engrosmarked for indenlandsk 3G-roaming. Det præciseres endvidere i beslutningen, at mulighederne for at trænge ind på markedet som netoperatør er begrænsede som følge af det begrænsede antal licenser, deres omkostninger og de nødvendige væsentlige investeringer med henblik på 3G-nettets infrastruktur (betragtning 74 og 75).

106 For så vidt angår detailmarkedet for 3G-tjenester udtaler beslutningen, at seks operatører har fået licens. Ud over T-Mobile og O2 er der tale om D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom og Group 3G, hvoriblandt O2 er den sidst ankomne på markedet, og de væsentligste konkurrenter på detailmarkederne udgøres af de fire. Det præciseres i beslutningen, at deres respektive markedsandele for 2G-kommunikation, der på tidspunktet for beslutningens vedtagelse var de eneste tilgængelige oplysninger, udgjorde 41,7% for T-Mobiles vedkommende, D2 Vodafone havde 38,3%, E-Plus 12,2%, og O2 havde 7,8% (betragtning 76 og 77).

107 Det ses af denne fremstilling, at T-Mobile er en central operatør på det tyske marked for mobiltelekommunikation, at det drejer sig om engros- eller detailmarkeder, og at O2 som den sidst ankomne operatør på det tyske marked fremstår i den mest udsatte konkurrencestilling. Selv om O2, som det fremgår af beslutningen (betragtning 97), ikke står helt uden netinfrastruktur, stiller selskabets mindre markedsandele og dets situation som den sidst ankomne det objektivt set i en mindre fordelagtig stilling.

108 O2's afhængighed, der kritiseres af Kommissionen, skyldes således en faktisk ulighed, som aftalen netop søger at rette op på ved at stille O2 i en mere fordelagtig konkurrenceposition, idet selskabets reelle situation forekommer at være den mindst konkurrencedygtige i forhold til de andre operatører, der udpeges i beslutningen og er faktiske eller potentielle konkurrenter. O2's afhængighed af T-mobiles net forstås derudover som midlertidig, da den har til formål at falde igennem hele perioden i takt med tidsplanen for ophævelsen af adgangsrettighederne til roaming, som den er foreskrevet i de ændrede bestemmelser i den anmeldte aftale, der er blevet forelagt Kommissionen til undersøgelse inden for rammerne af den administrative procedure. Det bevises vedrørende dette ikke i beslutningen, der — som det tidligere er blevet fremhævet — ikke fremlægger noget konkret, at aftalen om udbygning af O2's net har konkurrencebegrænsende virkning. Så meget desto mere har Kommissionen ikke bevist, hvilket den hævder i sine skriftlige indlæg, at aftalen tjener til at forsinke, endda begrænse, udbygningen af O2's net. De skrivelser, som Kommissionen har fremlagt i sagen, navnlig skrivelserne af 4. marts og af 9. april 2003, viser tværtimod, at aftalen har til formål at give O2 mulighed for en rentabel udbygning af sit 3G-net i overensstemmelse med de krav, der er pålagt ved selskabets licens om tidsplan og dækning.

109 I den foreliggende sag kan det således ikke udelukkes, at en roamingaftale som den, der er indgået mellem T-Mobile og O2, i stedet for at begrænse konkurrencen mellem netoperatørerne under visse betingelser tværtimod kan give mulighed for, at den mindste operatør kan konkurrere med de centrale aktører, konkret T-Mobile, men ligeledes D2-Vodafone på detailmarkedet, endda dominerende, som T-Mobile er det på engrosmarkedet.

- 110 Denne særlige sammenhæng, der følger af det pågældende opståede markeds særlige karakter, er der ikke blevet taget hensyn til ved vurderingen af aftalens forenelighed med fællesmarkedet inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.
- 111 Når Kommissionen efter bestemmelserne i artikel 81, stk. 3, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, har besluttet at tildele en fritagelse, idet den har anset aftalen for nødvendig, og at O2 uden denne ikke effektivt ville være i stand til at trænge ind på markedet, har den derimod taget denne særlige sammenhæng i betragtning.
- 112 Det fremhæves således i beslutningen, at O2 takket være aftalen vil befinde sig i en bedre konkurrencestilling inden for det område, som er underlagt kravet om dækning af 50% af befolkningen inden den 31. december 2005 (betragtning 123), og at det er usandsynligt, at det uden for dette område ville kunne opfylde licenskravene (betragtning 126). Det siges ligeledes, at O2 »[s]om den mindste [...] operatør på det tyske mobilmarked med en lille andel af 2G-markedet (ca. 8%) [...] imidlertid næppe [vil] være i stand til hurtigt at opbygge et kvalitetsnet, der dækker et tilstrækkeligt stort område til, at selskabet fra starten kan konkurrere effektivt med andre etablerede licenshavende operatører af 3G-net og -tjenester i Tyskland« (betragtning 124).
- 113 Som led i en mere generel og konkluderende vurdering tilføjes det i beslutningen, at »O2[']s roaming på T-Mobiles net selv i de største byområder i et begrænset tidsrum [betragtes] som forholdsmæssig og uundværlig, hvilket ikke nødvendigvis ville være tilfældet for operatører med mere etablerede markedspositioner« (betragtning 133). Endelig fremgår det, at »[h]vis O2 [...] ikke har mulighed for indenlandsk roaming for 3G-tjenester på T-Mobiles net, bliver selskabet en mindre effektiv konkurrent i etableringsfasen, som næppe ville komme ind på 3G-engros- og -detailmarkedet som konkurrent på landsplan (eller i hvert fald ikke som konkurrent, der tilbyder den bredeste geografiske dækning, som kan forventes på dette tidspunkt)« (betragtning 135).

- 114 Det fremgår således af den gennemgang, der er foretaget inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, at O2's konkurrencesituation på 3G-markedet under hensyntagen til det pågældende opståede markeds særlige karakter sandsynligvis ikke ville have været sikret uden aftalen og endda ville have været skadet. Disse vurderinger bekræfter, at Kommissionens forudsætninger i den undersøgelse, den har udført inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ikke er bevist.
- 115 Kommissionens anbringende ved retsmødet om, at der vil være stor forskel mellem ikke at kunne trænge ind på markedet og trænge ind på markedet med vanskeligheder, kan i hvert fald ikke svække betragtningerne ovenfor, eftersom netop Kommission i beslutningen på grundlag af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ikke har foretaget en objektiv analyse af konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes.
- 116 Det følger af ovenstående, at beslutningen, for så vidt som den angår anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, er behæftet med en analysemangel, både for så vidt som den ikke indeholder en objektiv drøftelse af konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes, hvilket fordrejer bedømmelsen af aftalens faktiske og potentielle virkning på konkurrencen, og for så vidt som den konkret ikke, i sammenhæng med det pågældende opståede marked, beviser, at aftalens bestemmelser vedrørende roamingen har konkurrencebegrænsende virkninger, men i den henseende indskrænker sig til en cirkelslutning og generelle påstande.
- 117 Herefter skal påstandene om delvis annulation af artikel 2 og artikel 3, litra a), i Kommissionens beslutning 2004/207/EF af 16. juli 2003 tages til følge, uden at det er nødvendigt at tage stilling til søgsmålets anden påstand.

Sagens omkostninger

- 118 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

- 1) **Artikel 2 og artikel 3, litra a), i Kommissionens beslutning 2004/207/EF af 16. juli 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) annulleres, for så vidt som de medfører, at aftalebestemmelserne, der er foreskrevet af disse artikler, omfattes af anvendelsesområdet for artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53.**
- 2) **Kommissionen betaler sagens omkostninger.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 2. maj 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitssekretær

Afdelingsformand