

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)
de 2 de mayo de 2006*

En el asunto T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, con domicilio social en Múnich (Alemania), representada por los Sres. N. Green, QC, y K. Bacon, Barrister, así como por el Sr. B. Amory y la Sra. F. Marchini Camia, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por los Sres. R. Wainwright, S. Rating, y P. Oliver, y posteriormente por los Sres. É. Gippini Fournier y P. Hellström y la Sra. K. Mojzesowicz, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto la anulación del artículo 2 y del artículo 3, letra a), de la Decisión 2004/207/CE de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes) (DO L 75, p. 32),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. H. Legal, Presidente, y el Sr. P. Mengozzi y la Sra. I. Wiszniewska-Białecka, Jueces;

Secretaria: Sra. K. Pocheć, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 7 de diciembre de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (en lo sucesivo, «O2»), filial al 100 % de mmO2 plc, antiguamente denominada BT Cellnet Limited, empresa controlada anteriormente por British Telecommunications plc, opera redes y servicios de telecomunicaciones móviles digitales en Alemania, donde es el último de los cuatro

operadores que actúan en el mercado basados en una licencia GSM (Global System for Mobile Communications; sistema global para comunicaciones móviles) 1800 concedida en 1997. O2 obtuvo, además, una licencia UMTS (Universal Mobile Telecommunications System, sistema universal de telecomunicaciones móviles) en agosto de 2000.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (en lo sucesivo, «T-Mobile»), propiedad al 100 % de T-Mobile International AG, a su vez filial al 100 % del operador histórico Deutsche Telekom AG, es un operador alemán de redes y servicios de telecomunicaciones móviles digitales. T-Mobile, que utiliza las normas GSM, proporciona en Alemania servicios GSM basados en una licencia GSM 900 y obtuvo, en agosto de 2000, una licencia UMTS.
- 3 La normativa nacional alemana, así como las licencias concedidas a O2 y a T-Mobile establecen, en particular, criterios de despliegue de las redes en términos de cobertura efectiva de la población según un calendario específico. Esta cobertura debía alcanzar el 50 % de la población a finales de 2005.
- 4 El 6 de febrero de 2002, O2 y T-Mobile notificaron a la Comisión un acuerdo marco, con fecha de 20 de septiembre de 2001, relativo al uso compartido de infraestructuras e itinerancia nacional para las telecomunicaciones móviles de tercera generación (en lo sucesivo, «3G») en el mercado alemán, que fue modificado por acuerdos complementarios de 20 de septiembre de 2002 y de 22 de enero y 21 de mayo de 2003. T-Mobile y O2 solicitaban poder beneficiarse de una declaración negativa en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) o, en su defecto, de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, y del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE.
- 5 El 7 de diciembre de 2001, el Organismo Regulador de Correos y Telecomunicaciones alemán estimó que el acuerdo era conforme a la normativa nacional.

- 6 El 16 de julio de 2003, la Comisión adoptó la Decisión 2004/207/CE, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes) (DO L 75, p. 32; en lo sucesivo, «Decisión»). En ella llega a la conclusión de que no hay motivos para iniciar un procedimiento con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, y al artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE respecto a las disposiciones del acuerdo relativas al uso compartido de emplazamientos (artículo 1). Por otra parte, conforme al artículo 81 CE, apartado 3, y al artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, declara inaplicables el artículo 81 CE, apartado 1, y el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE a las disposiciones del acuerdo relativas a la itinerancia, en los períodos que en la Decisión se indican (artículos 2 y 3).

- 7 La Decisión, tras presentar el contexto jurídico y fáctico del desarrollo reciente de las comunicaciones móviles en la Unión Europea, marcado por generaciones tecnológicas sucesivas, indica que el acuerdo tiene como objetivo, en particular, ampliar la cobertura geográfica y lograr un rápido despliegue de la red y de los servicios 3G, y que prevé una colaboración entre las partes para el uso compartido de emplazamientos, el uso compartido de la red de acceso de radio (RAN) y la itinerancia nacional (considerando 24). La Decisión añade que el acuerdo prevé que estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2011 y que, en principio, se renovará automáticamente por períodos de dos años (considerando 43)

- 8 La Decisión expone que el uso compartido de la red 3G incluye varios niveles, a saber, en orden creciente, el uso compartido de emplazamientos, el uso compartido de estaciones de base (nodos B) y antenas, el uso compartido de los reguladores de red radioeléctrica (RNC: Radio Network Controllers), el uso compartido de las redes de base y el uso compartido de las frecuencias (considerandos 12 y 15).

- 9 La Decisión precisa que el RAN incluye los mástiles y antenas, las casetas asociadas a los mismos y la fuente de alimentación, así como antenas, combinadores y enlaces, nodos B y los controladores de red radioeléctrica (considerando 13).

- 10 La Decisión indica que la itinerancia nacional permite a los operadores concernidos, sin compartir ningún elemento de red, utilizar la red de los demás operadores para proporcionar servicios a sus propios clientes (considerando 16).
- 11 La Decisión indica que la itinerancia nacional prevista por el acuerdo comprende, por un lado, la itinerancia de O2 en la red de T-Mobile en el área sometida a la obligación de cobertura del 50 % y, por otro lado, la itinerancia recíproca fuera de esta área (puntos 4.3.1 y 4.3.2).
- 12 En lo que atañe al mercado de productos de referencia, la Comisión considera que, en el sector de las telecomunicaciones, del que aquí se trata, los mercados de servicios y de acceso a la red principalmente afectados por el acuerdo son, por un lado, el mercado de emplazamientos y de infraestructura de emplazamientos para equipo móvil digital de radiocomunicaciones y, por otro lado, el mercado de acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones 3G. Añade que están indirectamente afectados los mercados de acceso al por mayor de servicios 3G, así como los mercados al por menor en sentido descendente de servicios 3G (considerando 46).
- 13 La Comisión estima que los mercados geográficos afectados son de dimensión nacional y comprenden todo el territorio alemán (considerandos 60, 64 y 72).
- 14 Por lo que respecta a la estructura del mercado, la Decisión examina en particular, por un lado, el acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones de 3G y, por otro, los servicios 3G al por menor.

- 15 La Comisión estima que T-Mobile tiene una cuota de mercado del 100 % en el mercado de itinerancia nacional de telecomunicaciones móviles de segunda generación (en lo sucesivo, «2G») al por mayor en Alemania y que, en lo que atañe a la itinerancia nacional 3G, los principales competidores potenciales o reales en los mercados de acceso y servicios al por mayor son los otros dos operadores con licencias que prevén desplegar redes y servicios 3G en Alemania, es decir, D2 Vodafone y E-Plus.
- 16 Por lo que respecta a los mercados 3G al por menor, la Comisión considera que los principales competidores son D2 Vodafone y E-Plus, así como proveedores potenciales de servicios como Mobilcom y Debitel, basándose en los datos disponibles relativos a la situación de los servicios al por menor 2G, en los cuales las cuotas de mercado en 2002 se estimaban en el 41,7 % para T-Mobile, 38,3 % para D2 Vodafone, 12,2 % para E-Plus y 7,8 % para O2 (considerandos 74 a 77).
- 17 Según la Decisión, el acuerdo notificado es un acuerdo de cooperación horizontal entre dos competidores que también implica ciertos aspectos verticales. A su juicio, el acuerdo no tiene por objeto restringir la competencia, pero puede tener tal efecto en la medida en que las partes son competidoras en los mercados de que se trata (considerando 92).
- 18 La Comisión considera que el uso compartido de emplazamientos y los intercambios de información a los que da lugar no implicarán restricciones de la competencia (considerandos 95 a 103 y artículo 1). El uso compartido de RAN, al no estar previsto en el momento de adoptarse la Decisión, no se examina (considerando 104).
- 19 En cambio, la Comisión estima que la itinerancia nacional entre los operadores de red con licencia para desplegar y operar sus propias redes móviles digitales restringe por definición la competencia entre estos operadores en cuanto a parámetros clave (considerando 107).

- 20 La Comisión considera, en primer lugar, que la itinerancia tiene efectos en los mercados al por mayor. Expone que existe restricción de la competencia, por un lado, en la cobertura, puesto que el operador que practica la itinerancia no despliega suficientemente, según la Comisión, su propia red, y, por otro lado, en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, puesto que el operador de itinerancia se verá restringido por las decisiones técnicas y comerciales tomadas por el operador de la red de acogida. Además, las tarifas al por mayor facturadas por el operador de itinerancia a los adquirentes de sus servicios dependerá de los precios al por mayor pagados al operador de acogida. Los efectos restrictivos serán más desfavorables en las áreas donde existan claros motivos económicos para el desarrollo de redes paralelas competidoras, especialmente en el centro de las áreas urbanas. La Comisión estima que el efecto restrictivo de la competencia es apreciable puesto que se trata de mercados emergentes en los que las barreras de entrada debidas a los requisitos para la obtención de licencia y a los requisitos de inversión son muy elevadas (considerandos 107 a 110).
- 21 A continuación, la Comisión estima que la itinerancia tiene efectos restrictivos en los mercados al por menor porque da lugar, en ellos, a una mayor uniformidad de las condiciones aplicables a los servicios. Además, el sistema de precio convenido entre las partes podría dar lugar a un riesgo de coordinación de los niveles de precios al por menor (considerandos 111 y 112).
- 22 La Comisión considera igualmente que las modalidades de la reventa de capacidad de itinerancia a «MVNO» (Mobile Virtual Network Operators, operadores de redes virtuales móviles), reventa para la cual el acuerdo requiere la aprobación previa de la otra parte, al limitar las categorías de clientes, limita la producción y constituye una restricción de la competencia (considerandos 115 y 116).
- 23 En cambio, por lo que respecta a las demás disposiciones del acuerdo relativas a la itinerancia, estima que los requisitos de compra mínima de O2 a T-Mobile no constituyen una restricción adicional de la competencia (considerandos 113 y 114) y que la limitación de la reventa de derechos de itinerancia a otros operadores de red

autorizados y los intercambios de información vinculados a la itinerancia no constituyen restricciones de la competencia (considerandos 117, 118 y 119).

- 24 La Comisión considera que el acuerdo afecta al comercio entre los Estados miembros del EEE (considerando 120).
- 25 La Comisión examina a continuación el acuerdo en relación con los requisitos enunciados en el artículo 81 CE, apartado 3, y en el artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE para la concesión de una excepción.
- 26 En primer lugar, la Comisión considera que el acuerdo contribuye a la mejora de la producción y de la distribución de los servicios afectados, así como al fomento del progreso técnico y económico.
- 27 Por lo que respecta a la itinerancia en la zona de cobertura del 50 % de la población, la Decisión indica que O2 podrá desde el principio ofrecer mejor cobertura, mayor calidad y mayor capacidad de transmisión para sus servicios en la fase de desarrollo en competencia con los otros proveedores de servicios 3G al por mayor y al por menor de lo que podría ofrecer aisladamente (considerandos 123 y 124).
- 28 Por lo que respecta a la itinerancia fuera de la zona de cobertura del 50 % de la población, la Decisión indica que O2 podrá ser activa como competidor, ofreciendo cobertura a nivel nacional en mercados 3G al por menor, mientras que, sin el acuerdo, probablemente no habría estado en condiciones de cumplir la obligación de cobertura impuesta por su licencia en la zona de que se trata (considerando 126). Según la Comisión, la reventa de acceso a itinerancia a los MVNO promueve la competencia en los mercados de itinerancia nacional 3G y de tiempo de transmisión

al por mayor y al por menor (considerando 127). Además, el acuerdo permite a las partes, y en especial a T-Mobile, hacer un uso más intensivo y por tanto más eficaz de su red, especialmente en áreas menos densamente pobladas (considerando 128).

- 29 En segundo lugar, la Comisión estima que el efecto positivo de la itinerancia nacional 3G en la posición competitiva de O2 acrecentará la competencia en los mercados de redes y servicios móviles digitales, que los competidores tendrán incentivos para sacar nuevos servicios al mercado y que recibirán mayores presiones para reducir los precios. Además, la Comisión indica que los ahorros de costes derivados de la mayor competencia en el mercado al por menor probablemente se trasladarán a los usuarios finales (considerandos 129 y 130).
- 30 En tercer lugar, la Comisión considera que las cláusulas del acuerdo son indispensables y proporcionadas para garantizar los beneficios señalados, habida cuenta de la posición más débil de O2 en el mercado (considerandos 131 a 133). La restricción en la reventa de itinerancia a los MVNO de voz le parece, por un lado, necesaria para que el acuerdo pueda ser beneficioso y, por otro lado, proporcionada, pues se limita a los servicios vocales (considerandos 134 a 136).
- 31 En cuarto lugar, la Comisión estima que el acuerdo aumenta la competencia entre los cuatro operadores de redes y servicios de 3G titulares de licencias que tienen previsto desplegar redes de 3G en Alemania, la competencia entre los proveedores de servicios y la competencia de los MVNO (excluidos los servicios vocales). Según la Comisión, el acuerdo también deja un amplio margen para la competencia efectiva entre las partes del acuerdo, ya que el operador de la red de origen controlará su propia red básica, por lo que podrá diferenciar su oferta de servicios (considerandos 137 y 138). Además, se indica que el operador de la red de origen seguirá siendo quien fije los precios y facture los servicios y que las partes recurren a principios de facturación diferentes (considerando 140). La Comisión considera en definitiva que la eliminación, parcial, de la competencia de los MVNO se ve compensada en gran medida por los efectos globales favorables a la competencia del acuerdo (considerando 142).

32 En conclusión, tras indicar que los efectos probables de las restricciones no pueden evaluarse durante un período superior a cinco años (considerando 144), la Comisión decide:

- no aplicar el artículo 81 CE, apartado 1, ni el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE a las disposiciones del acuerdo relativas al uso compartido de emplazamientos, al intercambio de información necesario para hacer posible el uso compartido de emplazamientos y relativas a la restricción del acuerdo sobre la reventa de itinerancia nacional a otros operadores de red autorizados (artículo 1);

- conceder una excepción, conforme al artículo 81 CE, apartado 3, y al artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, a las disposiciones del acuerdo relativas a la oferta de itinerancia nacional 3G por T-Mobile a O2, en el área sujeta a la obligación de proporcionar cobertura al 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005, en los períodos siguientes:
 - desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2005 para las ciudades situadas en un área que comprende regiones mayoritariamente urbanas (área 1), salvo en las áreas subterráneas;

 - desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2007 para las regiones situadas en un área que comprende regiones urbanas más pequeñas de importancia secundaria (área 2), salvo en las áreas subterráneas;

 - desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2008 para las regiones que figuran en un área que comprende regiones urbanas más pequeñas de menor importancia comercial (área 3) y en cualquier área subterránea de las ciudades y regiones que figuran en las áreas 1, 2 y 3 (artículo 2).

- 33 La Comisión concede igualmente una exención, desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2008, a la provisión de itinerancia nacional 3G entre T-Mobile y O2 fuera de la zona sujeta a la obligación de proporcionar cobertura al 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005, según lo establecido en el acuerdo [artículo 3, letra a), de la Decisión], así como a la restricción prevista por el acuerdo en la reventa de derechos de itinerancia a determinados MVNO [artículo 3, letra b), de la Decisión].

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 34 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de septiembre de 2003, O2 interpuso el presente recurso.
- 35 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió abrir la fase oral del procedimiento tras haber acordado previamente una diligencia de ordenación del procedimiento.
- 36 Mediante diligencia de ordenación del procedimiento notificada el 26 de octubre de 2005, el Tribunal de Primera Instancia instó, por un lado, a la Comisión a precisar los fundamentos, basados en las disposiciones legales, en la jurisprudencia, en el análisis económico y en su doctrina, de la apreciación formulada en el considerando 107 de la Decisión según la cual «la itinerancia nacional [...] restringe por definición la competencia» y, por otro lado, a O2 a precisar las consecuencias de un despliegue más rápido de su red sobre las obligaciones de compra de derechos de itinerancia previstas por el acuerdo y a dar indicaciones acerca de las particularidades de su sistema de precios.
- 37 La demandante y la Comisión respondieron a estas peticiones mediante escritos registrados el 24 de noviembre de 2005.

38 En la vista de 7 de diciembre de 2005 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

39 O2 solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule el artículo 2 y el artículo 3, letra a), de la Decisión 2004/207/CE de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Participación de redes).

- Condene en costas a la Comisión.

40 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

1. Sobre la admisibilidad y el alcance de las pretensiones de anulación

Alegaciones de las partes

41 Con carácter preliminar, la Comisión expone que la Decisión distingue los aspectos horizontales del acuerdo y sus aspectos verticales y que la demandante desatiende

esta distinción y hace una interpretación inexacta de la jurisprudencia y de su relación contractual con T-Mobile. Alberga dudas en cuanto al interés de O2 en ejercitar la acción, puesto que la demandante solicita la anulación del artículo 2 y del artículo 3, letra a), de la Decisión, que se refieren a los aspectos horizontales del acuerdo, y no la anulación del artículo 3, letra b), que se refiere a sus aspectos verticales. De este modo, según la Comisión, la demandante admite que esta parte del acuerdo entraba dentro del ámbito de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, y necesitaba una exención.

42 Además, la Comisión expresó en la audiencia sus dudas sobre el interés de la demandante en ejercitar la acción, debido a que la Decisión, que otorga a O2 una exención, obligatoria para las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, ofrece a O2 una seguridad jurídica que se perdería en caso de anulación, puesto que la Comisión no podría adoptar una nueva decisión, ya que el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003 L 1, p. 1), puso fin al sistema de notificación previa de los acuerdos con vistas a una exención.

43 O2 alega que la Comisión no formula ninguna objeción argumentada, en particular en lo que atañe a la admisibilidad, y que las partes de la Decisión que se impugnan producen efectos jurídicos obligatorios y pueden, por consiguiente, ser objeto de un recurso de anulación.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

44 De la Decisión resulta que O2 y T-Mobile notificaron a la Comisión, el 6 de febrero de 2002, un acuerdo que contenía dos elementos principales, a saber, el uso compartido de emplazamientos y la itinerancia nacional, cuya duración se preveía hasta el 2011, con renovación automática por períodos de dos años, con el fin de obtener una declaración negativa o, en su defecto, una exención, y que la Comisión otorgó una declaración negativa respecto al primer elemento y, respecto al segundo,

una exención hasta el año 2008. De la notificación se desprende igualmente que las partes del acuerdo consideraban que éste no tenía por objeto ni por efecto restringir la competencia y que únicamente solicitaban una exención con carácter subsidiario. Además, O2 alegó en la vista que las limitaciones en el tiempo, que ella misma y T-Mobile consintieron en incorporar al acuerdo a petición de la Comisión y sin las cuales no habrían obtenido la exención, planteaban a las partes problemas prácticos vinculados a la observancia de los plazos así fijados.

- 45 Procede señalar, por un lado, que la Decisión, de la que O2 es destinataria, le proporciona únicamente una satisfacción parcial habida cuenta de los términos de la notificación y, por otro lado, que la demandante solicita la anulación parcial de la referida Decisión en la medida en que la Comisión no consideró inaplicables al acuerdo notificado las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE, por considerar que el acuerdo no restringía la competencia, y no concedió la declaración negativa solicitada con carácter principal. Es preciso señalar igualmente que la Decisión, que establece un calendario estricto respecto a la exención concedida, puede afectar a los intereses de la demandante debido a los efectos jurídicos obligatorios que produce.
- 46 Por consiguiente, procede admitir el presente recurso, que en realidad únicamente pretende la anulación de las disposiciones impugnadas en la medida en que éstas implican que las cláusulas en cuestión entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión, T-112/99, Rec. p. II-2459, apartados 36 a 40 y 44).
- 47 Esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación de la Comisión según la cual una eventual anulación de las disposiciones controvertidas de la Decisión por parte del Tribunal de Primera Instancia dejaría a O2 en una situación de inseguridad jurídica en la medida en que no podría adoptarse una nueva Decisión sobre la notificación, dado que este procedimiento, previsto por el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), ya no existe en la regulación del Reglamento nº 1/2003, aplicable en lo sucesivo.

- 48 En efecto, la Comisión, ante esta anulación, con su correspondiente efecto retroactivo, debería adoptar una nueva decisión sobre las estipulaciones del acuerdo notificado afectadas por la anulación y pronunciarse, en particular, sobre la solicitud de declaración negativa, situándose en la fecha de la notificación y realizando su examen, por tanto, en el marco del Reglamento n° 17 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1998, España/Comisión, C-415/96, Rec. p. I-6993, apartado 31). La circunstancia de que el Reglamento n° 1/2003, que regula en lo sucesivo la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 CE y 82 CE, haya suprimido el procedimiento de notificación que existía anteriormente sería, por tanto, irrelevante para la ejecución de una sentencia que estimara el recurso de anulación de la demandante.
- 49 Además, una eventual anulación parcial de la Decisión que se basara, como solicita la demandante, en la apreciación de la ilegalidad cometida por la Comisión, en la fecha en la que ésta adoptó la Decisión, al no conceder una declaración negativa a todas las cláusulas notificadas no menoscabaría la seguridad jurídica de la demandante, sino que la afirmaría, en la medida en que de los fundamentos de tal sentencia anulatoria resultaría que las cláusulas controvertidas del acuerdo, relativas a la itinerancia nacional, no entran dentro del ámbito de la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, y por el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE.

2. Sobre el fondo

Consideraciones preliminares

- 50 La demandante alega en su demanda que la Comisión cometió un error de Derecho al concluir que el acuerdo restringe la competencia puesto que, por un lado, a su juicio no existe ninguna restricción de la competencia y, por otro lado, la supuesta restricción no se deriva de un acuerdo. Añade que «las conclusiones de la Comisión a este respecto no están suficientemente motivadas, lo que contraviene la obligación de motivación contenida en el artículo 253 CE».

- 51 Pese a su expresión literal, la alegación precedente debe entenderse en el sentido de que cuestiona el carácter insuficientemente detenido del examen tras el cual la Comisión llegó a la conclusión de que el acuerdo era restrictivo de la competencia pero aun así podía acogerse a una exención, cuestión que atañe al fundamento de la Decisión, y no en el sentido de que se refiere a la motivación del acto impugnado, cuestión que atañe a la legalidad externa. En efecto, tanto los intercambios de escritos como los debates orales se han limitado exclusivamente a las cuestiones de fondo planteadas por el litigio y O2, además, no ha acompañado su invocación del artículo 253 CE de ninguna precisión que permita identificar los puntos de la Decisión que adolecen de una falta de motivación.
- 52 Por tanto, este motivo debe vincularse a los dos motivos de fondo expuestos por O2 en apoyo de su recurso, referidos a errores de Derecho que supuestamente cometió la Comisión respecto a la itinerancia nacional que el acuerdo organizaba. La demandante sostiene, en primer lugar, que la Comisión se equivocó al concluir que el acuerdo implicaba restricciones de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE. A su juicio, la Comisión, que había admitido que el acuerdo no tenía un objeto contrario a la competencia, efectuó un análisis parcial de la situación de la competencia al no examinar ésta en el supuesto de que no hubiera acuerdo, desatendiendo así una reiterada jurisprudencia. En segundo lugar, la demandante afirma que la supuesta restricción no se deriva de un acuerdo, en el sentido de estas disposiciones, sino de acciones unilaterales de la demandante.

Sobre el primer motivo, basado en la inexistencia de restricción de la competencia y en el análisis insuficiente de la situación de la competencia

Alegaciones de las partes

- 53 O2 sostiene que, si bien se admite que el acuerdo no tenía un objeto contrario a la competencia, la Comisión no procedió al análisis de los efectos reales del acuerdo sobre la competencia, en particular, que no examinó cuáles habrían sido las

condiciones de la competencia de no existir dicho acuerdo. Ahora bien, a su juicio, la jurisprudencia impone dicho examen de manera general respecto a todos los acuerdos, horizontales o verticales, como por lo demás establece la Comisión en sus Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO 2001, C 3, p. 2). En su opinión, las conclusiones de la Comisión tampoco se apoyan en un análisis de los hechos pertinentes relativos al mercado de referencia.

- 54 O2 aduce que el razonamiento de la Comisión parte de un principio erróneo según el cual la itinerancia nacional, por sí misma, restringe la competencia porque el acuerdo permite a O2 adquirir servicios al por mayor de T-Mobile en vez de prestarlos ella misma. A su juicio, la Comisión se limita a afirmar que la dependencia de O2 respecto de la red de T-Mobile constituye una restricción de la competencia sin demostrarlo ni efectuar el análisis económico exigido por el artículo 81 CE, apartado 1.
- 55 La Comisión, según O2, se basa así en afirmaciones generales contradichas por las propias apreciaciones de su Decisión, según las cuales el acuerdo, lejos de restringir la competencia, es beneficioso para ella (considerandos 122 a 142 de la Decisión). En su opinión, las conclusiones de la Comisión son además contrarias a la jurisprudencia y a la práctica administrativa.
- 56 O2 sostiene a este respecto que el acuerdo tiene efectos positivos para la competencia –como admite la Decisión– ya sea respecto a la cobertura de la población, a la calidad de los servicios, a la capacidad de transmisión o a los precios. La demandante subraya que, a falta de acuerdo, su posición competitiva habría sido débil y que probablemente no habría estado en condiciones de garantizar, en los plazos previstos, la cobertura de la población requerida para los servicios 3G, algo que, según afirma, la Comisión reconoció en su Decisión.

- 57 La demandante alega asimismo que el acuerdo es necesario e indispensable para permitirle, en las dos zonas de itinerancia que distingue, ser un operador competitivo, capaz de ofrecer una cobertura y unos servicios de calidad en el mercado de las telecomunicaciones móviles 3G. El acuerdo, al permitir a O2 completar su capacidad de cobertura de la población, favorece su índice de penetración y, por tanto, la competencia.
- 58 O2 sostiene asimismo que la itinerancia no tendrá ningún efecto negativo desde el punto de vista de la producción, la innovación, la variedad y la calidad de los servicios, algo que, según ella, la Comisión también reconoció.
- 59 Por lo que respecta a los efectos sobre los precios, la demandante alega que la circunstancia de que sus precios al por mayor dependan en cierta medida de los exigidos por T-Mobile no constituye una restricción de la competencia puesto que ésta es la situación de cualquier empresa que recurre a proveedores para determinados productos o servicios. Además, sostiene que el riesgo de coordinación o de colusión en materia de precios que se menciona en la Decisión, puramente especulativo, no se apoya en ninguna prueba o análisis.
- 60 La Comisión sostiene que la argumentación de la demandante relativa al examen de la situación de la competencia a falta de acuerdo equivale a aplicar una regla de razón a las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, en contra de lo que determina la jurisprudencia. La demandada expone que, tratándose de un acuerdo de cooperación horizontal y conforme a sus líneas directrices, examinó en primer lugar el impacto del acuerdo sobre la competencia en relación con el artículo 81 CE, apartado 1, estudiando las restricciones reales o potenciales de la competencia que habrían existido sin él, y después realizó, a la luz del artículo 81 CE, apartado 3, el balance de sus efectos favorables y contrarios a la competencia.

- 61 La Comisión alega que la itinerancia, tal como se contempla en el acuerdo, afecta a la competencia entre operadores respecto a las redes, lo cual tiene un impacto particular sobre la competencia en los mercados de telefonía móvil. La Comisión expone que, en el presente caso, el acuerdo, celebrado entre dos competidores, puede influir en sus comportamientos por lo que respecta a los principales parámetros de la competencia.
- 62 La demandada sostiene que, si bien tanto O2 como T-Mobile son capaces de establecer sus propias redes y ofrecer servicios 3G, el acuerdo tiene el objetivo de permitir a la demandante ralentizar parcialmente, incluso limitar, el despliegue de su red y, por tanto, reducir los costes de sus infraestructuras. A su juicio, la dependencia de la red de O2 respecto a la de T-Mobile a raíz del acuerdo afecta necesariamente, por un lado, a la competencia en las zonas en las que la red de O2 está desplegada y, por otro lado, a la planificación del futuro despliegue de esta red. A este respecto, la itinerancia, contrariamente a otras formas de cooperación, como el uso compartido de emplazamientos o de redes de acceso de radio, socava completamente la competencia en los mercados nacionales de comunicaciones móviles.
- 63 De este modo, en su opinión, la itinerancia restringe la competencia desde el punto de vista de la cobertura porque O2 depende de T-Mobile tanto en las zonas urbanas como rurales. La demandante también depende de T-Mobile para la calidad y la velocidad de transmisión de datos, aunque el acuerdo mantenga aún cierto margen de competencia. Por último, el precio facturado por O2 está en función del precio al por mayor pagado a T-Mobile. A este respecto, la Comisión alega que la demandante, al estimar que esta circunstancia que se impone a sus precios se refiere únicamente al 10 % de las telecomunicaciones 3G, minimiza la importancia de los servicios de transmisión de datos por paquetes, que constituyen la característica principal de los servicios de telecomunicaciones móviles de tercera generación.
- 64 La Comisión sostiene que basó su apreciación en la información facilitada por las partes del acuerdo, en particular, por lo que respecta a los precios de la itinerancia, el

uso de la red de T-Mobile por O2 y la competitividad de O2. Aduce que la Decisión es conforme, por un lado, con su postura general sobre el carácter restrictivo de la itinerancia, postura que comparten diversas autoridades reguladoras nacionales, y, por otro lado, con la postura mantenida en una decisión precedente que afectaba al mercado británico.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 65 El litigio plantea principalmente la cuestión de si la Comisión, en su examen del acuerdo notificado a la luz de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE fundamentó legalmente su apreciación de que el acuerdo restringe la competencia y si para ello llevó a cabo el análisis que requieren estas disposiciones, tal como las interpreta la jurisprudencia. En efecto, según la demandante, la Comisión partió del principio conforme al cual la itinerancia nacional, por sí misma, restringe la competencia y no examinó la situación en caso de no haber acuerdo, mientras que, para la demandada, la crítica de la demandante equivale a exigirle que aplique una regla de razón a las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, en contra de lo que determina la jurisprudencia.
- 66 En general, para apreciar la compatibilidad de un acuerdo con el mercado común a la luz de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, es preciso examinar el contexto económico y jurídico en el que se sitúa el acuerdo (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, Rec. p. 949, apartado 13), su objeto, sus efectos y si el acuerdo afecta a los intercambios intracomunitarios, teniendo en cuenta en particular el contexto económico en el que operan las empresas, los productos o servicios contemplados en el acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, *Oude Littikhuis* y otros, C-399/93, Rec. p. I-4515, apartado 10).

- 67 Este método de análisis es de aplicación general y no está reservado a una categoría de acuerdos (véanse, en relación con diferentes tipos de acuerdos, las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière*, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente pp. 359 y 360, y de 15 de diciembre de 1994, *DLG*, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 31, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, *John Deere/Comisión*, T-35/92, Rec. p. II-957, apartados 51 y 52, y de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* y otros/Comisión, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartados 136 y 137).
- 68 Además, en un caso como el presente, en el que se admite que el objeto del acuerdo no es contrario a la competencia, procede examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Para ello, debe considerarse la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio y puede considerarse que no se ha producido una alteración de la competencia cuando se comprueba que dicho acuerdo era realmente necesario para lograr la penetración de una empresa en una zona en la que no intervenía (sentencia *Société Technique Minière*, antes citada, pp. 359 y 360).
- 69 Tal método de análisis, en lo que atañe especialmente a la consideración de la situación en que se encontraría la competencia a falta de acuerdo, no equivale a efectuar un balance de los efectos del acuerdo favorables y contrarios a la competencia y a aplicar de este modo una regla de razón, cuya pertinencia no ha reconocido el juez comunitario en el marco del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. 4539, apartado 133; sentencias del Tribunal de Primera Instancia M6 y otros/Comisión, antes citada, apartados 72 a 77, y de 23 de octubre de 2002, *Van den Bergh Foods/Comisión*, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartados 106 y 107).
- 70 A este respecto, aducir, como hace la demandante, que la Comisión efectuó un análisis parcial al no examinar cuál sería la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo no implica que debiera realizarse, en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, el balance de los efectos positivos y negativos del acuerdo desde el punto de vista de la competencia. Contrariamente a la interpretación que la demandada hace de las alegaciones de la demandante, ésta se acoge únicamente al método de análisis exigido por una reiterada jurisprudencia.

- 71 Así, el examen que se exige en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, consiste fundamentalmente en tomar en consideración el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, apartado 21) y la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo (sentencia *Société Technique Minière*, antes citada, pp. 359 y 360), aspectos ambos que están intrínsecamente vinculados.
- 72 El examen del juego de la competencia en caso de no haber acuerdo resulta especialmente necesario tratándose de mercados en proceso de liberalización o de mercados emergentes, como es el caso del mercado de las comunicaciones móviles 3G que aquí se analiza, en los que la efectividad de la competencia puede ser problemática debido, por ejemplo, a la presencia de un operador dominante, al carácter concentrado de la estructura del mercado, o a la existencia de importantes barreras de entrada, circunstancias que, en el presente caso, se mencionan en la Decisión.
- 73 Para tener en cuenta las dos partes que en realidad integran el presente motivo, es preciso por tanto, examinar en primer lugar si la Comisión efectivamente llevó a cabo el examen de la situación de la competencia a falta de acuerdo y, en segundo lugar, si las conclusiones que extrajo del impacto del acuerdo sobre la competencia están suficientemente fundadas.

— Sobre el examen de la situación de la competencia a falta de acuerdo

- 74 No cabe reprochar a la Decisión no haber efectuado, para analizar los efectos del acuerdo, ninguna comparación entre la estructura competitiva introducida por el acuerdo y la que prevalecería de no existir éste. En cambio, por lo que respecta a los términos de la comparación efectuada, es preciso señalar que todo el examen de los efectos del acuerdo se basa en la idea de que, tanto con el acuerdo como sin él, los dos operadores O2 y T-Mobile habrían estado presentes y en competencia en el

mercado de que se trata. La hipótesis según la cual, de no existir acuerdo, O2 podría haber estado total o parcialmente ausente del mercado de la telefonía móvil 3G en Alemania no se planteó en ningún momento.

- 75 En efecto, de la Decisión resulta implícita pero forzosamente que la Comisión consideró, por un lado, que O2 operaría en cualquier caso en el mercado, lo cual se desprende, por ejemplo, en el considerando 97 de la Decisión, de las estimaciones realizadas respecto al mercado de infraestructuras de los emplazamientos 3G a partir de los datos relativos al de infraestructuras 2G, y, por otro lado, que no habría una restricción de la competencia, mientras que, precisamente, el acuerdo controvertido, a causa de la itinerancia nacional que prevé, entrañaría tal restricción, lo cual se indica, en particular, en el considerando 107 de la Decisión.
- 76 La Comisión confirmó en la vista que éste había sido efectivamente su proceder en el presente caso. Así, la demandada indicó que ningún elemento proporcionado por las partes la había inducido a pensar que la celebración del acuerdo fuera una condición indispensable para la entrada de O2 en el mercado 3G, teniendo en cuenta que ésta ya operaba en el mercado 2G, que la demandante le había comunicado su intención de entrar en el mercado 3G y que, además, la Comisión había constatado que los titulares de licencias presentes en el mercado 2G permanecían en él.
- 77 Habiendo partido del postulado según el cual O2 estaba en el mercado de las comunicaciones móviles, la Comisión no estimó que debiera examinar con detenimiento la cuestión de si, a falta de acuerdo, O2 habría estado presente en el mercado 3G. Es preciso señalar que esta suposición no se acompaña, en la Decisión, de ningún análisis ni justificación que permita demostrar su exactitud, observación que, por lo demás, la demandada no pudo menos que confirmar en la vista. A falta de este examen objetivo de la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo, la Comisión no pudo apreciar legítimamente en qué medida el acuerdo era necesario para que O2 entrase en el mercado de las comunicaciones móviles 3G. Por consiguiente, la institución incumplió su obligación de efectuar un análisis objetivo del impacto del acuerdo sobre la situación de la competencia.

78 Esta laguna no puede carecer de consecuencias. En efecto, de las consideraciones que la Decisión expone en el marco del análisis del acuerdo a la luz de los requisitos impuestos por el artículo 81 CE, apartado 3, respecto a la posibilidad de conceder una exención se desprende que, desde el punto de vista de la propia Comisión, era poco probable que, sin el acuerdo, O2 hubiera podido proporcionar aisladamente desde el principio una mejor cobertura, una mayor calidad y capacidades de transmisión más elevadas para los servicios 3G, desarrollar una red y lanzar servicios 3G rápidamente, entrar en los mercados al por mayor y al por menor en cuestión y, de este modo, ser un competidor eficaz (considerandos 122 a 124, 126 y 135). Estas circunstancias llevaron a la Comisión a considerar que el acuerdo podía acogerse a una exención.

79 Tales consideraciones, que implican una incertidumbre sobre la situación de la competencia y, en particular, sobre la posición de O2 en caso de no existir acuerdo, muestran que la presencia de O2 en el mercado de las comunicaciones 3G no podía considerarse garantizada, como había asumido la Comisión, y que habría sido necesario un examen a este respecto, no sólo a efectos de la concesión de una exención, sino, previamente, a efectos del análisis económico de la incidencia del acuerdo sobre la situación de la competencia que determina la aplicabilidad del artículo 81 CE.

— Sobre los efectos del acuerdo sobre la competencia

80 La demandante reprocha a la Comisión haber partido del principio de que la itinerancia era en sí misma restrictiva de la competencia y haber procedido a continuación mediante afirmaciones generales, no demostradas, para llegar a la conclusión de que el acuerdo no era compatible con el mercado común, en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE.

- 81 De la Decisión resulta que, respecto a los efectos de la itinerancia nacional sobre la competencia en los mercados al por mayor, la Comisión indica que «la itinerancia nacional entre los operadores de red [...] restringe por definición la competencia entre estos operadores en todos los mercados de red relacionados en cuanto a parámetros clave como los índices de cobertura, calidad y transmisión» (considerando 107).
- 82 La Comisión expone a continuación que la itinerancia nacional «restringe la competencia en la cobertura porque en vez de desarrollar su propia red para obtener el grado máximo de cobertura del territorio y de la población, un operador en itinerancia se basará en el grado de cobertura alcanzado por la red del operador de acogida». Añade que «la itinerancia nacional también restringe la competencia en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, puesto que el operador de itinerancia se verá restringido por la calidad de la red y los índices de transmisión disponibles en la red de acogida, que están en función de las decisiones técnicas y comerciales tomadas por el operador de la red de acogida» y que «las tarifas al por mayor que [O2] podrá cobrar a los compradores de su propia red al por mayor y los servicios de acceso se verán limitadas por las tarifas al por mayor que deberá pagar a T-Mobile» (considerando 107).
- 83 La Comisión añade que «dadas las resultantes limitaciones en la capacidad de O2 Germany y T-Mobile para competir en cuestión de cobertura, calidad, índices de transmisión y precios al por mayor, la itinerancia nacional 3G entre O2 [...] y T-Mobile tiene un impacto desde el punto de vista de la competencia en todos los mercados de redes 3G en Alemania» (considerando 109) y que «la itinerancia nacional al por mayor dará lugar a una mayor uniformidad de las condiciones al por menor, dado que es probable que la cobertura de red, la calidad y las velocidades de transmisión sean similares» (considerando 111).
- 84 La Comisión considera igualmente que «la aprobación previa de la otra parte [del acuerdo] para la reventa de capacidad de itinerancia a operadores de redes virtuales

móviles (MVNO) que ofrezcan servicios de telefonía vocal a usuarios finales [...]» es una «limitación del tipo de clientes» y que «limita la producción y por tanto constituye una restricción de la competencia» (considerandos 115 y 116).

- 85 De estas apreciaciones se desprende que, para la Comisión, la propia naturaleza de un acuerdo de itinerancia, como el celebrado por las partes, acarrea una restricción de la competencia, debido a la dependencia en la que la itinerancia nacional sitúa al operador que la practica respecto al operador de acogida. A su juicio, la restricción se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, desde el punto de vista de la cobertura de la red, puesto que la itinerancia constituye un freno al desarrollo de la red del operador que utiliza la de su asociado, en segundo lugar, en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, porque el operador usuario depende de las decisiones técnicas y comerciales del operador de acogida y, en tercer lugar, por lo que respecta a los precios, porque las tarifas al por mayor del operador de itinerancia están en función de los precios al por mayor pagados al operador de acogida, como supuestamente ocurre en el presente caso.
- 86 Pues bien, tales consideraciones generales, que podrían formularse para cualquier acuerdo de itinerancia nacional, no se basan en ningún elemento preciso que demuestre su exactitud en el caso del acuerdo celebrado entre O2 y T-Mobile.
- 87 Es cierto que la Decisión contiene en diversos puntos elementos descriptivos del contexto del acuerdo. Describe el contexto económico, jurídico y técnico en el que el acuerdo tiene lugar (considerandos 6 a 22) y expone la estructura del acuerdo en sus diferentes estipulaciones, relativas al uso compartido ampliado de emplazamientos, al uso compartido de RAN y a la itinerancia nacional (considerandos 23 a 43). Examina igualmente los mercados de referencia, a saber, los mercados al por mayor y al por menor, de productos y servicios, y los mercados geográficos (considerandos 44 a 72), y ofrece datos sobre la estructura del mercado considerando en particular quiénes eran los competidores reales o potenciales en los diferentes mercados (considerandos 73 a 77 y 96 a 99).

- 88 Pero estos elementos, ofrecidos a modo de presentación del sector de actividad en el que operan las empresas de que se trata, no aclaran en modo alguno la apreciación efectuada respecto al impacto del acuerdo.
- 89 En la vista, en respuesta a la cuestión de qué elementos concretos, específicos del acuerdo y contenidos en la Decisión, aparte de la apreciación general del carácter restrictivo de la competencia de la itinerancia nacional, sirven de fundamento a esta apreciación en el presente caso, la Comisión, tras subrayar el carácter muy concentrado del mercado de referencia, que cuenta con cuatro operadores, puso de relieve dos aspectos que, en su opinión, no se encuentran en todos los acuerdos de itinerancia. Por un lado, a su juicio, la itinerancia representa una parte sustancial del acuerdo. Crea una situación en la que O2 no está obligada a desarrollar una red en la mayor parte del territorio alemán y tiene un impacto particularmente negativo en el centro de las áreas urbanas que son económicamente las más viables. Por otro lado, el mecanismo de determinación de los precios al por mayor, que incluye una parte fija, hace que las tarifas aplicadas por O2 dependan de las pagadas a T-Mobile. A su modo de ver, este mecanismo, al limitar el margen de maniobra de O2 para modular sus precios en el mercado, restringe la competencia. La demandada indicó además que la apreciación contenida en el considerando 107 de la Decisión se hace explícita en el conjunto de ésta.
- 90 Procede, por tanto, examinar, por lo que respecta a los dos elementos mencionados por la demandada, si la Decisión impugnada acredita las restricciones de la competencia que se imputan al acuerdo.
- 91 En primer lugar, en lo que atañe a la importancia de la itinerancia en el acuerdo y a sus supuestos efectos restrictivos en el centro de las áreas urbanas, de la Decisión, en particular de sus considerandos 107 y 108, se desprende que la Comisión, para afirmar el carácter restrictivo de la competencia por definición de la itinerancia nacional y, en el caso concreto, del acuerdo, estimó que su impacto era más negativo en las áreas donde la competencia podía ejercerse en condiciones económicamente viables, en particular, en el centro de las áreas urbanas, considerando así que la itinerancia nacional no estaba justificada en tales áreas.

- 92 Ahora bien, de los documentos obrantes en autos se desprende que, con objeto de adaptar el marco contractual a la evolución del mercado, por lo que respecta en particular a la itinerancia nacional, las partes modificaron el acuerdo original, con fecha de 20 de septiembre de 2001 y notificado el 6 de febrero de 2002, en tres ocasiones, el 20 de septiembre de 2002, el 22 de enero y el 21 de mayo de 2003. Así, el acuerdo modificado distingue precisamente tres tipos de áreas, a saber, las áreas urbanas, las áreas denominadas «de importancia comercial secundaria» y las áreas denominadas «de menor importancia comercial», y prevé que en las primeras la itinerancia se practicará durante un período más breve. En efecto, de la estructura del acuerdo, tal como se presenta en la Decisión, resulta que los derechos de itinerancia se definen según las áreas de cobertura de la población y que existe un calendario de supresión de estos derechos.
- 93 La Decisión, aunque adoptada respecto al acuerdo modificado, no contiene, en el examen del acuerdo a la luz de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE, que aquí se discute, ninguna apreciación concreta de tales datos desde el punto de vista de la competencia, pese a que éstos adaptan, precisamente, en el espacio y en el tiempo, la itinerancia nacional prevista por el acuerdo. Queda de manifiesto, en particular, que la apreciación general del carácter restrictivo de la itinerancia no se fundamenta en relación con el parámetro esencial que constituye la duración del acuerdo, es decir, habida cuenta del calendario de supresión de la itinerancia previsto para cada área.
- 94 Sin embargo, correspondía evidentemente a la institución, en el análisis de la compatibilidad del acuerdo con el mercado común, tomar en consideración estos elementos nuevos, resultantes de las modificaciones del acuerdo efectuadas durante el procedimiento administrativo y relativos, en particular, a la itinerancia en las áreas urbanas, y reconsiderar, en su caso, determinadas apreciaciones.
- 95 En efecto, la consideración efectiva de las modificaciones del acuerdo relativas a la itinerancia en las áreas urbanas en el examen de la compatibilidad del acuerdo con el mercado común podría haber llevado a la Comisión a conclusiones distintas de aquellas a las que llegó en la Decisión, en particular por lo que respecta a la

necesidad de estos nuevos elementos para que O2 accediese al mercado 3G en las áreas urbanas.

- 96 Pues bien, tal consideración de las modalidades concretas según las cuales se concibe la itinerancia nacional en el acuerdo modificado aparece únicamente, en la Decisión impugnada, en el marco del examen de la posibilidad de conceder una exención en virtud de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 3, y del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, lo cual no puede paliar las lagunas antes constatadas. En efecto, el análisis de la compatibilidad de un acuerdo con el mercado común y posteriormente, en el supuesto de que el acuerdo sea declarado incompatible, el análisis de la posibilidad de concederle una exención, son procedimientos diferentes y el segundo parte de la asunción de que la demostración de la incompatibilidad del acuerdo se ha efectuado correctamente en el marco del primero.
- 97 Las explicaciones ofrecidas por la Comisión en la vista confirman la apreciación de que el análisis en el marco de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE no tuvo en cuenta las modificaciones en cuestión. En efecto, la demandada indicó que no se le podía reprochar no haber analizado si la itinerancia nacional en las áreas urbanas era necesaria para que O2 pudiese entrar en el mercado, porque el acuerdo inicialmente notificado no preveía la itinerancia en las zonas urbanas.
- 98 Por consiguiente, procede estimar en relación con este primer punto que, al no haber adaptado su análisis a los nuevos datos obrantes en autos respecto a la itinerancia en las áreas urbanas, la apreciación de la Comisión adolece de un insuficiente análisis de los hechos que los autores de la notificación le habían transmitido.
- 99 En segundo lugar, en lo que atañe al segundo elemento restrictivo de la competencia que a juicio de la Comisión es específico del acuerdo, es decir, el mecanismo de determinación de los precios, mencionado en el apartado 89 *supra*, el efecto restrictivo que se alega no está acreditado.

- 100 Por lo que respecta, por un lado, a la incidencia de los precios al por mayor pagados a T-Mobile sobre los precios al por mayor y al por menor aplicados por O2, la demandante, desde este punto de vista, se encuentra en una situación análoga a la de cualquier empresa respecto a sus proveedores. Tanto O2 como T-Mobile dependen, previamente, de los precios que les facturan los proveedores de bienes y servicios a los que recurren y pueden verse obligadas a repercutir estos costes sobre sus clientes. Además, la dependencia en cuanto a los precios no está demostrada. Incluso se contradice con la indicación que figura en la Decisión según la cual las partes del acuerdo tienen principios de facturación diferentes (considerando 140). Asimismo, en respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal de Primera Instancia, mencionadas en el apartado 36 *supra*, respecto a la estructura de los precios aplicados por O2, la demandante aportó elementos de los que se desprende que, mediante productos y servicios de diversas denominaciones, modalidades de abono variadas y fórmulas de facturación que combinan múltiples variables, trata de diferenciarse de T-Mobile.
- 101 Por otra parte, en lo que atañe a la existencia del derecho fijo pagado por O2 a T-Mobile, es preciso señalar que la Decisión no contiene ningún análisis respecto a tal obligación de pago fija. Además, la demandada admitió en la vista que este punto no se discutió en el procedimiento administrativo.
- 102 De lo anterior se desprende que la apreciación general recogida en el considerando 107 de la Decisión, según la cual la itinerancia nacional restringe la competencia porque permite al operador que la practica ralentizar el despliegue de su red y porque lo coloca en una situación de dependencia técnica y económica respecto a la red del operador de acogida, no se basa en elementos concretos, específicos del acuerdo y contenidos en la Decisión, la cual revela además la ausencia de apreciación de las modificaciones del acuerdo relativas a la itinerancia en las áreas urbanas.
- 103 Por lo demás, esta apreciación general tampoco resulta de las disposiciones de Derecho comunitario que regulan el sector de las telecomunicaciones. Según se desprende de las respuestas ofrecidas por la demandada a las preguntas formuladas

por el Tribunal de Primera Instancia, mencionadas en el apartado 36 *supra*, ninguna de las Directivas relativas al sector de las telecomunicaciones se refiere a acuerdos de itinerancia nacional y a su compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia, aunque tales acuerdos deben estar sujetos al Derecho comunitario de la competencia, en particular a las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1.

104 Además, como aduce la demandante, la apreciación general que la Comisión hace de la itinerancia nacional no está acreditada a la luz de los hechos pertinentes relativos al mercado según se describen en la propia Decisión.

105 En efecto, según la Decisión, que realiza una extrapolación de los datos entonces disponibles relativos a la situación del mercado de las telecomunicaciones móviles 2G, T-Mobile, en un principio vinculada al operador histórico Deutsche Telekom, probablemente tendría una cuota de mercado del 100 % en el mercado al por mayor de itinerancia nacional para los servicios de telecomunicaciones 3G de que se trata. La Decisión precisa, además, que las posibilidades de entrar en este mercado, para los operadores de redes, son reducidas a causa del número limitado de licencias, de su coste y de las elevadas inversiones necesarias para la infraestructura de la red 3G (considerandos 74 y 75).

106 Por lo que respecta al mercado al por menor de servicios 3G, la Decisión indica que seis operadores obtuvieron licencias, es decir, además de T-Mobile y O2, D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com y Group 3G, de los que O2 fue el último en entrar en el mercado, y que los principales competidores en los mercados al por menor son cuatro. La Decisión precisa que sus respectivas cuotas de mercado para las comunicaciones 2G, que constituyen los únicos datos disponibles en el momento de adoptar la Decisión, en términos de clientes de los proveedores son del 41,7 % para T-Mobile, 38,3 % para D2 Vodafone, 12,2 % para E-Plus y 7,8 % para O2 Germany (considerandos 76 y 77).

107 De esta presentación resulta que T-Mobile es un operador preponderante en el mercado alemán de telecomunicaciones móviles, tanto en los mercados al por mayor como al por menor y que O2, que es el último operador en entrar en el mercado alemán, aparece en la posición competitiva más débil. Aunque O2 no carezca de infraestructuras de redes, como indica la Decisión (considerando 97), sus menores cuotas de mercado y su situación de última en entrar la colocan objetivamente en una situación menos favorable.

108 La dependencia que la Comisión critica procede de una desigualdad de hecho que, precisamente, el acuerdo trata de reequilibrar al situar a O2 en una posición de competencia más favorable, ya que su situación real resulta ser la menos competitiva frente a los demás operadores, competidores reales o potenciales, identificados por la Decisión. La dependencia de O2 respecto a la red de T-Mobile se prevé además provisional, destinada a reducirse durante el período de vigencia del acuerdo, según el ritmo del calendario de supresión de los derechos de itinerancia previsto por las disposiciones modificadas del acuerdo notificado sometidas al examen de la Comisión en el marco del procedimiento administrativo. A este respecto, la Decisión, que no contiene ningún elemento concreto, como se ha indicado anteriormente, no acredita los efectos restrictivos del acuerdo sobre el desarrollo de las redes de O2. *A fortiori*, la Comisión no ha demostrado, como sostiene en sus escritos, que el acuerdo ralentice o incluso limite el desarrollo de la red de la demandante. Los escritos presentados durante el procedimiento por la demandada, en particular los fechados el 4 de marzo y el 9 de abril de 2003, demuestran por el contrario que el acuerdo tiene por objeto permitirle un desarrollo rentable de su red 3G conforme a las exigencias impuestas por su licencia en términos de calendario y de cobertura.

109 En el presente caso, no cabe por tanto excluir que un acuerdo de itinerancia como el celebrado entre T-Mobile y O2, en lugar de restringir la competencia, pueda por el contrario, en determinadas circunstancias, permitir al operador más débil competir con agentes preponderantes como T-Mobile, concretamente, pero también D2 Vodafone en el mercado al por menor, o incluso dominantes, como T-Mobile en el mercado al por mayor.

- 110 Pues bien, este contexto particular resultante de las características específicas del mercado emergente de que se trata, no fue tenido en cuenta en la apreciación de la compatibilidad del acuerdo con el mercado común en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE.
- 111 En cambio, cuando, en el marco de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 3, y del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, la Comisión decidió conceder una exención, por estimar que el acuerdo era necesario y que sin él O2 no habría estado en condiciones de acceder eficazmente al mercado, dicha institución tuvo en cuenta este contexto particular.
- 112 Así, la Decisión señala que, gracias al acuerdo, O2 estará en una mejor posición competitiva en el área sujeta a una obligación de cobertura de la población del 50 % para diciembre de 2005 (considerando 123) y que, fuera de esa área, es poco probable que O2 hubiera podido cumplir las obligaciones resultantes de su licencia (considerando 126). También se indica que, dado que O2 es el «operador más pequeño en el mercado alemán de telefonía móvil, con una pequeña cuota del mercado 2G (cerca del 8 %), es improbable que sea capaz de desarrollar rápidamente una red de alta calidad que cubra un área suficiente que permita a la empresa competir con eficacia desde el principio contra otros operadores autorizados establecidos de servicios y redes 3G en Alemania» (considerando 124).
- 113 En una apreciación más general y concluyente, la Decisión añade que «la itinerancia de O2 [...] en la red 3G de T-Mobile incluso en las principales áreas urbanas, durante un tiempo limitado, se considera proporcionada e indispensable, mientras que este puede no ser el caso por lo que respecta a los operadores con posiciones de mercado más consolidadas» (considerando 133). Por último, indica que «Sin acceso a la itinerancia nacional para servicios 3G en la red de T-Mobile, O2 [...] sería un competidor menos eficaz durante su fase de desarrollo y sería improbable que se incorporara a los mercados 3G al por mayor y al por menor como competidor a nivel nacional (o, en cualquier caso, como competidor que ofrece el mayor alcance geográfico disponible en ese momento)» (considerando 135).

- 114 Por tanto, del examen realizado en el marco del artículo 81 CE, apartado 3, y del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, se desprende que, habida cuenta de las características específicas del mercado emergente de que se trata, la situación competitiva de O2 en el mercado 3G probablemente no habría estado asegurada sin el acuerdo y que incluso se habría visto amenazada. Estas apreciaciones confirman que los supuestos básicos de la Comisión en su examen en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE no están acreditados.
- 115 La alegación efectuada en la vista por la demandada según la cual existe una gran diferencia entre el hecho de no poder entrar en un mercado y el hecho de entrar en él con dificultades no puede, en cualquier caso, invalidar las anteriores apreciaciones puesto que, precisamente, la Comisión no analizó objetivamente en la Decisión la situación de la competencia a falta de acuerdo, en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE.
- 116 De cuanto precede resulta que la Decisión, en lo que atañe a la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE, adolece de un insuficiente análisis, por un lado, en la medida en que no contiene una discusión objetiva de la situación de la competencia a falta de acuerdo, lo cual desvirtúa la apreciación de los efectos reales y potenciales del acuerdo sobre la competencia, y, por otra parte, en la medida en que no demuestra *in concreto*, en el contexto del mercado emergente de referencia, que las disposiciones del acuerdo relativas a la itinerancia tengan efectos restrictivos sobre la competencia, sino que se limita, a este respecto, a una petición de principio y a afirmaciones generales.
- 117 En consecuencia, por esta razón, procede estimar la pretensión de que se anulen parcialmente el artículo 2 y el artículo 3, letra a), de la Decisión, sin que sea necesario pronunciarse sobre el segundo motivo de la demanda.

Costas

- 118 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por Comisión, procede condenarla en costas conforme a las pretensiones de la demandante.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

decide:

- 1) **Anular el artículo 2 y el artículo 3, letra a), de la Decisión 2004/207/CE de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes), en la medida en que implican que las cláusulas a que se refieren dichos artículos entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE.**

- 2) **Condenar en costas a la Comisión.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 2 de mayo de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

H. Legal