

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (neljas koda)

2. mai 2006^{*}

Kohtuasjas T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, asukoht München (Saksamaa), esindajad:
N. Green, QC; *barrister* K. Bacon ning advokaadid B. Amory ja F. Marchini Camia,

hageja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: R. Wainwright, S. Rating ja P. Oliver,
hiljem É. Gippini Fournier, P. Hellström ja K. Mojzesowicz, kohtudokumentide
kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

kostja,

^{*} Kohtumenetluse keel: inglise.

mille ese on komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsuse nr 2004/207/EÜ EÜ artiklis 81 ja EMP lepingu artiklis 53 sätestatud menetluse kohta (juhtum COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland ja O2 Germany: võrkude jagamise raamkokkulepe (ELT L 75, lk 32) artikli 2 ja artikli 3 punkti a tühistamise taotlus,

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees H. Legal, kohtunikud P. Mengozzi ja I. Wiszniewska-Białicka,

kohtusekretär: ametnik K. Pocheć,

arvestades kirjalikus menetluses ja 7. detsembri 2005. aasta kohtuistungil esitatut,

teeb järgmise

otsuse

Vaidluse taust

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (edaspidi „O2”), mis on täielikult mmO2 plc-le, endine BT Cellnet Ltd, mida enne kontrollis British Telecommunications plc, kuuluv tütarettevõtja, käitab digitaalseid mobiilsidevõrke ja osutab mobiilsideteenuseid Saksamaal, kus ta on 1997. aastal antud GSM (Global System for Mobile

Communications, globaalne digitaalne mobiilsidesüsteem) 1800-litsentsi alusel tegutsevast neljast operaatorist viimasena turule tulnud. Lisaks sai O2 2000. aasta augustis UMTS (Universal Mobile Telecommunications System, universaalne mobiilsidesüsteem) litsentsi.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (edaspidi „T-Mobile”), mis kuulub täielikult varasema operaatori Deutsche Telekom AG 100-protsendilisele tütaretevõtjale T-Mobile International AG, on Saksa digitaalsete mobiilsidevõrkude ja -teenuste operaator. T-Mobile, kes kasutab GSM standardite rühma, pakub Saksamaal GSM 900-litsentsi alusel GSM-teenuseid ning sai 2000. aasta augustis UMTS-litsentsi.
- 3 Saksa õigusnormid ning O2-le ja T-Mobilele antud litsentsid sätestavad muu hulgas võrkude kasutuselevõtu kriteeriumid elanikkonna tegelikuks katmiseks konkreetse ajakava kohaselt. 2005. aasta lõpuks oleks kogu sealne elanikkond pidanud olema 50% ulatuses kaetud.
- 4 O2 ja T-Mobile teavitasid 6. veebruaril 2002 komisjoni 20. septembri 2001. aasta raamkokkuleppest, mis puudutas kolmanda põlvkonna GSM-mobiilside (edaspidi „3G”) infrastruktuuride jagamist ja riigisisest rändlust Saksa turul, ning mida muudeti 20. septembri 2002. aasta, 22. jaanuari ja 21. mai 2003. aasta täiendavate kokkulepetega. T-Mobile ja O2 taotlesid sekkumatustõendi väljastamist EÜ artikli 81 lõike 1 ja Euroopa Majanduspiirkonna (EMP) lepingu artikli 53 lõike 1 kohaselt või selle andmata jätmisel erandit vastavalt EÜ artikli 81 lõikele 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõikele 3.
- 5 Saksa posti- ja telekommunikatsiooni valdkonda reguleeriv ametiasutus leidis 7. detsembril 2001, et kokkulepe on siseriiklike õigusaktidega kooskõlas.

- 6 Komisjon võttis 16. juulil 2003 vastu otsuse nr 2004/207/EÜ EÜ artiklis 81 ja EMP lepingu artiklis 53 sätestatud menetluse kohta (juhtum COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland ja O2 Germany: võrkude jagamise raamkokkulepe; ELT L 75, lk 32; edaspidi „otsus“). Otsuses jõudis komisjon järeldusele, et puudub igasugune põhjus algetada menetlus EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 alusel kokkuleppe sätete suhtes, mis käsitlevad asukohtade jagamist (artikkel 1). Lisaks sellele kuulutas ta EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 alusel enda poolt kindlaksmääratud ajavahemikeks EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 kohaldamatuks kokkuleppe rändlust käsitlevate sätete suhtes (artiklid 2 ja 3).
- 7 Olles kirjeldanud Euroopa Liidu mobiilside õiguslikku tagapõhja ja viimase aja arenguid, mida iseloomustavad järjestikused tehnoloogia põlvkonnad, märgitakse otsuses, et kokkuleppe eesmärk on muu hulgas geograafilise kaetuse laiendamine ning 3G võrkude ja teenuste kiirem kasutuselevõtt ning et sellega nähakse ette poolte koostöö asukohtade ja raadio juurdepääsuvõrgu (RAN) jagamisel ning riigisisese rändluse osas (põhjendus 24). Otsuses lisatakse, et kokkuleppes on täpsustatud, et see kehtib kuni 31. detsembrini 2011 ning seda pikendatakse põhimõtteliselt järgnevas kaheks aastaks (põhjendus 43).
- 8 Otsuses on märgitud, et 3G-võrgu jagamine hõlmab erinevaid astmeid, nimelt kasvavas järjekorras: kohavõrkude, tugijaamade (Node B: B-sõlmed) ja antennide, raadiovõrgu juhtide (RNC: Radio Network Controllers), tuumvõrkude ja sageduste jagamist (põhjendused 12 ja 15).
- 9 Otsuses täpsustatakse, et RAN hõlmab mastide või antennide asukohti, tugiseadmekaste ja toiteallikat, samuti antenni, multipleksereid ja ülekandeühendusi, B-sõlmi ja raadiovõrgu juhte (põhjendus 13).

- 10 Otsuses on märgitud, et riigisisene rändlus võimaldab asjaomastel operaatoritel võrguelemente jagamata kasutada oma klientidele teenuste osutamiseks teiste operaatorite võrke (põhjendus 16).
- 11 Otsuses on täpsustatud, et kokkuleppega ette nähtud riigisisene rändlus hõlmab esiteks O2 rändlust T-Mobile võrgus alal, kus on kohustus katta 50% elanikkonnast, ja teiseks vastastikust rändlust väljaspool nimetatud ala (punktid 4.3.1 ja 4.3.2).
- 12 Asjaomaste kaupade turu osas leiab komisjon, et kõne all olevas telekommunikatsioonisektoris on peamised kokkulepped käsitletud võrkupääsaturud ja teenusteturud ühelt poolt digitaalse mobiilraadioside seadmete asukohtade ja infrastruktuuride asukohtade turg ning teiselt poolt 3G sideteenuste riigisisesele rändlusele hulgijuurdepääsu turg. Komisjon lisab, et kahte muud turgu, st 3G-teenustele hulgijuurdepääsu turge ja 3G teenuste järgnevaid jaekaubaturge mõjutatakse kaudselt (põhjendus 46).
- 13 Komisjon leiab, et asjaomased geograafilised turud on riigisisese ulatusega ja katavad kogu Saksamaa territooriumi (põhjendused 60, 64 ja 72).
- 14 Turu struktuuri osas analüüsib komisjon eelkõige hulgijuurdepääsu 3G-sideteenuste riigisisesele rändlusele ja 3G-jaeteenuseid.

- 15 Komisjon leiab, et T-Mobilel on 100% teise põlvkonna mobiilside (edaspidi „2G”) riigisisesele rändlusele hulgijuurdepääsu turust Saksamaal ning et 3G riigisisese rändluse osas on peamisteks võimalikeks või tegelikeks konkurentideks hulgijuurdepääsu- ja teenuste turgudel kaks teist Saksamaal 3G teenuste ja võrkude kasutusele võtmist plaanivat litsentsiomanikku, nimelt D2 Vodafone ja E-Plus.
- 16 3G jaeteenuste turgude osas leiab komisjon, et 2G jaeteenuste olukorra kohta saadaolevate andmete põhjal, mille kohaselt 2002. aastal hinnati vastavateks turuosadeks T-Mobile puhul 41,7%, D2 Vodafone puhul 38,3%, E-Plusi puhul 12,2% ja O2 puhul 7,8%, on peamisteks konkurentideks D2 Vodafone ja E-Plus ning Mobilcomi ja Debiteli taolised potentsiaalsed teenuste osutajad (põhjendused 74–77).
- 17 Otsuse kohaselt on teatatud kokkulepe kahe konkurendi vaheline horisontaalkoostöö kokkulepe, mis sisaldab ka teatavaid vertikaalseid tahke. Selle eesmärk ei ole piirata konkurentsi, kuid sellel võib olla selline mõju, kuna kokkuleppe pooled on asjaomastel turgudel konkurendid (põhjendus 92).
- 18 Komisjon leiab, et asukohtade jagamine ja sellest tulenev teabe vahetamine ei toonud kaasa konkurentsi piiramist (põhjendused 95–103 ja artikkel 1). Kuna RAN-i jagamist ei olnud otsuse tegemise ajal ette nähtud, siis seda analüüsitud ei ole (põhjendus 104).
- 19 Komisjon leiab seevastu, et riigisisene rändlus operaatorite vahel, kes omavad litsentsi, mis lubab neil kasutusele võtta ja käitada oma digitaalseid mobiilivõrke, piirab määratluse kohaselt konkurentsi nimetatud operaatorite vahel nende põhiparameetrite osas (põhjendus 107).

- 20 Komisjon leiab esiteks, et rändlus mõjutab hulgiturge. Ta märgib, et konkurentsi piiratakse selles osas, mis puudutab esiteks kaetuse saavutamise ulatust ja kiirust, kuna rändlust kasutav operaator ei võta komisjoni arvates piisavalt kasutusele oma võrke, ning teiseks selles osas, mis puudutab võrkude kvaliteeti ja edastuskiirust, kuna rändlust kasutav operaator sõltub kasutatava võrgu operaatori tehnilistest ja ärilistest valikutest. Pealegi sõltuvad hulgihinnad, mida rändlust kasutav operaator kehtestab oma teenuste saajatele, kasutatava võrgu operaatorile makstavatest hulgihindadest. Piirangute mõju on tõsisem piirkondades, kus majanduslikel põhjustel tuleb võtta kasutusele konkureerivaid paralleelvõrke, eelkõige kesksetes linnapiirkondades. Komisjon leiab, et konkurentsi piirav mõju on märgatav, kuna tegemist on tekkivate turgudega, kus sisenemistõkked on märkimisväärsed litsentside ja vajalike investeeringutega seotud nõuete pärast (põhjendused 107–110).
- 21 Järgnevalt leiab komisjon, et rändlusel on piirav mõju jaeturgudele, kuna sellel tasemel toob see kaasa asjaomaste teenuste osutamise tingimuste suurema ühtsuse. Pealegi võib poolte vahel kokkulepitud hinnasüsteemi tagajärjeks iseenesest olla jaehindade koordineerimine (põhjendused 111 ja 112).
- 22 Komisjon leiab samuti, et „MVNO-dele” (Mobile Virtual Network Operators, virtuaalsete mobiilivõrkude operaatorid) rändlusele juurdepääsu õiguste edasimüügi tingimused, mille puhul on klientide liike piirates edasimüügi jaoks tarvis teise poole nõusolekut, piirab tootmist ning kujutab endast seepärast konkrentsi piirangut (põhjendused 115 ja 116).
- 23 Seevastu leiab komisjon kokkuleppe rändlust käsitlevate ülejäänud sätete osas, et O2 miinimumostukohustus T-Mobilelt ei kujuta endast täiendavat konkrentsi piirangut (põhjendused 113 ja 114) ning et teistele litsentsi omavatele operaatoritele

juurdepääsuõiguste edasimüügi piirang ning rändlusega seotud teabevahetus ei kujuta endast konkurentsipiiranguid (põhjendused 117–119).

- 24 Komisjon leiab lisaks, et kokkulepe mõjutab EMP liikmesriikide vahelist kaubandust (põhjendus 120).
- 25 Seejärel uurib komisjon kokkulepet EÜ artikli 81 lõikes 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõikes 3 sätestatud tingimuste seisukohast erandi tegemise küsimuses.
- 26 Esiteks leiab komisjon, et kokkulepe aitab parandada tootmist ja asjaomaste teenuste levitamist ning edendab tehnilist ja majanduslikku progressi.
- 27 Mis puudutab rändlust elanikkonna 50-protsendilise kaetuse alal, on otsuses märgitud, et O2 on kasutuselevõtu faasi algusest peale suuteline pakkuma oma teenuste osas paremat kaetust, kvaliteeti ja edastuskiirust, võrreldes sellega, kui ta teeks seda individuaalselt, konkureerides teiste 3G hulgi- ja jaateenusepakkujatega (põhjendused 123 ja 124).
- 28 Mis puudutab rändlust väljaspool elanikkonna 50-protsendilise kaetuse ala, on otsuses märgitud, et O2 võib saada konkurendiks, pakkudes üleriigilist kaetust 3G jaeturgudel, samas kui ilma kokkuleppeta ei oleks ta tõenäoliselt olnud võimeline täitma oma litsentsis nõutud kaetuse kohustust kõnealusel alal (põhjendus 126). MVNO-dele rändlusele juurdepääsu õiguste edasimüük soodustab konkurentsi 3G riigisisese rändluse turul ning ühendusaja hulgi- ja jaeturgudel (põhjendus 127).

Pealegi võimaldab kokkulepe pooltel, eelkõige T-Mobilel kasutada oma võrke intensiivsemalt ja seega tõhusamalt ning seda iseäranis hõredamalt rahvastatud aladel (põhendus 128).

- 29 Teiseks leiab komisjon, et 3G riigisisesel rändluse positiivne mõju O2 konkurentsi-seisundile parandab konkurentsi digitaalsete mobiilivõrkude ja -teenuste turul ning et konkurentidel on stiimul tuua turule uusi teenuseid ja nad on suurema surve all alandada oma hindu. Lisaks märgib komisjon, et vähenenud konkurentsi tulenev kulude kokkuvõtte jaemüügiturul kandub tõenäoliselt üle ka lõppkasutajatele (põhjendused 129 ja 130).
- 30 Kolmandaks leiab komisjon, et arvestades O2 nõrgemat positsiooni turul, on kokkuleppe punktid vajalikud ja proportsionaalsed märgitud soodustuste tagamiseks (põhjendused 131–133). Komisjon peab kõneteenuseid pakkuvatele MVNO-dele rändlusele juurdepääsu õiguste edasimüügi piirangut esiteks kokkuleppe kasulikkuse tagamise seisukohast vajalikuks ning teiseks proportsionaalseks, kuna see puudutab vaid kõneteenuseid (põhjendused 134–136).
- 31 Neljandaks leiab komisjon, et kokkuleppe hoogustab konkurentsi nelja litsentsi omava 3G võrgu ja teenuste operaatori vahel, kes kavatsevad võtta kasutusele 3G võrke Saksamaal ning samuti teenusepakkujate ja MVNO-de vahel (välja arvatud kõneteenused). Samuti võimaldab see tõhusat konkurentsi kokkuleppe poolte vahel, kuna koduvõrgu operaator kontrollib oma tuumvõrku ning võib seega pakkuja diferentseeritud teenuseid (põhjendused 137 ja 138). Lisaks on märgitud, et hinnakujunduse ja arvete esitamise kohustus jääb koduvõrgu operaatorile ning et poolte arvete esitamise põhimõtted on erinevad (põhendus 140). Viimaks leiab komisjon, et osalist MVNO-de poolt osutatava konkurentsi kõrvaldamist hüvitavad suures osas kokkuleppe konkurentsi soodustavad üldised mõjud (põhendus 142).

32 Kokkuvõttes, pärast seda, kui komisjon oli märkinud, et piirangute võimalikke mõjusid ei saa hinnata pikema kui viieaastase perioodi kohta (põhjendus 144), otsustas komisjon:

- mitte alata EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 kohast menetlust kokkuleppe sätete kohta, mis käsitlevad asukohtade jagamist, asukohtade jagamiseks vajalikku teabevahetust ja teistele litsentsi omavatele operaatoritele riigisisesele rändlusele juurdepääsu õiguste edasimüügi piiranguid (artikkel 1);
- teha EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 kohaselt erand kokkuleppe sätete suhtes, mis käsitlevad T-Mobile poolt 3G riigisisese rändluse pakkumist O2-le alal, kus on kohustus katta 50% sealsest elanikkonnast 31. detsembriks 2005 järgnevatel ajavahemikel:
 - 6. veebruarist 2002 kuni 31. detsembrini 2005 linnade osas, mis asuvad alal, mis hõlmab peamiselt asumeid (ala 1), välja arvatud maa-alused alad;
 - 6. veebruarist 2002 kuni 31. detsembrini 2007 piirkondade osas, mis asuvad alal, mis hõlmab teisese kaubandusliku tähtsusega väikeseid asumeid (ala 2), välja arvatud maa-alused alad;
 - 6. veebruarist 2002 kuni 31. detsembrini 2008 piirkondade osas, mis asuvad alal, mis hõlmab väiksema kaubandusliku tähtsusega väikseid asumeid (ala 3) ning mis tahes maa-alused alad linnades või alade 1, 2 ja 3 piirkondades (artikkel 2).

- 33 Komisjon teeb samuti erandi 6. veebruarist 2002 kuni 31. detsembrini 2008 T-Mobile ja O2 poolt 3G riigisisese rändluse pakkumise osas väljaspool ala, kus on kohustus katta 50% sealsest elanikkonnast 31. detsembriks 2005, nii nagu on sätestatud kokkuleppes (otsuse artikli 3 punkt a) ning kokkuleppega ette nähtud MVNO-dele riigisisesele rändlusele juurdepääsu õiguste edasimüügi piirangu osas (otsuse artikli 3 punkt b).

Menetlus ja poolte nõuded

- 34 Esimese Astme Kohtusse 25. septembril 2003 saabunud hagiavaldusega esitas O2 käesoleva hagi.
- 35 Ettekandja-kohtuniku ettekande alusel otsustas Esimese Astme Kohus avada suulise menetluse, võttes eelnevalt menetlust korraldava meetme.
- 36 26. oktoobril 2005 teatavaks tehtud menetlust korraldava meetmega palus Esimese Astme Kohus esiteks komisjonil täpsustada õigusaktidest, kohtupraktikast, majandusanalüüsist ja komisjoni juhtmõtetest tulenevat põhjendust otsuse punktis 107 toodud hinnangule, mille kohaselt „riigisisene rändlus [...] piirab määratluse kohaselt konkurentsi”, ning teiseks palus Esimese Astme Kohus O2-l täpsustada, millist mõju avaldab oma võrgu kiirem kasutuselevõtt kokkuleppes sätestatud kohustustele osta juurdepääsuõigusi rändlusele, ning anda teada oma hinnakujundussüsteemi iseärasustest.
- 37 Hageja ja komisjon vastasid Esimese Astme Kohtu küsimustele 24. novembril 2005 registreeritud kirjadega.

38 Poolte kohtukõned ja nende vastused Esimese Astme Kohtu küsimustele kuulati ära 7. detsembri 2005. aasta kohtuistungil.

39 O2 palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsuse nr 2004/207/EÜ EÜ artiklis 81 ja EMP lepingu artiklis 53 sätestatud menetluse kohta (juhtum COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland ja O2 Germany: võrkude jagamise raamkokkulepe) artikkel 2 ja artikli 3 punkt a;

— mõista kohtukulud välja komisjonilt.

40 Komisjon palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

1. Tühistamisnõuete vastuvõetavus ja ulatus

Poolte argumendid

41 Komisjon väidab esiteks, et otsuses eristatakse kokkuleppe horisontaalseid ja vertikaalseid aspekte ning et hageja eirab seda vahet ning tõlgendab valesti

kohtupraktikat ja oma lepingulist suhet T-Mobilega. Siinkohal arutleb ta O2 põhjendatud huvi üle, kuna hageja palub tühistada kokkuleppe horisontaalseid aspekte käsitlevad otsuse artikkel 2 ja artikli 3 punkt a ning mitte vertikaalseid aspekte käsitleva artikli 3 punkt b. Nõnda möönab hageja komisjoni sõnul seda, et sellele osale kokkuleppest kohaldatakse EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keeldu ning selleks on tarvis erandit.

- 42 Lisaks väljendas komisjon kohtuistungil kahtlusi hageja põhjendatud huvi suhtes põhjusel, et otsus, millega O2 osas siseriiklikele ametiasutustele ja kohtutele siduv erand tehakse, annab O2-le õiguskindluse, mis tühistamise puhul kaoks, kuna komisjon ei saa teha uut otsust, sest 16. detsembri 2002. aasta nõukogu määrusega (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (ELT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205) kaotati erandi tegemisel kokkulepetest eelneva teatamise kord.
- 43 O2 väidab, et komisjoni vastuväited ei ole argumenteeritud ja seda eriti tema hagi vastuvõetavuse seisukohast, ning et vaidlustatud otsuse osad tekitavad siduvaid õiguslikke tagajärgi ja nende peale võib seetõttu esitada tühistamishagi.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 44 Otsusest nähtub, et O2 ja T-Mobile andsid komisjonile 6. veebruaril 2002 teada kokkuleppest, mis koosnes kahest põhilisest küsimusest, nimelt asukohtade jagamine ja riigisisene rändlus kuni aastani 2011 ühes automaatse pikenemisega kaheks järgneva aastaks, mille kohta sooviti saada sekkumatustõendit või selle andmata jätmisel erandit, nii et komisjon annaks esimeses küsimuses sekkumatustõendi ning teeks teises küsimuses erandi kuni aastani 2008. Teatamisest nähtub muu hulgas, et kokkuleppe pooled arvasid, et kokkuleppe eesmärk ega tagajärg ei ole

konkurentsi piiramine ning et nad taotleavad erandit vaid teise võimalusena. Lisaks väitis O2 kohtuistungil, et ajalised piirid, mille lisamisega olid tema ja T-Mobile komisjoni nõudel nõustunud ja milleta neile erandit ei oleks tehtud, tekitasid neile praktilisi probleeme niiviisi kindlaks määratud tähtaegade järgimisel.

45 Esiteks tuleb märkida, et otsus, mille adressaat on O2, rahuldab teda teatamise sõnastuse seisukohast vaid osaliselt, ning teiseks, et hageja taotleb otsuse osalist tühistamist niivõrd, kuivõrd komisjon ei kuulutanud EÜ artikli 81 lõiget 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõiget 1 kohaldamatuks teatatud kokkuleppe suhtes põhjusel, et kokkulepe ei piira konkurentsi, ning ei väljastanud esimese võimalusena taotletud sekkumatustõendit. Samuti tuleb märkida, et otsus, millega pannakse tehtud erandi osas paika siduv ajakava, võib avaldada mõju hageja huvidele otsusest tekkivate siduvate õiguslike tagajärgede tõttu.

46 Järelikult on vastuvõetav käesolev hagi, millega taotletakse tegelikult vaidlustatud sätete tühistamist vaid niivõrd, kuivõrd need sätted toovad kaasa selle, et vastavatele punktidele kohaldatakse EÜ artikli 81 lõiget 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõiget 1 (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 18. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-112/99: M6 jt vs. komisjon, EKL 2001, lk II-2459, punktid 36–40 ja 44).

47 Seda järeldust ei lükka ümber komisjoni argument, et vaidlustatud sätete võimalik tühistamine Esimese Astme Kohtu poolt paneb O2 õiguslikult ebakindlasse olukorda, kuna uut otsust teavitamise suhtes teha ei saa, sest nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruses nr 17 (esimene määrus asutamislepingu artikli [81] ja artikli [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3)) sätestatud menetlust nüüd kehtiva määruse nr 1/2003 kohaselt enam ei kohaldata.

48 Juhul kui tegemist on taolise tagasiulatuva jõuga tühistamisega, peab komisjon tegema uue otsuse teatatud kokkuleppe sätete kohta, mida see tühistamine mõjutab, ning võtma eelkõige sekkumatustõendi küsimuses seisukoha, lähtudes teatamise kuupäevast ning uurides küsimust seega määruse nr 17 kohaselt (vt selle kohta Euroopa Kohtu 12. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-415/96: Hispaania vs. komisjon, EKL 1998, lk I-6993, punkt 31). Asjaolu, et määrus nr 1/2003, mis reguleerib praegu asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamist, kaotas varem olemas olnud teatamise menetluse, ei mõjuta hageja tühistamistaotlust rahuldava kohtuotsuse täitmist.

49 Pealegi ei saa otsuse võimalik osaline tühistamine, mis põhineb — nii nagu hageja taotlus — sellel, et komisjoni käitumine leitakse otsuse vastuvõtmise ajal ebaseaduslik olevat, kuna ta keeldus väljastamast sekkumatustõendit kõigi teavitatud kokkuleppe punktide osas, kahjustada hageja õiguskindlust, vaid tugevdab seda niivõrd, kuivõrd tühistamist sedastava kohtuotsuse põhjendustest tuleneb, et vaidlusalustele riigisisest rändlust käsitlevatele kokkuleppe punktidele ei kohaldata EÜ artikli 81 lõikes 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõikes 1 sätestatud keeldu.

2. Põhiküsimus

Esialgssed kaalutlused

50 Oma hagiavalduses väidab hageja, et komisjon rikkus õigusnormi, kui leidis, et kokkulepe piirab konkurentsi, kuna esiteks konkurentsi ei piiratud ja teiseks ei tulene väidetav piiramine kokkuleppest. Ta lisab, et „komisjoni järeldused ei ole siinkohal piisavalt põhjendatud, mis on vastuolus EÜ artiklis 253 toodud põhjendamiskohustusega”.

- 51 Viimast väidet tuleb vaatamata selle sõnastusele mõista nii, et sellega soovitakse vaidlustada ebapiisavat põhjalikkust analüüsil, mille alusel komisjon järeldas, et kokkulepe piirab konkurentsi, ent selle suhtes võib siiski erandi teha, ning küsimus on otsuse põhjendatuses ja mitte vaidlustatud akti põhjenduse välises õiguspärasuses. Nii kirjavahetus kui ka suulised arutelud olid piiratud vaid vaidluse käigus üles kerkinud sisuliste küsimustega ning pealegi ei täpsustanud O2 EÜ artiklile 253 tuginemist, mis võimaldaks kindlaks teha need otsuse punktid, mida ei ole põhjendatud.
- 52 Järelikult tuleb see väide ühendada O2 poolt hagi toetuseks esitatud kahe peamise väitega, mis tulenevad komisjoni väidetavatest õiguslikest vigadest kokkuleppega reguleeritud riigisisese rändluse küsimuses. Esiteks väidab hageja, et komisjon järeldas valesti, et kokkulepe toob kaasa konkurentsi piiramise EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 tähenduses. Komisjon, kes on tunnistanud, et kokkulepe ei ole konkurentsivastase eesmärgiga, on analüüsinud konkurentsiolekorda osaliselt, uurimata seda kokkuleppe puudumisel, ning eiras niiviisi väljakujunenud kohtupraktikat. Teiseks ei tulene väidetav piiramine selle sätete tähenduses kokkuleppest, vaid hageja ühepoolsetest toimingutest.

Esimene väide, mis tuleneb konkurentsi piiramise puudumisest ja konkurentsiseisundi ebapiisavast analüüsist

Poolte argumentid

- 53 O2 väidab, et kuigi on leitud, et kokkulepe ei ole konkurentsivastase eesmärgiga, ei analüüsinud komisjon kokkuleppe tegelikke mõjusid konkurentsile, eelkõige ei uurinud ta, millised oleksid olnud konkurentsitingimused kokkuleppe puudumise

korral. Selline tervikanalüüs on kohtupraktika kohaselt üldiselt vajalik kõigi — nii horisontaalsete kui ka vertikaalsete — kokkulepete suhtes, mida muu hulgas on komisjon öelnud oma suunistes EÜ asutamislepingu artikli 81 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes (EÜT 2001, C 3, lk 2; ELT eriväljaanne 08/02, lk 25). Komisjoni järeldused ei tugine ka kõnealuse turuga seotud asjaomaste asjaolude analüüsile.

54 O2 väidab, et komisjoni arutluskäik lähtub vales põhimõttelisest seisukohast, et riigisisene rändlus on iseenesest konkurentsi piirav, kuna kokkulepe võimaldab O2-l osta hulgiteenuseid pigem T-Mobilelt, kui neid ise pakkuda. Komisjon piirdus argumendiga, et O2 sõltuvus T-Mobile võrgust kujutab endast konkurentsipiirangut, ilma et ta oleks seda tõendanud või läbi viinud EÜ artikli 81 lõikes 1 ettenähtud majandusanalüüsi.

55 Komisjon piirdub niiviisi üldiste argumentidega, mis on vasturääkivad otsuses endas sedastatule, et kokkulepe, mis konkurentsi sugugi ei piira, on konkurentsile lausa kasulik (otsuse põhjendused 122–142). Pealegi on komisjoni järeldused vastuolus kohtupraktika ja haldustavaga.

56 Siinkohal väidab O2, et kokkuleppel on konkurentsi suhtes — nii nagu otsuses tunnistatakse — positiivne mõju selles osas, mis puudutab elanikkonna kaetust, pakutavate teenuste kvaliteeti, edastuskiirust ja hindu. Hageja rõhutab, et ilma kokkuleppeta oleks tema konkurentsiseisund olnud nõrgem ning et tõenäoliselt ei oleks ta olnud võimeline tagama elanikkonna 3G teenustega nõutud kaetust ettenähtud tähtaegadeks, millega komisjon oma otsuses nõustus.

- 57 Lisaks väidab hageja, et kokkulepe on vajalik ja möödapääsmatu, võimaldamaks tal olla kokkuleppes eristatud kahe rändluse alal konkurentsivõimeline operaator, kes suudab pakkuda kaetust ja kvaliteetseid teenuseid 3G mobiilside turul. O2-l elanikkonna kaetuse mahtu saavutada võimaldav kokkulepe soodustab kasutajate arvu kasvu ja seega ka konkurentsi.
- 58 O2 väidab samuti, et rändlusel ei ole negatiivset mõju teenuste tootmise, innovatsiooni, mitmekesisuse või kvaliteedi seisukohast, mida komisjon on ka tunnistanud.
- 59 Hindade mõju osas väidab hageja, et asjaolu, et tema hulgihinnad sõltuvad teataval määral T-Mobile küsitud hindadest, ei kujuta endast konkurentsipiirangut, kuna olukord on selline kõigi ettevõtjate jaoks, kes kasutavad teatavate toodete või teenuste puhul tarnijaid. Pealegi on otsuses kirjeldatud hindade koordineerimise või kokkuleppimise oht pelgalt oletuslik ning ei tugine ühelegi tõendile või analüüsile.
- 60 Komisjon väidab, et hageja argumentatsioon konkurentsiolukorra uurimise kohta kokkuleppe puudumise korral viib põhjendatuse doktriini (rule of reason) kohaldamiseni EÜ artikli 81 lõike 1 suhtes, mis on vastuolus kohtupraktikaga. Kostja märgib, et kuna tegemist on horisontaalkoostöö kokkuleppega ja lähtudes oma suunistest, uuris ta kõigepealt kokkuleppe mõju konkurentidele EÜ artikli 81 lõike 1 seisukohast, kontrollides tegelikke või võimalikke konkurentsipiiranguid, mis võisid kokkuleppe puudumisel esineda; seejärel kaalus ta selle konkurentsi toetavaid ja konkurentsivastaseid mõjusid EÜ artikli 81 lõike 3 kohase hindamise läbiviimiseks.

- 61 Komisjon väidab, et kokkuleppes silmas peetud rändlus mõjutab võrguoperaatorite vahelist konkurentsi, millel on eriline mõju konkrentsile mobiiltelefoniturgudel. Ta leiab, et käesoleval juhul mõjutab kahe konkurenti vahel sõlmitud kokkulepe nende käitumist konkrentsi põhiparameetrite osas.
- 62 Kostja väidab, et kuigi O2 ja T-Mobile mõlemad on täiesti võimelised rajama oma võrke ja pakkuma 3G teenuseid, on kokkuleppe eesmärk võimaldada hagejal osaliselt aeglustada või isegi piirata oma võrgu kasutusele võtmist ning seega vähendada infrastruktuuri kulusid. Kokkuleppes tingitud O2 võrkude sõltumine T-Mobile omadest mõjutab kindlasti esiteks konkrentsi aladel, kus O2 võrk on kasutusele võetud, ning teiseks selle võrgu edasise kasutuselevõtu kavandamist. Siinkohal õõnestab rändlus, vastupidi teistele koostöövormidele, nagu asukohtade ja raadio juurdepääsuvõrgu jagamine, täielikult konkrentsi kohalikel mobiilsideturgudel.
- 63 Niimoodi piirab rändlus konkrentsi kaetuse seisukohalt, kuna O2 sõltub T-Mobilest nii linna- kui ka maapiirkondades. Hageja sõltub T-Mobilest samuti kvaliteedi ja andmeedastuskiiruse osas, kuigi kokkulepe säilitab konkrentsi teatavas ulatuses. Lõpuks, O2 võetav hind on seotud T-Mobilele makstava hulgihinna. Siinkohal väidab komisjon, et kui hageja hindas, et see sundus hindade osas puudutab vaid 10% 3G telekommunikatsioonist, alahindas ta pakettkommuteeritud andmeedastusteenuste tähtsust, mis kujutab endast 3G mobiilsideteenuste kõige olulisemat tunnust.
- 64 Komisjon rõhutab, et ta hinnang põhineb kokkuleppe poolte edastatud informatsioonil, seda eelkõige rändluse tariifide, O2 poolt T-Mobile võrgu kasutamise ja O2

konkurentsivõime osas. Ta väidab, et otsus on kooskõlas esiteks tema üldise seisukohaga rändluse piirava iseloomu kohta, mida jagavad ka mitmed siseriiklikud reguleerivad asutused, ning teiseks seisukohaga, millele asuti Briti turgu puudutavas varasemas otsuses.

Esimese Astme Kohtu hinnang

⁶⁵ Peamine küsimus, mis vaidlusest tõusetub, on see, kas komisjon põhjendas teatatud kokkuleppe uurimisel EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 sätete seisukohalt õiguspäraselt oma hinnangut, et kokkulepe piirab konkurentsi, ning kas seda tehes viis ta läbi analüüsi kooskõlas nende sätetega, nii nagu kohtupraktikas on neid tõlgendatud. Hageja sõnul lähtus komisjon tegelikult põhimõttelisest seisukohast, et riigisisene rändlus iseenesest piirab konkurentsi, ning komisjon ei uurinud olukorda kokkuleppe puudumise korral, samas kui kostja seisukohalt on hageja kriitika tagajärjeks see, et tal palutakse kohaldada põhjendatuse doktriini (rule of reason) EÜ artikli 81 lõike 1 suhtes, mis on vastuolus kohtupraktikaga.

⁶⁶ Selleks et hinnata kokkuleppe kokkusobivust ühisturuga EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu seisukohalt, tuleb uurida kokkuleppe sõlmimise majanduslikku ja õiguslikku konteksti (Euroopa Kohtu 25. novembri 1971. aasta otsus kohtuasjas 22/71: Béguelin Import, EKL 1971, lk 949, punkt 13), kokkuleppe eesmärki, tagajärgi ning seda, kas see mõjutab ühendusesisest kaubandust, võttes eelkõige arvesse majanduslikku konteksti, milles ettevõtjad tegutsevad, selles kokkuleppes silmas peetud kaupu ja teenuseid ning asjaomase turu struktuuri ja toimimise tegelikke tingimusi (Euroopa Kohtu 12. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-399/93: Oude Littikhuis jt, EKL 1995, lk I-4515, punkt 10).

- 67 Selline analüüsimetod on üldkohaldatav ning ei ole piiratud mõne lepinguliigiga (vt eri lepinguliikide kohta Euroopa Kohtu 30. juuni 1966. aasta otsus kohtuasjas 56/65: *Société minière et technique*, EKL 1966, lk 337, punktid 359 ja 360 ning 15. detsembri 1994. aasta otsus kohtuasjas C-250/92: *DLG*, EKL 1994, lk I-5641, punkt 31; *Esimese Astme Kohtu* 27. oktoobri 1994. aasta otsus kohtuasjas T-35/92: *John Deere vs. komisjon*, EKL 1994, lk II-957, punktid 51 ja 52 ning 15. septembri 1998. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94 *European Night Services jt vs. komisjon*, EKL 1998, lk II-3141, punktid 136 ja 137).
- 68 Pealegi, käesoleva juhuga sarnasel juhul, kui on tunnistatud, et kokkuleppel ei ole konkurentsivastast eesmärki, tuleb uurida kokkuleppe tagajärgi ning selle keelatuks tunnistamiseks peavad esinema kõik asjaolud, mis tõendavad, et konkurentsi tegelikult takistati, piirati või kahjustati tuntavalt. Kõnealust konkurentsi tuleb käsitleda lähtuvalt tegelikust kontekstist, milles see vaidlusaluse kokkuleppe puudumisel esineb, ja konkurentsi mõjutamist võib eelkõige kahtluse alla seada juhul, kui kokkuleppe näib just vajalik selleks, et ettevõtja pääseks uuele alale, kus ta veel ei tegutse (eespool viidatud kohtuotsus *Société minière et technique*, punktid 359 ja 360).
- 69 Eelkõige kokkuleppe puudumisel valitseva konkurentsiolekorra arvesse võtmise seisukohalt ei tähenda taoline analüüsimetod kokkuleppe konkurentsi toetavate ja konkurentsivastaste mõjude kaalumist ning sel viisil põhjendatuse doktriini (rule of reason) kohaldamist, mida ühenduse kohus EÜ artikli 81 lõike 1 raames ei ole teha lubanud (Euroopa Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-235/92 P: *Montecatini vs. komisjon*, EKL 1999, lk I-4539, punkt 133; eespool viidatud *Esimese Astme Kohtu* otsus M6 jt vs. komisjon, punktid 72–77 ja 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-65/98: *Van den Bergh Food vs. komisjon*, EKL 2002, lk II-4653, punktid 106 ja 107).
- 70 Siinkohal, kui hageja eeskujul märkida, et komisjon tegi vaid osalise analüüsi, jättes uurimata konkurentsiolekorra kokkuleppe puudumise korral, ei tähenda see, et ta pidi EÜ artikli 81 lõike 1 seisukohast kaaluma kokkuleppe positiivset ja negatiivset mõju konkurentstile. Vastupidi kostja tõlgendusele hageja väidete kohta tugineb hageja vaid väljakujunenud kohtupraktikas nõutud analüüsimetodile.

- 71 Tegelikult hõlmab nõutud analüüs EÜ artikli 81 lõike 1 seisukohast sisuliselt seda, et arvesse võetaks kokkuleppe mõju praegusele ja võimalikule konkurentsile (vt selle kohta Euroopa Kohtu 28. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-234/89: Delimitis, EKL 1991, lk I-935, punkt 21) ning konkurentsiolukorda kokkuleppe puudumisel (eespool viidatud kohtuotsus Société minière et technique, punktid 359 ja 360), kuna need kaks aspekti on omavahel lahutamatult seotud.
- 72 Konkurentsi uurimine kokkuleppe puudumisel näib iseäranis vajalik liberaliseeruvate või tekkivate turgude puhul, nagu kõne all olev 3G mobiilsideturg, kus konkurentsi tõhusus võib olla problemaatiline näiteks turgu valitseva seisundiga operaatori olemasolu, turu struktuuri kontsentreeritud olemuse või oluliste sisenemistõkete tõttu; nimetatud asjaolusid on käesoleval juhul otsuses märgitud.
- 73 Selleks et võtta arvesse mõlemat küsimust, mis sisalduvad tegelikult käesolevas väites, tuleb esiteks niisiis uurida, kas komisjon uuris tegelikult konkurentsiolukorda kokkuleppe puudumisel, ning teiseks, kas oma analüüsi põhjal tehtud järeldused kokkuleppe mõju kohta konkurentsile on piisavalt põhjendatud.

— Konkurentsiolukorra uurimine kokkuleppe puudumisel

- 74 Otsust ei saa arvustada sellepärast, et kokkuleppe tagajärgede analüüsimiseks ei ole selles võrreldud kokkuleppe tagajärjel tekkinud konkurentsistruktuuri sellega, mis valitseks kokkuleppe puudumisel. Seevastu, mis puudutab läbiviidud võrdluse tingimusi, tuleb märkida, et kokkuleppe tagajärgede kogu analüüs põhineb käsitlusel, et nii kokkuleppe olemasolul kui ka selle puudumisel oleksid mõlemad

operaatorid O2 ja T-Mobile olnud esindatud asjaomasel turul ja konkurentsiolekorras. Kordagi ei kaalutud oletust, et kokkuleppe puudumisel oleks O2 võinud täielikult või osaliselt Saksa 3G mobiiltelefoniturult puududa.

- 75 Otsusest nähtub kaudselt, kuid kindlalt, et komisjon võttis arvesse esiteks seda, et O2 oleks igal juhul turul olemas olnud, mis tuleneb näiteks otsuse põhjenduses 97 toodust, milles kajastatakse 3G asukohtade infrastruktuuride turgu 2G infrastruktuuride turgu käsitlevate andmete kaudu, ning teiseks seda, et konkurentsi ei piiratud, samas kui just vaidlusalune kokkulepe toob selles ette nähtud riigisisese rändluse tõttu kaasa sellise piirangu, mis nähtub eelkõige otsuse põhjendusest 107.
- 76 Komisjon kinnitas kohtuistungil, et nimelt selline oli tema lähenemine antud juhtumi puhul. Kostja märkis siinkohal, et ükski kokkuleppe poolte edastatud asjaolu ei pannud teda arvama, et kokkuleppe sõlmimine oli hädatarvilik tingimus O2 sisenemiseks 3G turule, kui O2 oli juba 2G turul olemas, et hageja oli talle maininud oma kavatsust 3G turg hõivata ning et komisjon oli muu hulgas sedastanud, et 2G turul olemas olevad litsentside omanikud jäävad turule edasi.
- 77 Kuna komisjon lähtus alusväitest, et O2 oli mobiilsideturul olemas, ei pidanud komisjon end seepärast kohustatuks kaaluma üksikasjalikumalt, kas O2 oleks kokkuleppe puudumisel 3G turul olemas olnud. Tuleb nentida, et seda oletust ei toeta otsuses ükski analüüs ega põhjendus, mis tõendaks selle paikapidavust, ning pealegi võis kostja seda seisukohta kohtuistungil vaid kinnitada. Sellise objektiivse analüüsi puudumisel ei saanud komisjon kohaselt hinnata, kuivõrd oli kokkulepe O2-le 3G mobiilsideturu hõivamiseks vajalik. Järelikult rikkus institutsioon oma kohustust viia läbi objektiivne analüüs kokkuleppe mõju kohta konkurentsiolekorradele.

78 Seda puudust ei saa pidada tagajärjetuks. EÜ artikli 81 lõikes 3 sätestatud tingimuste valguses, mis puudutavad seda, kas erandi tegemine oli võimalik või mitte, nähtub kokkuleppe analüüsi osas otsuses toodud põhjendusest, et isegi komisjoni arvates oli vähetõenäoline, et O2 oleks üksinda ilma kokkuleppeta suutnud algusest peale tagada 3G teenuste paremat kaetust, kvaliteeti ja suuremat edastuskiirust, võtta kasutusele võrk ja juurutada 3G teenused kiiresti, hõivata asjaomased hulgi- ja jaeturud ning olla seega tõhus konkurent (põhjendused 122–124, 126 ja 135). Nende asjaolude tõttu leidis komisjon, et kokkuleppe suhtes võib teha erandi.

79 Taolised kaalutlused, mis tähistavad konkurentsiolukorra ja eelkõige O2 positsiooni ebakindlust kokkuleppe puudumisel, näitavad, et O2 tegutsemist 3G sideturul ei saa pidada iseenesestmõistetavaks, nagu komisjon seda on eeldanud, ning et seda küsimust oleks tingimata tulnud uurida mitte ainult erandi tegemise seisukohast, vaid eelnevalt EÜ artikli 81 kohaldamist käsitleva majandusanalüüsi tegemiseks, mis puudutab kokkuleppe tagajärgi konkurentsiolukorrale.

— Kokkuleppe mõju konkurentsile

80 Hageja heidab komisjonile ette, et viimane piirdus põhimõttelise seisukohaga, et rändlus iseenesest on konkurentsi piirav, ning järeldas üldiste tõendamata väidete abil, et kokkulepe ei olnud EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 kohaselt ühisturuga kokkusobiv.

- 81 Otsusest nähtub, et komisjon leidis riigisisese rändluse tagajärgede osas hulgiturgudele, et „[r]iigisisene rändlus võrguoperaatorite vahel [...] piirab määratluse kohaselt konkurentsi nende operaatorite vahel kõigil sidusvõrkude turgudel selliste põhiparameetrite osas nagu kaetus, kvaliteet ja edastuskiirus” (põhjendus 107).
- 82 Seejärel tõdeb komisjon, et riigisisene rändlus „piirab konkurentsi kaetuse ulatuse ja kaetuse saavutamise kiiruse osas, kuna selle asemel, et võtta kasutusele oma võrk, saavutamaks territooriumi ja elanikkonna kõige ulatuslikum kaetus võimalikult lühikese tähtaja jooksul, sõltub rändlust kasutav operaator vaid kasutatava võrgu operaatori poolt saavutatud kaetusest”. Ta lisab, et „[r]iigisisene rändlus piirab samuti konkurentsi võrgu kvaliteedi ja edastuskiiruse osas, kuna rändlust kasutav operaator sõltub talle saadaoleva võrgu kvaliteedi ja edastuskiiruste osas kasutatavast võrgust, mis toimib kasutatava võrgu operaatori tehnilistest ja ärilistest valikutest lähtudes”, ning et „hulgihinnad, mida [O2] teenusesaajatele oma võrgu- ja juurdepääsu hulgiteenuste eest kehtestada võib, on piiratud T-Mobilele makstavate hulgihindadega” (põhjendus 107).
- 83 Komisjon täpsustab, et „arvestades asjaolu, et see piirab O2 [...] ja T-Mobile võimet konkureerida kaetuse, kvaliteedi, edastuskiiruse ja hulgihindade osas, mõjutab 3G riigisisene rändlus O2 [...] ja T-Mobile vahel konkurentsi kõigil Saksamaa 3G turgudel” (põhjendus 109), ning et „[h]ulgituru tasemel riigisisese rändluse tulemus on tingimuste suurem ühtsus jaeturu tasemel, arvestades asjaolu, et kaetus, kvaliteet ja edastuskiirused, millest lähtutakse, kalduvad olema sarnased” (põhjendus 111).
- 84 Samuti leiab komisjon, et „[kokkuleppe] teise poole eelnev nõusolek rändluse mistahes edasimüügile MVNO-dele, kes pakuvad kõneteenuseid lõpptarbijatele

[...]”, on „[piirang] sõltuvalt kliendi liigist” ning see „piirab toodangut ning kujutab seepärast endast konkurentsipiirangut” (põhjendused 115 ja 116).

85 Nendest hinnangutest nähtub, et komisjoni arvates toob konkurentsipiirangu kaasa selline poolte vahel sõlmitud rändlust puudutav kokkulepe juba oma olemuselt, mis on tingitud sõltuvusest, mille riigisisene rändlus põhjustab rändlust kasutavale operaatorile kasutatava võrgu operaatori seisukohast. Piirang väljendub kolmel moel: esiteks võrguga kaetuse seisukohalt, kuna rändlus kujutab endast takistust oma partneri võrku kasutava operaatori võrgu kasutuselevõtule; teiseks kvaliteedi ja edastuskiiruse osas, kuna rändlust kasutav operaator sõltub kasutatava võrgu operaatori tehnilistest ja ärilistest valikutest, ning kolmandaks hindade osas seetõttu, et rändlust kasutava operaatori hulgitariifid sõltuvad kasutatava võrgu operaatorile makstavatest hulgihindadest, nii nagu see on käesoleval juhul.

86 Sellised üldised kaalutlused, mida võib teha kõikide riigisisest rändlust käsitlevate kokkulepete kohta, ei põhine ühelgi konkreetsetel tõendil, mis tõendaks nende paikapidavust O2 ja T-Mobile vahel sõlmitud kokkuleppe suhtes.

87 On tõsi, et otsus sisaldab mitmes põhjenduses kokkuleppe konteksti kirjeldavaid osasid. Selles kirjeldatakse kokkuleppe majanduslikku, õiguslikku ja tehnilist konteksti (põhjendused 6-22), tuuakse välja kokkuleppe ülesehitus selle erinevates sätetes, mis käsitlevad asukohtade laiendatud jagamist, RAN-i jagamist ja riigisisest rändlust (põhjendused 23-43). Samuti uuritakse selles asjaomaseid turge, st hulgi- ja jaeturge, toodete ja teenuste turge ning geograafilisi turge (põhjendused 44-72) ning antakse teavet turu struktuuri kohta, eelkõige selles osas, kes on tegelikud või potentsiaalsed konkurendid eri turgudel (põhjendused 73-77 ja põhjendused 96-99).

88 See informatsioon, mis on esitatud kõnealuste ettevõtjate tegevusalade väljatoomiseks, ei too siiski kuidagi selgust kokkuleppe mõjule antud hinnangu kohta.

89 Kui komisjonile esitati kohtuistungil lisaks üldisele hinnangule, et riigisisene rändlus on konkurentsi piirav, küsimusi selle kohta, millised konkreetsed, lepingule iseloomulikud ning otsuses toodud asjaolud toetavad käesoleval konkreetset juhul seda hinnangut, tõi komisjon pärast neljast operaatorist moodustuva asjaomase turu eriti suure kontsentreerituse rõhutamist välja kaks aspekti, mida kõigis rändlust käsitlevates kokkulepetes ei esine. Esiteks on rändlust puudutav kokkuleppe peamine osa. See tekitab olukorra, kus O2 ei ole kohustatud kasutusele võtma võrku suuremal osal Saksamaa territooriumist ning sellel on iseäranis negatiivne mõju kesketes linnapiirkondades, mis on majanduslikult kõige tasuvamad. Teiseks sõltuvad hulgihindade määramise mehhanismi tõttu, mis hõlmab fikseeritud osa, O2 tariifid T-Mobilele makstavatest hindadest. Piirates O2 tegutsemisruumi turul hindade kujundamise küsimuses, piirab see mehhanism konkurentsi. Kostja on pealegi märkinud, et kogu otsus tervikuna kajastab otsuse põhjenduses 107 sisalduvat hinnangut.

90 Niisiis tuleb kostja esitatud kahe teguri suhtes uurida, kas vaidlustatud otsus teeb kindlaks kokkuleppele ette heidetud konkurentsipiirangud.

91 Esiteks, mis puudutab rändluse tähtsust kokkuleppes ja selle väidetavaid piiravaid mõjusid kesketes linnapiirkondades, nähtub otsusest, eelkõige põhjendustest 107 ja 108, et selleks, et kinnitada riigisisese rändluse määratluse kohast konkurentsi piiravat iseloomu ning käesoleval juhul kokkuleppe sellist iseloomu, leidis komisjon, et selle mõju oli negatiivsem aladel, kus võib konkureerida majanduslikult tasuvamatel tingimustel, eelkõige kesketes linnapiirkondades, ja on niiviisi leidnud, et riigisisene rändlus nendes piirkondades ei olnud õigustatud.

- 92 Seega nähtub toimikust, et selleks, et kohandada lepingulist raamistikku vastavalt turu arengule, eelkõige mis puudutab riigisest rändlust, muutsid pooled esialgset 20. septembril 2001 sõlmitud ja 6. veebruaril 2002 teatatud kokkulepet kolmel korral — 20. septembril 2002 ning 22. jaanuaril ja 21. mail 2003. Lisaks eristab muudetud kokkulepe täpselt kolme liiki alasid, nimelt asumeid, niiõelda teisese kaubandusliku tähtsusega alasid ja niiõelda väiksema kaubandusliku tähtsusega alasid, ning sätestab esimeste kohta, et seal kasutatakse rändlust lühemat aega. Kokkuleppe ülesehitusest, nii nagu see on otsuses toodud, nähtub, et rändlusele juurdepääsu õigused on määratletud elanikkonna kattealadest lähtudes ning et nende õiguste kaotamise kohta kehtestati ajakava.
- 93 Kuigi otsus tehti muudetud kokkuleppesest lähtudes, ei hõlma see kõne all oleva EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 sätete kohane kokkuleppe analüüs konkurentsi puudutavate andmete konkreetset hindamist, kuigi need kohanduvad nii koha kui ka aja poolest kokkuleppes ettenähtud rändlusele. Eelkõige näib, et üldine hinnang rändluse piirava olemuse kohta ei põhine peamistel parameetritel, milleks on kokkuleppe kestus, st arvestades igas piirkonnas ettenähtud rändluse kaotamise ajakava.
- 94 Institutsioonil on siiski kokkuleppe ühisturuga kokkusobivuse analüüsi puhul kohustus võtta tõendite osas arvesse uusi asjaolusid, mis tulenevad kokkuleppesse haldusmenetluse ajal tehtud muudatustest, mis puudutavad eelkõige rändlust linnapiirkondades, ning vajadusel vaadata teatavad hinnangud uuesti üle.
- 95 Kokkuleppesse tehtud rändlust linnapiirkondades käsitlevate muudatuste tegelik arvessevõtmine kokkuleppe ühisturuga kokkusobivuse uurimisel võis komisjoni viia teistsugustele järeldustele kui need, milleni ta jõudis otsuses, eelkõige mis puudutab

nende kahe uue asjaolu vajalikkust selleks, et O2 pääseks linnapiirkondades 3G turule.

- ⁹⁶ Niisiis, selline konkreetsete sätete, mille kohaselt riigisisesele rändlusele on alus pandud muudetud kokkuleppes, arvessevõtmine kajastub vaidlustatud otsuses vaid EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 sätete kohaselt erandi tegemise võimalikkuse uurimise käigus, mis ei täida eespool nimetatud lünki. Kokkuleppe ühisturuga kokkusobivuse analüüs ja — juhul kui kokkulepe oleks kokkusobimatuks tunnistatud — erandi tegemise võimalikkuse analüüs viiakse läbi erinevate etappide kaudu nii, et teine eeldab eelkõige seda, et kokkuleppe kokkusobimatus on esimese käigus kohaselt tõendatud.
- ⁹⁷ Kohtuistungil komisjoni poolt antud selgitused kinnitavad järeldest, et EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 sätete raames kokkuleppe kohta tehtud analüüsis ei võetud kõnealuseid muudatusi arvesse. Kostja märkis, et talle ei saa ette heita seda, et ta ei analüüsinud, kas riigisisene rändlus linnapiirkondades oli O2 jaoks turule sisenemiseks vajalik, kuna esialgne kokkulepe, millest talle teatati, ei näinud ette rändlust linnapiirkondades.
- ⁹⁸ Seega tuleb esimese punkti kohta järeldada, et jättes oma analüüsi kohandamata, toimiku uute andmetega, mis puudutasid rändlust linnapiirkondades, analüüsis ta samas valesi asjaolusid, mille olid talle esitanud lepingust teatanud pooled.
- ⁹⁹ Teiseks, mis puudutab konkurentsi piiravat teist asjaolu, mis komisjoni sõnul on iseloomulik kokkuleppele, st eespool punktis 89 nimetatud hindade määramise mehhanism, ei ole selle väidetavat piiravat mõju tõendatud.

- 100 Mis puudutab esiteks T-Mobilele makstavate hulgihindade mõju O2 poolt võetavatele hulgi- ja jaehindadele, on hageja selles osas teiste tarnijatega silmitsi seisvate ettevõtjatega sarnases olukorras. Nii O2 kui ka T-Mobile sõltuvad mõlemad hindadest, mida neilt küsivad kasutatavate kaupade ja teenuste tarnijad ning mis võivad kuludena üle kanduda nende klientidele. Pealegi ei ole väidetav hindade sõltuvus tõendatud. Selle lükkab ümber isegi otsuses märgitu, et kokkuleppe pooltel on erinevad hinnakujunduspõhimõtted (põhjendus 140). Lisaks vastustele eespool punktis 36 nimetatud Esimese Astme Kohtu küsimustele O2 kasutatavate hindade struktuuri kohta esitas hageja informatsiooni, millest nähtub, et mitmesuguste nimetustega toodete ja teenuste, erinevate paketalikute ja mitmeid muutujaid sisaldavate hinnavalemite kaudu püüab ta end T-Mobilest eristada.
- 101 Teisest küljest tuleb O2 poolt T-Mobilele makstava fikseeritud tariifi osas tõdeda, et otsus ei sisalda analüüsi selle fikseeritud tasu maksmise kohustuse kohta. Pealegi tunnistas kostja kohtuistungil, et seda küsimust haldusmenetluse käigus ei käsitletud.
- 102 Eespool toodust järeldub, et otsuse põhjenduses 107 sisalduv üldine hinnang, et riigisisene rändlus piirab konkurentsi, kuna see võimaldab rändlust kasutaval operaatoril aeglustada oma võrgu kasutuselevõttu ning kuna see paneb ta olukorda, kus ta sõltub tehniliselt ja majanduslikult kasutatava võrgu operaatorist, ei põhine konkreetsetel kokkuleppele iseloomulikel ja otsuses toodud asjaoludel, ning pealegi toob see välja, et hindamata jäeti kokkuleppes tehtud muudatused, mis käsitlevad rändlust linnapiirkondades.
- 103 Pealegi ei paista see üldine hinnang enam tulenevat telekommunikatsioonisektorit reguleerivate ühenduse õiguse sätetest. Nagu nähtub ka eespool punktis 36 nimetatud kostja poolt Esimese Astme Kohtu küsimustele antud vastustest, siis

ükski telekommunikatsioonisektorit reguleeriv direktiiv ei käsitle riigisisest rändlust puudutavaid kokkuleppeid ning nende kokkusobivust ühenduse konkurentsioigusega, kuigi selliste kokkulepete suhtes kohaldatakse konkurentsioigust, eelkõige EÜ artikli 81 lõiget 1.

¹⁰⁴ Lisaks, nii nagu väidab hageja, ei ole komisjoni antud üldine hinnang riigisisesele rändlusele tõendatud otsuses endas kirjeldatud asjaomast turgu puudutavate asjaolude osas.

¹⁰⁵ Otsuse kohaselt, milles ekstrapoleeritakse sel ajal saada olnud andmed 2G mobiilsideturgude olukorra kohta, oli T-Mobile, kes esialgu oli seotud varasema operaatoriga Deutsche Telekom, tõenäoliselt 100-protsendiline turuosa kõnealusel 3G sideteenuste riigisisese rändluse hulgiturul. Otsuses on lisaks täpsustatud, et võrguoperaatorite tasemel on turule sisenemise võimalused piiratud litsentside väikese arvu, nende maksumuse ning 3G võrgu infrastruktuurideks vajalike märkimisväärsede investeeringute tõttu (põhjendused 74 ja 75).

¹⁰⁶ 3G teenuste jaeturu osas on otsuses märgitud, et litsentsi on saanud kuus operaatorit, st lisaks T-Mobilele ja O2-le D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com ja Group 3G, kellest viimasena tuli turule O2, ning et jaeturul on neli peamist konkurenti. Otsuses on täpsustatud, et nende turuosa 2G kommunikatsioonide osas, mis oli otsuse vastuvõtmise ajal ainuke saadaolev teave, oli teenuseosutajate klientide arvust lähtudes T-Mobile puhul 41,7%, D2 Vodafone puhul 38,3%, E-Plusi puhul 12,2% ja O2 Germany puhul 7,8% (põhjendused 76 ja 77).

- 107 Esitlust nähtub, et T-Mobile on valitsev operaator Saksamaa mobiilsideturul, et see puudutab nii hulgi- kui ka jaeturge ning et viimasena Saksa turule tulnud operaator O2 näib olevat kõige nõrgemas konkurentsiolekordas. Kuigi O2-l ei ole võrgu infrastruktuure, nagu otsuses märgitud (põhjendus 97), seab tema tagasihoidlik turuosa ning olukord viimase turule tulijana ta objektiivselt kehvemasse olukorda.
- 108 Komisjoni poolt arvustatud sõltuvus tuleneb samuti asjaolude ebavõrdsusest, täpsemalt sellest, et kokkulepe püüab O2 soodsamasse konkurentsiolekorda pannes leida tasakaalu, samas kui tema tegelik olukord näib olevat vähem konkurentsivõimeline, võrreldes teiste operaatoritega, keda otsuses määratleti tegelike või potentsiaalsete konkurentidena. O2 sõltuvus T-Mobile võrgust oli pealegi mõeldud ajutisena, kuna see pidi teatatud kokkuleppe muudetud sätetes, mida komisjonil paluti haldusmenetluse raames uurida, ette nähtud rändlusele juurdepääsu õiguste kaotamise ajakava kohaselt kokkuleppe kehtivuse jooksul vähenema. Selles osas ei tõenda otsus, mis ei sisalda midagi konkreetset, nii nagu eespool sai mainitud, seda, et kokkuleppele on piirav mõju O2 võrkude kasutuselevõtule. Komisjon ei ole sellega *a fortiori* tõendanud oma kirjalikes avaldustes märgitud, st et kokkulepe kaldub aeglustama või isegi piirama hageja võrgu kasutusele võtmist. Hageja poolt kohtule esitatud kirjad, eelkõige 4. märtsist ja 9. aprillist 2003, näitavad just vastupidi, et kokkuleppe eesmärk on võimaldada seda, et ta saab oma 3G võrgu tulutoovalt kasutusele võtta vastavalt tema litsentsis sätestatud ajakava ja kaetust puudutavatele nõuetele.
- 109 Käesoleval juhul ei saa seega välistada, et selline T-Mobile ja O2 vahel sõlmitud rändlust puudutav kokkulepe võib võrguoperaatorite vahelise konkurentsi piiramise asemel vastupidi võimaldada kõige väiksemal operaatoril konkureerida turul kaalukat rolli omavate ettevõtjatega, nagu käesoleval juhul T-Mobile, kuid ka D2 Vodafone jaeturul, või isegi turgu valitsevat seisundit omavate operaatoritega, nagu T-Mobile hulgiturul.

- 110 Niisiis ei võetud kõnealuste tekkivate turgude spetsiifilisest iseloomust tulenevat eripärast konteksti EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 raames kokkuleppe ühisturuga kokkusobivuse hindamisel arvesse.
- 111 Seevastu võttis komisjon seda eripärast konteksti arvesse, kui ta leidis EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 sätete raames, et kokkulepe oli vajalik ja ilma selleta ei oleks O2 tõhusalt turule pääsenud, ning otsustas erandi teha.
- 112 Pealegi märgitakse otsuses, et tänu kokkuleppele on O2 paremas konkurentsiolekorras alal, kus on kohustus katta 50% sealsest elanikkonnast 31. detsembriks 2005 (põhjendus 123), ning et väljaspool seda ala ei oleks ta tõenäoliselt olnud võimeline täitma oma litsentsist tulenevaid kohustusi (põhjendus 126). Samuti on selles märgitud, et kuna O2 on „kõige väiksem operaator Saksa mobiiliturul, kellel on väike turuosa 2G turul (ca 8%), on vähe tõenäoline, et ta suudab kiiresti välja ehitada kvaliteetse võrgu, mis katab piisava ala, võimaldamaks sellel ettevõtjal konkureerida algusest peale tõhusalt teiste olemasolevate litsentsi omavate 3G võrkude ja teenuste operaatoritega Saksamaal” (põhjendus 124).
- 113 Üldisemas ja kokkuvõtlikumas hinnangus on otsuses lisatud, et „O2[-e] [...] rändlust T-Mobile 3G võrgus ka peamistes linnapiirkondades piiratud ajavahemikul loetakse proportsionaalseks ja mõõdapääsmatuks, kuid see ei pruugi nii olla operaatorite puhul, kellel on turul kindlam seisund” (põhjendus 133). Lõpuks leitakse selles, et „[j]uurdepääsuta 3G teenuste riigisisesele rändlusele T-Mobile võrgus on O2 vähem tõhus konkurent võrgu kasutuselevõtu etapis ning on vähe tõenäoline, et ta siseneb 3G hulgi- ja jaeturgudele üleriigilise operaatorina (või sel hetkel kõige laiemat võimalikku geograafilist kaetust pakkuva operaatorina)” (põhjendus 135).

- 114 EÜ artikli 81 lõike 3 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 3 raames läbi viidud analüüsist nähtub, et kõnealuse tekkiva turu spetsiifilisest iseloomust lähtudes ei oleks O2 konkurentsiolukord 3G turul tõenäoliselt ilma kokkuleppeta olnud kindel või see oleks lausa ohtu sattunud. Need hinnangud kinnitavad, et komisjoni EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 raames läbiviidud analüüsi käigus tehtud oletused ei ole tõendatud.
- 115 Kohtuistungil kostja esitatud argument, et on oluline vahe, kas turgu ei suudeta hõivata või suudetakse turg hõivata läbi raskuste, ei saa kuidagi ümber lükata eespool toodud kaalutlusi, kuna otsuses jättis komisjon EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 raames nimelt objektiivselt analüüsimata konkurentsivolukorra kokkuleppe puudumisel.
- 116 Eespool toodust järeldub, et otsuses on EÜ artikli 81 lõike 1 ja EMP lepingu artikli 53 lõike 1 kohaldamise osas tehtud analüüsis viga, kuna esiteks puudub selles objektiivne käsitus konkurentsivolukorra kohta lepingu puudumisel, mis moonutab kokkuleppega konkurentsile avaldatavate tegelike ja võimalike mõjude hindamist, ning teiseks ei ole selles konkreetselt kõnealuse tekkiva turu kontekstis tõendatud, et rändlust käsitleva kokkuleppe punktid on konkurents suhtes piirava mõjuga, vaid see piirdub siinkohal põhimõtetele tuginemisega ja üldiste argumentide esitamisega.
- 117 Sel põhjusel tuleb nõuded, millega taotleti otsuse artikli 2 ja artikli 3 lõike a osalist tühistamist, rahuldada, ilma et oleks tarvis teha otsus hagiavalduse teise väite kohta.

Kohtukulud

- ¹¹⁸ Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus tehti komisjoni kahjuks, mõistetakse kohtukulud vastavalt hageja nõudele välja komisjonilt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda)

otsustab:

1. Tühistada komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsuse nr 2004/207/EÜ EÜ artiklis 81 ja EMP lepingu artiklis 53 sätestatud menetluse kohta (juhtum COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland ja O2 Germany: võrkude jagamise raamkokkulepe) artikkel 2 ja artikli 3 punkt a niivõrd, kuivõrd nendes on sedastatud, et nimetatud artiklites viidatud kokkuleppe punktidele kohaldatakse EÜ artiklit 81 ja EMP lepingu artiklit 53.
2. Mõista kohtukulud välja komisjonilt.

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 2. mail 2006 Luxembourgis.

Kohtusekretär

Koja esimees

E. Coulon

H. Legal