

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

2 mai 2006 *

Dans l'affaire T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, établie à Munich (Allemagne), représentée par MM. N. Green, QC, K. Bacon, barrister, M^{es} B. Amory et F. Marchini Camia, avocats,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée initialement par MM. R. Wainwright, S. Rating et P. Oliver, puis par MM. É. Gippini Fournier, P. Hellström et M^{me} K. Mojzesowicz, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

ayant pour objet une demande d'annulation de l'article 2 et de l'article 3, sous a), de la décision 2004/207/CE de la Commission, du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux) (JO L 75, p. 32),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (quatrième chambre),

composé de MM. H. Legal, président, P. Mengozzi et M^{me} I. Wiszniewska-Białecka, juges,

greffier: M^{me} K. Pocheć, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 7 décembre 2005,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (ci-après «O2»), filiale à 100 % de mmO2 plc, anciennement BT Cellnet Ltd, auparavant contrôlée par British Telecommunications plc, exploite des réseaux et des services de télécommunications mobiles numériques en Allemagne, où elle est devenue le dernier des quatre opérateurs

présents sur le marché, sur la base d'une licence GSM (Global System for Mobile Communications, système global de télécommunications mobiles) 1800 accordée en 1997. O2 a, en outre, obtenu une licence UMTS (Universal Mobile Telecommunications System, système universel de télécommunications mobiles) en août 2000.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (ci-après «T-Mobile»), détenue à 100 % par T-Mobile International AG, elle-même filiale à 100 % de l'opérateur historique Deutsche Telekom AG, est un opérateur allemand de réseaux et de services de télécommunications mobiles numériques. T-Mobile, qui utilise la famille des normes GSM, fournit en Allemagne des services GSM sur la base d'une licence GSM 900 et a obtenu, en août 2000, une licence UMTS.
- 3 La réglementation nationale allemande ainsi que les licences accordées à O2 et à T-Mobile prévoient, notamment, des critères de déploiement du réseau en termes de couverture effective de la population selon un calendrier précis. Cette couverture devait atteindre 50 % de la population d'ici à la fin de l'année 2005.
- 4 Le 6 février 2002, O2 et T-Mobile ont notifié à la Commission un accord-cadre, en date du 20 septembre 2001, concernant le partage d'infrastructures et l'itinérance nationale des télécommunications mobiles GSM de la troisième génération (ci-après «3G») sur le marché allemand, lequel a été modifié par des accords complémentaires du 20 septembre 2002, du 22 janvier et du 21 mai 2003. T-Mobile et O2 demandaient à pouvoir bénéficier d'une attestation négative en vertu de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou, à défaut, d'une exemption conformément à l'article 81, paragraphe 3, CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE.
- 5 L'autorité allemande de régulation des postes et télécommunications a, le 7 décembre 2001, estimé que l'accord était conforme à la réglementation nationale.

- 6 La Commission a adopté, le 16 juillet 2003, la décision 2004/207/CE relative à la procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux) (JO L 75, p. 32, ci-après la «décision»). Elle y estime, en conclusion, n'avoir aucun motif d'engager une procédure au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE à l'égard des dispositions de l'accord relatives au partage de sites (article 1^{er}). Par ailleurs, conformément à l'article 81, paragraphe 3, CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, elle déclare l'article 81, paragraphe 1, CE et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE inapplicables aux dispositions de l'accord relatives à l'itinérance, pour des périodes qu'elle détermine (articles 2 et 3).

- 7 La décision, après avoir présenté le contexte juridique et factuel du développement récent des communications mobiles dans l'Union européenne, marqué par des générations technologiques successives, indique que l'accord a, notamment, pour objectif l'extension de la couverture géographique ainsi que le déploiement plus rapide du réseau et des services 3G, et qu'il prévoit une collaboration entre les parties pour le partage de sites, le partage du réseau d'accès radio (RAN) et l'itinérance nationale (considérant 24). La décision ajoute que l'accord précise qu'il restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 et sera, en principe, reconduit pour une durée de deux ans (considérant 43).

- 8 La décision expose que le partage d'un réseau 3G comporte plusieurs degrés, à savoir, par ordre croissant, le partage des sites, le partage des stations de base (nœuds B) et des antennes, le partage des contrôleurs de réseau radio (RNC: Radio Network Controllers), le partage des cœurs de réseau et le partage des fréquences (considéranants 12 et 15).

- 9 Elle précise que le RAN comprend les sites de pylônes ou d'antennes, les boîtiers de support et la fourniture d'électricité, ainsi que les antennes, les multiplexeurs et les liaisons de transmission, les nœuds B et les contrôleurs de réseau radio (considérant 13).

- 10 La décision indique que l'itinérance nationale permet aux opérateurs concernés, sans partager aucun élément du réseau, d'utiliser le réseau des autres opérateurs afin de fournir des services à leurs propres clients (considérant 16).
- 11 Elle précise que l'itinérance nationale prévue par l'accord comprend, d'une part, l'itinérance de O2 sur le réseau de T-Mobile dans la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 % de la population et, d'autre part, l'itinérance réciproque en dehors de cette zone (points 4.3.1 et 4.3.2).
- 12 En ce qui concerne le marché de produits pertinent, la Commission considère que, dans le secteur des télécommunications, ici en cause, les principaux marchés d'accès aux réseaux et marchés de services concernés par l'accord sont, d'une part, le marché des sites et des infrastructures de sites pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques et, d'autre part, le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G. Elle ajoute que deux autres marchés, à savoir les marchés de l'accès en gros aux services 3G ainsi que les marchés de détail pour les services 3G situés en aval, sont indirectement affectés (considérant 46).
- 13 La Commission estime que les marchés géographiques concernés sont de dimension nationale et s'étendent à l'ensemble du territoire allemand (considérants 60, 64 et 72).
- 14 En ce qui concerne la structure du marché, la Commission examine, notamment, l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G et les services de détail 3G.

- 15 La Commission estime que T-Mobile détient 100 % du marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale des télécommunications mobiles de la deuxième génération (ci-après «2G») en Allemagne et que, pour l'itinérance nationale 3G, les principaux concurrents potentiels ou réels sur les marchés de l'accès et des services en gros sont les deux autres détenteurs de licences qui prévoient de déployer des réseaux et des services 3G en Allemagne, à savoir D2 Vodafone et E-Plus.
- 16 S'agissant des marchés des services de détail 3G, la Commission considère que les principaux concurrents sont D2 Vodafone et E-Plus, ainsi que des prestataires de services potentiels tels que Mobilcom et Debitel, en se fondant sur les données disponibles relatives à la situation des services de détail 2G, pour lesquels les parts de marché étaient estimées en 2002 à 41,7 % pour T-Mobile, 38,3 % pour D2 Vodafone, 12,2 % pour E-Plus et 7,8 % pour O2 (considérants 74 à 77).
- 17 Selon la décision, l'accord notifié est un accord de coopération horizontale entre deux concurrents qui comprend également certains aspects verticaux. Il n'aurait pas pour objet de restreindre la concurrence, mais pourrait avoir un tel effet dans la mesure où les parties à l'accord sont des concurrents sur les marchés concernés (considérant 92).
- 18 La Commission considère que le partage des sites et les échanges d'informations auxquels il donne lieu n'entraîneront pas de restrictions de concurrence (considérants 95 à 103 et article 1^{er}). Le partage du RAN n'ayant pas été prévu au moment de l'adoption de la décision, il n'a pas été examiné (considérant 104).
- 19 En revanche, la Commission estime que l'itinérance nationale entre les opérateurs qui détiennent une licence leur permettant de déployer et d'exploiter leurs propres réseaux mobiles numériques restreint par définition la concurrence entre ces opérateurs pour ce qui est de ses paramètres essentiels (considérant 107).

- 20 La Commission considère, tout d'abord, que l'itinérance a des effets sur les marchés de gros. Elle expose qu'il y a restriction de la concurrence, s'agissant, d'une part, de l'étendue et des délais de mise en place de la couverture, l'opérateur pratiquant l'itinérance ne déployant pas suffisamment, selon la Commission, son propre réseau, et, d'autre part, de la qualité et des débits des réseaux, car l'opérateur pratiquant l'itinérance serait dépendant des choix techniques et commerciaux effectués par l'opérateur du réseau visité. En outre, les tarifs de gros facturés par l'opérateur pratiquant l'itinérance aux acquéreurs de ses services seraient dépendants des prix de gros payés à l'opérateur visité. Les effets restrictifs seraient plus défavorables dans les zones où le déploiement de réseaux parallèles concurrentiels est manifestement viable sur le plan économique, notamment dans les zones urbaines centrales. La Commission estime que l'effet restrictif de la concurrence est sensible, car sont en cause des marchés émergents où les barrières à l'entrée sont importantes du fait des obligations liées aux licences et des investissements nécessaires (considérants 107 à 110).
- 21 Ensuite, la Commission estime que l'itinérance a des effets restrictifs sur les marchés de détail, car elle entraînerait, à ce niveau, une plus grande uniformité des conditions de fourniture des services concernés. De plus, le système de prix convenu entre les parties risquerait lui-même d'entraîner une coordination des prix de détail (considérants 111 et 112).
- 22 La Commission considère également que les modalités de la revente de droits d'accès à l'itinérance à des «MVNO» (Mobile Virtual Network Operators, opérateurs de réseaux mobiles virtuels), revente pour laquelle l'accord impose l'agrément préalable de l'autre partie, en limitant les catégories de clients, limite la production et constitue une restriction de la concurrence (considérants 115 et 116).
- 23 Elle estime en revanche, s'agissant des autres dispositions de l'accord relatives à l'itinérance, que les obligations d'achats minimaux de O2 à T-Mobile ne constituent pas une restriction supplémentaire de la concurrence (considérants 113 et 114) et que la limitation de la revente de droits d'accès à l'itinérance à d'autres opérateurs

de réseaux titulaires d'une licence ainsi que les échanges d'informations liés à l'itinérance ne constituent pas des restrictions de la concurrence (considérants 117 à 119).

- 24 La Commission considère en outre que l'accord a des effets sur les échanges entre les États membres de l'EEE (considérant 120).
- 25 La Commission examine ensuite l'accord au regard des conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE pour l'octroi d'une exemption.
- 26 En premier lieu, la Commission considère que l'accord contribue à l'amélioration de la production et de la distribution des services concernés ainsi qu'à la promotion du progrès technique et économique.
- 27 En ce qui concerne l'itinérance dans la zone de couverture de 50 % de la population, la décision indique que O2 pourra dès le départ offrir pour ses services une meilleure couverture, une meilleure qualité et des débits plus élevés au cours de la phase de déploiement, en concurrence avec les autres prestataires de services 3G de gros et de détail, qu'elle n'aurait pu le faire en opérant individuellement (considérants 123 et 124).
- 28 En ce qui concerne l'itinérance en dehors de la zone de couverture de 50 % de la population, la décision indique que O2 pourra devenir un concurrent proposant une couverture nationale sur les marchés de détail 3G, alors qu'elle n'aurait vraisemblablement pas été en mesure, sans l'accord, de satisfaire à l'obligation de couverture imposée par sa licence dans la zone en cause (considérant 126). La revente de droits d'accès à l'itinérance à des MVNO favoriserait la concurrence sur le marché de l'itinérance nationale 3G, sur celui du temps de connexion en gros

ainsi que sur les marchés de détail (considérant 127). En outre, l'accord permettrait aux parties, notamment à T-Mobile, d'utiliser leurs réseaux de façon plus intensive, et donc plus efficace, en particulier dans les zones moins peuplées (considérant 128).

- 29 En deuxième lieu, la Commission estime que l'effet positif de l'itinérance nationale 3G sur la position concurrentielle de O2 améliorera la concurrence sur les marchés des réseaux et des services de communications mobiles numériques, que les concurrents seront incités à introduire de nouveaux services sur le marché et qu'ils seront soumis à de plus fortes pressions pour baisser leurs prix. En outre, elle indique que les économies de coûts résultant de la concurrence accrue sur le marché de détail seront probablement répercutées sur les utilisateurs (considéran^ts 129 et 130).
- 30 En troisième lieu, la Commission considère que les clauses de l'accord sont indispensables et proportionnées pour garantir les avantages constatés, compte tenu de la position plus faible de O2 sur le marché (considéran^ts 131 à 133). La restriction à la revente de droits d'accès à l'itinérance aux MVNO fournissant des services vocaux lui apparaît, d'une part, nécessaire pour que l'accord puisse être bénéfique et, d'autre part, proportionnée, car elle serait limitée aux services vocaux (considéran^ts 134 à 136).
- 31 En quatrième lieu, la Commission estime que l'accord renforce la concurrence entre les quatre opérateurs de réseaux et de services 3G titulaires des licences, qui prévoient de déployer des réseaux 3G en Allemagne, ainsi qu'entre les prestataires de services et les MVNO (services vocaux exceptés). Il permettrait également une concurrence effective entre les parties à l'accord, car l'opérateur du réseau d'origine contrôlerait son propre cœur de réseau et pourrait ainsi offrir des services différenciés (considéran^ts 137 et 138). En outre, il est indiqué que l'opérateur du réseau d'origine garde la responsabilité de la détermination des prix et de la facturation et que les parties recourent à des principes de facturation différents (considérant 140). La Commission considère en définitive que l'élimination, partielle, de la concurrence émanant des MVNO est compensée, en grande partie, par les effets globalement favorables à la concurrence de l'accord (considérant 142).

32 En conclusion, la Commission, après avoir indiqué que les effets probables des restrictions ne peuvent être appréciés pour une période supérieure à cinq ans (considérant 144), décide:

- de ne pas engager de procédure au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE en ce qui concerne les dispositions de l'accord relatives au partage de sites, aux échanges d'informations nécessaires au partage des sites et à la limitation de la revente de droits d'accès à l'itinérance nationale à d'autres opérateurs de réseaux titulaires d'une licence (article 1^{er});

- d'accorder une exemption, conformément à l'article 81, paragraphe 3, CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, aux dispositions de l'accord relatives à la fourniture d'itinérance nationale 3G par T-Mobile à O2 dans la zone soumise à une obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, pendant les périodes suivantes:
 - du 6 février 2002 au 31 décembre 2005 pour les villes situées dans une zone comprenant principalement des régions urbaines (zone 1), sauf dans les zones souterraines;

 - du 6 février 2002 au 31 décembre 2007 pour les régions situées dans une zone comprenant de petites régions urbaines d'importance commerciale secondaire (zone 2), sauf dans les zones souterraines;

 - du 6 février 2002 au 31 décembre 2008 pour les régions situées dans une zone comprenant de petites régions urbaines d'importance commerciale moindre (zone 3) ainsi que dans toutes les zones souterraines des villes et des régions des zones 1, 2 et 3 (article 2).

- 33 La Commission accorde également une exemption, du 6 février 2002 au 31 décembre 2008, à la fourniture d'itinérance nationale 3G par T-Mobile et O2 en dehors de la zone soumise à une obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, telle qu'elle est définie par l'accord [article 3, sous a), de la décision] ainsi qu'à la limitation de la revente de droits d'accès à l'itinérance nationale 3G à certains MVNO prévue par l'accord [article 3, sous b), de la décision].

Procédure et conclusions des parties

- 34 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 25 septembre 2003, O2 a introduit le présent recours.
- 35 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal a décidé d'ouvrir la procédure orale en procédant préalablement à une mesure d'organisation de la procédure.
- 36 Par mesure d'organisation de la procédure notifiée le 26 octobre 2005, le Tribunal a demandé, d'une part, à la Commission de préciser les fondements, tirés des textes, de la jurisprudence, de l'analyse économique et de sa doctrine, de l'appréciation formulée au considérant 107 de la décision selon laquelle «[l']itinérance nationale [...] restreint par définition la concurrence» et, d'autre part, à O2 de préciser les conséquences d'un déploiement plus rapide de son réseau sur les obligations d'achat de droits d'accès à l'itinérance prévues par l'accord et de donner des indications sur les spécificités de son système de prix.
- 37 La requérante et la Commission ont répondu à ces demandes par courriers enregistrés le 24 novembre 2005.

38 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions du Tribunal lors de l'audience du 7 décembre 2005.

39 O2 conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler l'article 2 et l'article 3, sous a), de la décision 2004/207/CE de la Commission, du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux);

- condamner la Commission aux dépens.

40 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter le recours;

- condamner la requérante aux dépens.

En droit

1. Sur la recevabilité et la portée des conclusions en annulation

Arguments des parties

41 La Commission expose que la décision distingue les aspects horizontaux de l'accord et ses aspects verticaux et que la requérante méconnaît cette distinction et fait une

interprétation inexacte de la jurisprudence et de sa relation contractuelle avec T-Mobile. Elle s'interroge à cet égard sur l'intérêt à agir de O2, dès lors que la requérante demande l'annulation de l'article 2 et de l'article 3, sous a), de la décision, qui concernent les aspects horizontaux de l'accord, et non l'annulation de l'article 3, sous b), qui concerne ses aspects verticaux. La requérante admettrait ainsi, selon la Commission, que cette partie de l'accord entrait dans le champ de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE et nécessitait une exemption.

⁴² La Commission a en outre émis des doutes, à l'audience, sur l'intérêt à agir de la requérante au motif que la décision, qui accorde à O2 une exemption, laquelle s'impose aux autorités et aux juridictions nationales, offre à O2 une sécurité juridique qui disparaîtrait en cas d'annulation, car la Commission ne pourrait pas prendre de nouvelle décision, le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1), ayant mis fin au système de notification préalable des accords en vue d'une exemption.

⁴³ O2 fait valoir que la Commission ne formule pas d'objection argumentée, en particulier du point de vue de la recevabilité de son recours, et que les parties de la décision qui sont attaquées produisent des effets juridiques obligatoires et peuvent par conséquent faire l'objet d'un recours en annulation.

Appréciation du Tribunal

⁴⁴ Il ressort de la décision que O2 et T-Mobile ont notifié à la Commission, le 6 février 2002, un accord comportant deux volets principaux, à savoir le partage de sites et l'itinérance nationale, prévu pour durer jusqu'en 2011, avec reconduction automatique pour deux ans, en vue d'obtenir une attestation négative ou, à défaut, une exemption et que la Commission a accordé une attestation négative concernant le premier volet et, s'agissant du second, une exemption jusqu'en 2008. Il ressort par

ailleurs de la notification que les parties à l'accord considéraient que celui-ci n'avait ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence et qu'elles ne sollicitaient une exemption qu'à titre subsidiaire. En outre, O2 a fait valoir à l'audience que les limitations dans le temps qu'elle-même et T-Mobile avaient consenti à incorporer dans l'accord à la demande de la Commission et sans lesquelles elles n'auraient pas obtenu l'exemption, leur posaient des problèmes pratiques liés au respect des délais ainsi fixés.

45 Il y a lieu de relever, d'une part, que la décision, dont O2 est le destinataire, lui donne seulement partiellement satisfaction compte tenu des termes de la notification et, d'autre part, que la requérante en poursuit l'annulation partielle en tant que la Commission n'a pas considéré les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE inapplicables à l'accord notifié, au motif que l'accord ne serait pas restrictif de la concurrence, et n'a pas accordé l'attestation négative demandée à titre principal. Il convient également de relever que la décision, qui arrête un calendrier contraignant concernant l'exemption accordée, est de nature à affecter les intérêts de la requérante du fait des effets juridiques obligatoires qu'elle produit.

46 Par conséquent, le présent recours, qui ne vise en réalité à l'annulation des dispositions attaquées que dans la mesure où celles-ci impliquent que les clauses concernées entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, est recevable (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, M6 e.a./Commission, T-112/99, Rec. p. II-2459, points 36 à 40 et 44).

47 Cette conclusion n'est pas infirmée par l'argument de la Commission selon lequel une annulation éventuelle des dispositions contestées de la décision par le Tribunal placerait O2 dans une situation d'insécurité juridique dans la mesure où une nouvelle décision sur la notification ne pourrait être prise, cette procédure, prévue par le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204), n'existant plus sous l'empire du règlement n° 1/2003, désormais applicable.

48 En effet, la Commission, en présence d'une telle annulation, avec l'effet rétroactif qui s'y attacherait, devrait reprendre une décision sur les stipulations de l'accord notifié, concernées par cette annulation, et se prononcer, en particulier, sur la demande d'attestation négative, en se plaçant à la date de la notification et en conduisant, par conséquent, son examen dans le cadre du règlement n° 17 (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, Espagne/Commission, C-415/96, Rec. p. I-6993, point 31). La circonstance que le règlement n° 1/2003, qui régit désormais la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 CE et 82 CE, a supprimé la procédure de notification qui existait auparavant serait ainsi sans conséquence sur l'exécution d'un arrêt faisant droit à la demande d'annulation de la requérante.

49 En outre, une éventuelle annulation partielle de la décision qui serait fondée, comme le demande la requérante, sur la constatation de l'illégalité commise par la Commission, à la date à laquelle elle a adopté la décision, en refusant d'octroyer une attestation négative à l'ensemble des clauses notifiées ne saurait nuire à la sécurité juridique de la requérante mais la conforterait, pour autant qu'il résulterait des motifs d'un tel arrêt d'annulation que les clauses litigieuses de l'accord, relatives à l'itinérance nationale, ne tombent pas dans le champ de l'interdiction posée par l'article 81, paragraphe 1, CE et par l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

2. *Sur le fond*

Considérations liminaires

50 La requérante fait valoir dans sa requête que la Commission a commis une erreur de droit en concluant que l'accord restreignait la concurrence, car, d'une part, il n'y aurait pas de restriction de la concurrence et, d'autre part, la prétendue restriction ne découlerait pas d'un accord. Elle ajoute que «les conclusions de la Commission sur ces points ne sont pas suffisamment motivées en contradiction avec l'obligation de motivation contenue à l'article 253 CE».

- 51 Ce dernier grief doit, en dépit de son énoncé littéral, être compris comme tendant à contester le caractère insuffisamment approfondi de l'examen au terme duquel la Commission a conclu que l'accord était restrictif de la concurrence mais pouvait néanmoins faire l'objet d'une exemption, question qui relève du bien-fondé de la décision et non de la question, relevant de la légalité externe, de la motivation de l'acte attaqué. En effet, tant les échanges écrits que les débats oraux se sont exclusivement cantonnés aux questions de fond posées par le litige et O2 n'a, en outre, assorti son invocation de l'article 253 CE d'aucune précision permettant d'identifier les points de la décision qui seraient entachés d'un défaut de motivation.
- 52 Ce grief doit par conséquent être rattaché aux deux moyens de fond exposés par O2 à l'appui de son recours, tirés des erreurs de droit qu'aurait commises la Commission s'agissant de l'itinérance nationale organisée par l'accord. Premièrement, la requérante soutient que la Commission a conclu à tort que l'accord entraînait des restrictions de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE. La Commission, qui avait admis que l'accord n'avait pas un objet anticoncurrentiel, aurait fait une analyse partielle de la situation de la concurrence en n'examinant pas celle-ci en l'absence d'accord, méconnaissant ainsi une jurisprudence constante. Deuxièmement, la prétendue restriction ne résulterait pas d'un accord, au sens de ces dispositions, mais des actions unilatérales de la requérante.

Sur le premier moyen, tiré de l'absence de restriction de la concurrence et de l'insuffisance d'analyse de la situation concurrentielle

Arguments des parties

- 53 O2 soutient que, alors qu'il est admis que l'accord n'avait pas un objet anticoncurrentiel, la Commission n'a pas procédé à l'analyse des effets réels de l'accord sur la concurrence et, en particulier, qu'elle n'a pas examiné quelles auraient

été les conditions de la concurrence en l'absence de celui-ci. Or, un tel examen d'ensemble s'imposerait, selon la jurisprudence, de manière générale, pour tous les accords, horizontaux ou verticaux, ainsi que l'énoncerait d'ailleurs la Commission dans ses lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO 2001, C 3, p. 2). Les conclusions de la Commission ne s'appuieraient pas davantage sur une analyse des faits pertinents relatifs au marché en cause.

- 54 O2 fait valoir que le raisonnement de la Commission part d'une position de principe erronée selon laquelle l'itinérance nationale serait, en tant que telle, restrictive de la concurrence dès lors que l'accord permet à O2 d'acheter des services de gros à T-Mobile plutôt que de les fournir elle-même. La Commission se bornerait à affirmer que la dépendance de O2 à l'égard du réseau de T-Mobile constitue une restriction de la concurrence, sans le démontrer ni procéder à l'analyse économique exigée par l'article 81, paragraphe 1, CE.
- 55 La Commission s'en tiendrait ainsi à des affirmations générales contredites par les constatations mêmes de sa décision, selon lesquelles l'accord, loin de restreindre la concurrence, lui serait bénéfique (considérants 122 à 142 de la décision). Les conclusions de la Commission seraient en outre contraires à la jurisprudence et à la pratique administrative.
- 56 O2 soutient, à cet égard, que l'accord a des effets positifs pour la concurrence — comme l'admettrait la décision —, qu'il s'agisse de la couverture de la population, de la qualité des services fournis, du débit des transmissions et des prix. La requérante souligne que, en l'absence d'accord, sa position concurrentielle aurait été affaiblie et qu'elle n'aurait probablement pas été en mesure d'assurer, dans les délais prévus, la couverture de la population requise pour les services 3G, ce dont la Commission serait convenue dans sa décision.

- 57 La requérante fait encore valoir que l'accord est nécessaire et indispensable pour lui permettre, dans les deux zones d'itinérance qu'il distingue, d'être un opérateur compétitif, capable d'offrir une couverture et des services de qualité sur le marché des télécommunications mobiles 3G. L'accord, en permettant à O2 de compléter sa capacité de couverture de la population, favoriserait son taux de pénétration et, partant, la concurrence.
- 58 O2 soutient également que l'itinérance n'aura pas d'effet négatif du point de vue de la production, de l'innovation, de la variété et de la qualité des services, ce que la Commission aurait également admis.
- 59 S'agissant des effets sur les prix, la requérante fait valoir que la circonstance que ses prix de gros dépendront dans une certaine mesure de ceux réclamés par T-Mobile ne constitue pas une restriction de la concurrence, puisque c'est la situation de toute entreprise ayant recours à des fournisseurs pour certains de ses produits ou services. En outre, le risque de coordination ou de collusion en matière de prix envisagé dans la décision serait purement spéculatif et ne reposerait sur aucune preuve ou analyse.
- 60 La Commission soutient que l'argumentation de la requérante relative à l'examen de la situation de la concurrence en l'absence d'accord reviendrait à appliquer une règle de raison aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE, et ce en contradiction avec la jurisprudence. La défenderesse expose que, s'agissant d'un accord de coopération horizontale et conformément à ses lignes directrices, elle a d'abord examiné l'impact de l'accord sur la concurrence, au regard de l'article 81, paragraphe 1, CE, en recherchant les restrictions réelles ou potentielles de la concurrence qui auraient existé en son absence, puis a effectué, aux fins de l'appréciation au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE, le bilan de ses effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels.

- 61 La Commission fait valoir que l'itinérance, telle qu'elle est envisagée par l'accord, affecte la concurrence entre les opérateurs sur les réseaux, ce qui aurait un impact particulier sur la concurrence sur les marchés de téléphonie mobile. Elle expose que, en l'espèce, l'accord, conclu entre deux concurrents, est de nature à influencer leurs comportements s'agissant des principaux paramètres de la concurrence.
- 62 La défenderesse soutient que, alors que O2 et T-Mobile seraient toutes deux parfaitement en mesure d'établir leurs propres réseaux et d'offrir des services 3G, l'accord a pour but de permettre à la requérante de ralentir partiellement, voire de limiter, le déploiement de son réseau et donc de réduire le coût de ses infrastructures. La dépendance du réseau de O2 par rapport à celui de T-Mobile résultant de l'accord affecterait nécessairement, d'une part, la concurrence dans les zones où le réseau de O2 est déployé et, d'autre part, la planification du futur déploiement de ce réseau. À cet égard, l'itinérance, contrairement à d'autres formes de coopération, telles que le partage des sites ou de réseaux d'accès radio, minerait complètement la concurrence sur les marchés nationaux des communications mobiles.
- 63 Ainsi, l'itinérance restreindrait la concurrence du point de vue de la couverture, puisque O2 dépend de T-Mobile dans les zones aussi bien urbaines que rurales. La requérante dépendrait également de T-Mobile pour la qualité et la vitesse de transmission des données, même si l'accord maintiendrait encore une certaine marge de concurrence. Enfin, le prix facturé par O2 serait fonction du prix de gros payé à T-Mobile. À cet égard, la Commission fait valoir que la requérante, en estimant que cette contrainte sur ses prix ne portera que sur 10 % des télécommunications 3G, minimise l'importance des services de transmission des données par paquets qui constituent la caractéristique majeure des services de télécommunications mobiles 3G.
- 64 La Commission soutient qu'elle a fondé son appréciation sur les informations données par les parties à l'accord, notamment, en ce qui concerne la tarification de

l'itinérance, l'usage du réseau de T-Mobile par O2 et la compétitivité de O2. Elle fait valoir que la décision est conforme, d'une part, à sa position générale sur le caractère restrictif de l'itinérance, position partagée par plusieurs autorités nationales de régulation, et, d'autre part, à la position retenue dans une précédente décision intéressant le marché britannique.

Appréciation du Tribunal

⁶⁵ Le litige pose la question principale de savoir si la Commission, dans son examen de l'accord notifié au regard des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, a légalement fondé son appréciation selon laquelle l'accord restreint la concurrence et si elle a conduit pour ce faire l'analyse que requièrent ces dispositions, telles qu'interprétées par la jurisprudence. En effet, d'après la requérante, la Commission serait partie d'une position de principe selon laquelle l'itinérance nationale, en elle-même, restreindrait la concurrence et n'aurait pas examiné la situation en l'absence d'accord, tandis que, pour la défenderesse, la critique de la requérante revient à lui demander d'appliquer une règle de raison aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE, et ce en contradiction avec la jurisprudence.

⁶⁶ Pour apprécier la compatibilité d'un accord avec le marché commun au regard de la prohibition énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient d'examiner le contexte économique et juridique au sein duquel l'accord se situe (arrêt de la Cour du 25 novembre 1971, Béguelin Import, 22/71, Rec. p. 949, point 13), son objet, ses effets ainsi que l'affectation par l'accord des échanges intracommunautaires, en tenant compte en particulier du contexte économique dans lequel opèrent les entreprises, des produits ou services visés par cet accord ainsi que de la structure et des conditions réelles de fonctionnement du marché concerné (arrêt de la Cour du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Rec. p. I-4515, point 10).

- 67 Cette méthode d'analyse est d'application générale et n'est pas réservée à une catégorie d'accords (voir, concernant différents types d'accords, arrêts de la Cour du 30 juin 1966, *Société minière et technique*, 56/65, Rec. p. 337, p. 359 et 360, et du 15 décembre 1994, *DLG*, C-250/92, Rec. p. I-5641, point 31; arrêts du Tribunal du 27 octobre 1994, *John Deere/Commission*, T-35/92, Rec. p. II-957, points 51 et 52, et du 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141, points 136 et 137).
- 68 En outre, dans un cas comme celui de l'espèce où il est admis que l'accord n'a pas un objet anticoncurrentiel, il y a lieu d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible. Le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux, l'altération de la concurrence pouvant, notamment, être mise en doute si l'accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas (arrêt *Société minière et technique*, précité, p. 359 et 360).
- 69 Une telle méthode d'analyse, s'agissant en particulier de la prise en considération de la situation de la concurrence qui existerait en l'absence d'accord, ne revient pas à effectuer un bilan des effets pro- et anticoncurrentiels de l'accord et à appliquer de la sorte une règle de raison, dont le juge communautaire n'a pas admis qu'elle ait sa place dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Montecatini/Commission*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 133; arrêts du Tribunal *M6 e.a./Commission*, précité, points 72 à 77, et du 23 octobre 2002, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, Rec. p. II-4653, points 106 et 107).
- 70 À cet égard, avancer, à l'instar de la requérante, que la Commission a effectué une analyse partielle en n'examinant pas la situation concurrentielle en l'absence d'accord n'implique pas qu'il faudrait réaliser, au stade de l'article 81, paragraphe 1, CE, le bilan des effets positifs et négatifs de l'accord du point de vue de la concurrence. Contrairement à l'interprétation faite par la défenderesse des arguments de la requérante, celle-ci se prévaut seulement de la méthode d'analyse exigée par une jurisprudence constante.

- 71 En effet, l'examen requis au regard de l'article 81, paragraphe 1, CE consiste essentiellement à prendre en considération l'impact de l'accord sur la concurrence actuelle et potentielle (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, point 21) et la situation de la concurrence à défaut d'accord (arrêt *Société minière et technique*, précité, p. 359 et 360), ces deux aspects étant intrinsèquement liés.
- 72 L'examen du jeu de la concurrence en l'absence d'accord apparaît particulièrement nécessaire s'agissant de marchés en cours de libéralisation ou de marchés émergents, comme dans le cas du marché des communications mobiles 3G ici en cause, où l'effectivité de la concurrence peut être problématique du fait, par exemple, de la présence d'un opérateur dominant, du caractère concentré de la structure du marché ou de l'existence d'importantes barrières à l'entrée — circonstances mentionnées, en l'espèce, dans la décision.
- 73 Pour tenir compte des deux volets que comporte en réalité le présent moyen, il convient donc d'examiner, en premier lieu, si la Commission a effectivement procédé à l'examen de la situation de la concurrence en l'absence d'accord et, en second lieu, si les conclusions qu'elle a tirées de son examen de l'impact de l'accord sur la concurrence sont suffisamment étayées.

— Sur l'examen de la situation de la concurrence en l'absence d'accord

- 74 Il ne peut être reproché à la décision de n'avoir procédé, pour analyser les effets de l'accord, à aucune comparaison entre la structure concurrentielle induite par l'accord et celle qui prévaudrait en l'absence de celui-ci. En revanche, s'agissant des termes de la comparaison effectuée, il convient de relever que tout l'examen des effets de l'accord repose sur l'idée que, en présence comme en l'absence d'accord, les deux opérateurs O2 et T-Mobile auraient été présents et en situation de

concurrence sur le marché en cause. L'hypothèse selon laquelle, en l'absence d'accord, O2 aurait pu être entièrement ou partiellement absente du marché de la téléphonie mobile 3G en Allemagne n'a à aucun moment été envisagée.

- 75 En effet, il ressort implicitement mais nécessairement de la décision que la Commission a considéré, d'une part, que O2 serait en tout état de cause présente sur le marché, ce qui découle, par exemple, au considérant 97 de la décision, des projections faites concernant le marché des infrastructures de sites 3G à partir des données relatives à celui des infrastructures 2G, et, d'autre part, qu'il n'y aurait pas de restriction de la concurrence alors que, précisément, l'accord litigieux, du fait de l'itinérance nationale qu'il prévoit, entraînerait une telle restriction, ce qu'indique, en particulier, la décision au considérant 107.
- 76 La Commission a confirmé à l'audience que telle avait bien été sa démarche en l'espèce. La défenderesse a indiqué à cet égard qu'aucun élément fourni par les parties n'avait pu lui donner à penser que la conclusion de l'accord était une condition indispensable à l'entrée de O2 sur le marché 3G, alors que celle-ci était déjà présente sur le marché 2G, que la requérante lui avait indiqué son intention de pénétrer le marché 3G et que, par ailleurs, la Commission avait constaté que les titulaires de licences présents sur le marché 2G restaient sur le marché.
- 77 Partie du postulat selon lequel O2 était présente sur le marché des communications mobiles, la Commission n'a, par conséquent, pas estimé devoir approfondir la question de savoir si, en l'absence d'accord, O2 aurait été présente sur le marché 3G. Force est de constater que cette supposition n'est assortie, dans la décision, d'aucune analyse ni justification propre à en démontrer l'exactitude, constat que, au demeurant, la défenderesse n'a pu que confirmer à l'audience. Faute d'un tel examen objectif de la situation de la concurrence à défaut d'accord, la Commission n'a pu valablement apprécier dans quelle mesure l'accord était nécessaire à O2 pour pénétrer le marché des communications mobiles 3G. L'institution a, par conséquent, manqué à son obligation d'effectuer une analyse objective de l'impact de l'accord sur la situation concurrentielle.

78 Cette lacune ne peut être tenue pour dépourvue de conséquences. En effet, il ressort des considérations exposées par la décision dans le cadre de l'analyse de l'accord au regard des conditions posées par l'article 81, paragraphe 3, CE concernant la possibilité d'octroyer une exemption que, du point de vue même de la Commission, il était peu probable que O2 aurait été en mesure, individuellement, sans l'accord, d'assurer, dès le départ, une meilleure couverture, une meilleure qualité et des débits plus élevés pour les services 3G, de déployer un réseau et de lancer des services 3G rapidement, de pénétrer les marchés de gros et de détail en cause et d'être ainsi un concurrent efficace (considérants 122 à 124, 126 et 135). C'est en raison de ces circonstances que la Commission a considéré que l'accord pouvait bénéficier d'une exemption.

79 De telles considérations, qui impliquent une incertitude sur la situation concurrentielle et, en particulier, sur la position de O2 à défaut d'accord, montrent que la présence de O2 sur le marché des communications 3G ne pouvait être tenue pour acquise, comme la Commission l'avait postulé, et qu'un examen à cet égard aurait été nécessaire non seulement aux fins de l'octroi d'une exemption, mais, préalablement, aux fins de l'analyse économique des effets de l'accord sur la situation concurrentielle déterminant l'applicabilité de l'article 81 CE.

— Sur l'impact de l'accord sur la concurrence

80 La requérante fait grief à la Commission de s'en être tenue à une position de principe consistant à considérer que l'itinérance serait en tant que telle restrictive de la concurrence et d'avoir procédé par voie d'affirmations générales, non démontrées, pour conclure que l'accord n'était pas compatible avec le marché commun, en application de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

81 Il ressort de la décision que, s'agissant des effets de l'itinérance nationale sur la concurrence sur les marchés de gros, la Commission indique que «[l']itinérance nationale entre les opérateurs de réseaux [...] restreint par définition la concurrence entre ces opérateurs sur tous les marchés de réseaux voisins, pour ce qui est des paramètres essentiels tels que la couverture, la qualité et le débit» (considérant 107).

82 La Commission expose ensuite que l'itinérance nationale «restreint la concurrence sur l'étendue et les délais de mise en place de la couverture, parce qu'au lieu de déployer son propre réseau pour obtenir un degré de couverture maximal du territoire et de la population dans les délais les plus brefs possibles un opérateur pratiquant l'itinérance n'utilisera que le degré de couverture réalisé par le réseau de l'opérateur visité». Elle ajoute que «[l']itinérance nationale restreint également la concurrence sur la qualité des réseaux et sur les débits, parce que l'opérateur pratiquant l'itinérance sera limité par la qualité du réseau et les débits dont il pourra disposer sur le réseau visité, qui sont fonction des choix techniques et commerciaux effectués par l'opérateur du réseau visité» et que «les tarifs de gros qu[e O2] sera en mesure de facturer aux acquéreurs de ses services de réseaux et de ses services d'accès en gros seront limités par les prix de gros qu'elle devra payer à T-Mobile» (considérant 107).

83 La Commission précise que «[c]ompte tenu du fait qu'elle limitera la capacité de O2 [...] et [de] T-Mobile à entrer en concurrence dans le domaine de la couverture, de la qualité, des débits et des prix de gros, l'itinérance nationale 3G entre O2 [...] et T-Mobile aura une incidence sur la concurrence sur tous les marchés de réseaux 3G en Allemagne» (considérant 109) et que «[l']itinérance nationale au niveau du marché de gros entraînera une plus grande uniformité des conditions au niveau du marché de détail, dans la mesure où la couverture, la qualité et les débits seront sans doute similaires» (considérant 111).

84 La Commission considère également que «l'agrément préalable de l'autre partie [à l'accord] en cas de revente de capacités d'itinérance à des MVNO proposant des

services de téléphonie vocale à des utilisateurs finals» est «une limitation des catégories de clients» et qu'elle «limite la production et constitue donc une restriction de la concurrence» (considérants 115 et 116).

- 85 Il ressort de ces appréciations que, pour la Commission, la nature même d'un accord d'itinérance, tel que celui conclu par les parties, emporte une restriction de la concurrence, du fait de la dépendance dans laquelle l'itinérance nationale placerait l'opérateur qui la pratique par rapport à l'opérateur visité. La restriction se manifesterait à trois égards: premièrement, du point de vue de la couverture du réseau, car l'itinérance constituerait un frein au déploiement du réseau de l'opérateur qui utilise le réseau de son partenaire, deuxièmement, s'agissant de la qualité des réseaux et des débits, parce que l'opérateur utilisateur dépendrait des choix techniques et commerciaux de l'opérateur visité et, troisièmement, en ce qui concerne les prix, du fait que les tarifs de gros de l'opérateur pratiquant l'itinérance seraient fonction des prix de gros payés à l'opérateur visité, ce qui serait le cas en l'espèce.
- 86 Or, de telles considérations générales, qui pourraient être formulées pour tout accord d'itinérance nationale, ne reposent sur aucun élément précis démontrant leur exactitude dans le cas de l'accord conclu entre O2 et T-Mobile.
- 87 Certes la décision contient en divers considérants des éléments de description du contexte de l'accord. Elle décrit le contexte économique, juridique et technique dans lequel l'accord prend place (considérants 6 à 22) et expose l'économie de l'accord en ses différentes stipulations, relatives au partage élargi de sites, au partage du RAN et à l'itinérance nationale (considérants 23 à 43). Elle examine également les marchés en cause, à savoir les marchés de gros et de détail, de produits et de services, ainsi que les marchés géographiques (considérants 44 à 72), et donne des informations sur la structure du marché en envisageant en particulier quels étaient les concurrents réels ou potentiels sur les différents marchés (considérants 73 à 77 et 96 à 99).

- 88 Toutefois, ces éléments, apportés à titre de présentation du secteur d'activité dans lequel opèrent les entreprises en cause, n'éclairent en aucune façon l'appréciation portée sur l'impact de l'accord.
- 89 Interrogée à l'audience sur la question de savoir, au-delà de l'appréciation générale du caractère restrictif de la concurrence de l'itinérance nationale, quels éléments concrets, spécifiques à l'accord et figurant dans la décision, fondent dans le cas particulier cette appréciation, la Commission, après avoir souligné le caractère très concentré du marché concerné, qui compte quatre opérateurs, a mis en évidence deux aspects qui ne se retrouveraient pas dans tous les accords d'itinérance. D'une part, l'itinérance représenterait une part substantielle de l'accord. Elle créerait une situation dans laquelle O2 ne serait pas obligée de déployer un réseau sur l'essentiel du territoire allemand et aurait un impact particulièrement négatif dans les zones urbaines centrales qui sont économiquement les plus viables. D'autre part, le mécanisme de détermination des prix de gros, qui comporte une part fixe, ferait dépendre les tarifs pratiqués par O2 de ceux payés à T-Mobile. Limitant la marge de manœuvre de O2 pour moduler ses prix sur le marché, ce mécanisme restreindrait de ce fait la concurrence. La défenderesse a en outre indiqué que l'appréciation contenue au considérant 107 de la décision est explicitée dans l'ensemble de celle-ci.
- 90 Il convient donc d'examiner, au regard des deux éléments mentionnés par la défenderesse, si la décision attaquée établit les restrictions de la concurrence reprochées à l'accord.
- 91 Premièrement, s'agissant de l'importance de l'itinérance dans l'accord et de ses effets restrictifs allégués dans les zones urbaines centrales, il ressort de la décision, en particulier des considérants 107 et 108, que la Commission, pour affirmer le caractère par définition restrictif de la concurrence de l'itinérance nationale et, en l'espèce, de l'accord, a estimé que son impact était plus négatif dans des zones où la concurrence pouvait s'exercer dans des conditions économiquement viables, notamment dans les zones urbaines centrales, considérant ainsi que l'itinérance nationale n'y était pas justifiée.

- 92 Or, il ressort du dossier que, afin d'adapter le cadre contractuel à l'évolution du marché, en ce qui concerne en particulier l'itinérance nationale, les parties ont modifié l'accord d'origine, en date du 20 septembre 2001 et notifié le 6 février 2002, à trois reprises, le 20 septembre 2002, le 22 janvier et le 21 mai 2003. Ainsi, l'accord modifié distingue précisément trois types de zones, à savoir les zones urbaines, les zones dites «d'importance commerciale secondaire» et les zones dites «de moindre importance commerciale» et prévoit, pour les premières, que l'itinérance y sera pratiquée pendant une période plus courte. Il ressort en effet de l'économie de l'accord, tel que présenté dans la décision, que les droits d'accès à l'itinérance sont définis selon les zones de couverture de la population et qu'un calendrier de suppression de ces droits est établi.
- 93 La décision, quoique prise au regard de l'accord modifié, ne comporte cependant pas, dans l'examen de l'accord au regard des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, ici en cause, d'appréciation concrète de ces données sur la concurrence, alors que celles-ci adaptent, justement, dans l'espace et dans le temps, l'itinérance nationale prévue par l'accord. Il apparaît en particulier que l'appréciation générale du caractère restrictif de l'itinérance n'est pas étayée au regard du paramètre essentiel que constitue la durée de l'accord, c'est-à-dire compte tenu du calendrier de suppression de l'itinérance prévu pour chaque zone.
- 94 Il incombait pourtant à l'évidence à l'institution, dans l'analyse de la compatibilité de l'accord avec le marché commun, de prendre en compte ces éléments nouveaux, résultant des modifications apportées à l'accord au cours de la procédure administrative et relatifs, en particulier, à l'itinérance dans les zones urbaines, et de reconsidérer, le cas échéant, certaines appréciations.
- 95 En effet, la prise en compte effective des modifications apportées à l'accord concernant l'itinérance dans les zones urbaines dans l'examen de la compatibilité de l'accord avec le marché commun était susceptible de conduire la Commission à des conclusions différentes de celles auxquelles elle est parvenue dans la décision, en

particulier en ce qui concerne la nécessité de ces nouveaux éléments pour que O2 accède au marché 3G dans les zones urbaines.

- 96 Or, une telle prise en considération des modalités concrètes selon lesquelles l'itinérance nationale est conçue dans l'accord modifié n'apparaît, dans la décision attaquée, que dans le cadre de l'examen de la possibilité d'accorder une exemption en vertu des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, ce qui ne saurait pallier les lacunes précédemment constatées. En effet, l'analyse de la compatibilité d'un accord avec le marché commun puis, dans le cas où l'accord aurait été déclaré incompatible, l'analyse de la possibilité de lui octroyer une exemption procèdent de démarches distinctes, la seconde postulant en particulier que la démonstration de l'incompatibilité de l'accord a été dûment effectuée dans le cadre de la première.
- 97 Les explications données par la Commission à l'audience confirment le constat selon lequel l'analyse de l'accord, dans le cadre des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, n'a pas pris en compte les modifications en question. En effet, la défenderesse a indiqué qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir analysé si l'itinérance nationale dans les zones urbaines était nécessaire pour que O2 puisse entrer sur le marché, car l'accord initialement notifié ne prévoyait pas d'itinérance dans les zones urbaines.
- 98 Il y a lieu par conséquent de conclure sur ce premier point que, faute d'avoir adapté son analyse aux données nouvelles du dossier relatives à l'itinérance dans les zones urbaines, la Commission a également entaché son appréciation d'un défaut d'analyse des faits qui lui étaient soumis par les auteurs de la notification.
- 99 Deuxièmement, en ce qui concerne le second élément restrictif de la concurrence, qui serait spécifique à l'accord selon la Commission, à savoir le mécanisme de détermination des prix, mentionné au point 89 ci-dessus, l'effet restrictif allégué n'est pas établi.

- 100 S'agissant, d'une part, des incidences des prix de gros payés à T-Mobile sur les prix de gros et de détail pratiqués par O2, la requérante est, de ce point de vue, dans une situation analogue à celle de toute entreprise vis-à-vis de ses fournisseurs. O2 comme d'ailleurs T-Mobile dépendent tous deux, en amont, des prix que leur facturent les fournisseurs de biens et de services auxquels ils ont recours et peuvent être amenés à répercuter ces coûts sur leurs clients. En outre, la dépendance tarifaire alléguée n'est pas démontrée. Elle est même contredite par l'indication, figurant dans la décision, selon laquelle les parties à l'accord ont des principes de tarification différents (considérant 140). De plus, en réponse aux questions posées par le Tribunal, mentionnées au point 36 ci-dessus, concernant la structure des prix pratiqués par O2, la requérante a apporté des éléments dont il ressort que, moyennant des produits et des services aux dénominations diverses, des modules d'abonnements variés et des formules de tarification combinant des variables multiples, elle s'attache à se différencier de T-Mobile.
- 101 S'agissant, d'autre part, de l'existence du droit fixe payé par O2 à T-Mobile, force est de constater que la décision ne comporte pas d'analyse concernant cette obligation de paiement fixe. En outre, la défenderesse a admis à l'audience que ce point n'avait pas été discuté lors de la procédure administrative.
- 102 Il résulte de ce qui précède que l'appréciation générale portée au considérant 107 de la décision, selon laquelle l'itinérance nationale restreindrait la concurrence parce qu'elle permettrait à l'opérateur la pratiquant de ralentir le déploiement de son réseau et parce qu'elle le placerait dans une situation de dépendance technique et économique par rapport au réseau de l'opérateur visité, n'est pas fondée sur des éléments concrets, spécifiques à l'accord et figurant dans la décision, celle-ci révélant de surcroît un défaut d'appréciation des modifications apportées à l'accord concernant l'itinérance dans les zones urbaines.
- 103 Au demeurant, cette appréciation générale ne paraît pas davantage résulter des dispositions du droit communautaire régissant le secteur des télécommunications. Ainsi qu'il ressort des réponses fournies par la défenderesse aux questions posées

par le Tribunal, mentionnées au point 36 ci-dessus, aucune des directives concernant le secteur des télécommunications ne traite des accords d'itinérance nationale et de leur compatibilité avec le droit communautaire de la concurrence, bien que de tels accords doivent être soumis au droit de la concurrence, en particulier aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE.

104 En outre, comme le fait valoir la requérante, l'appréciation générale portée par la Commission sur l'itinérance nationale n'est pas avérée au regard des faits pertinents relatifs au marché tels qu'ils sont décrits dans la décision elle-même.

105 En effet, selon la décision, qui procède par extrapolation des données alors disponibles relatives à la situation du marché des télécommunications mobiles 2G, T-Mobile, originellement liée à l'opérateur historique Deutsche Telekom, détendrait vraisemblablement une part de marché de l'ordre de 100 % sur le marché en gros de l'itinérance nationale pour les services de télécommunications 3G ici en cause. La décision précise, en outre, que les possibilités d'entrée sur ce marché, au niveau des opérateurs de réseau, sont réduites du fait du nombre limité des licences, de leur coût et des investissements importants nécessaires pour les infrastructures de réseau 3G (considérants 74 et 75).

106 Concernant le marché de détail des services 3G, la décision indique que six opérateurs ont obtenu des licences, à savoir, outre T-Mobile et O2, D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com et Group 3G, O2 étant le dernier entrant sur le marché, et que les principaux concurrents sur les marchés de détail sont au nombre de quatre. Elle précise que leurs parts de marché respectives pour les communications 2G, constituant les seules données disponibles au moment de l'adoption de la décision, en termes de clients des prestataires étaient de 41,7 % pour T-Mobile, de 38,3 % pour D2 Vodafone, de 12,2 % pour E-Plus et de 7,8 % pour O2 Germany (considérants 76 et 77).

107 Il ressort de cette présentation que T-Mobile est un opérateur prépondérant sur le marché allemand des télécommunications mobiles, qu'il s'agisse des marchés de gros ou de détail et que O2, qui est le dernier opérateur entré sur le marché allemand, apparaît dans la position concurrentielle la plus faible. Même si O2 n'est pas dépourvue d'infrastructures de réseau, comme l'indique la décision (considérant 97), ses parts de marché plus modestes et sa situation de dernier entrant la placent objectivement dans une situation moins favorable.

108 La dépendance critiquée par la Commission résulte ainsi d'une inégalité de fait que, précisément, l'accord tend à rééquilibrer en plaçant O2 dans une position concurrentielle plus favorable, alors que sa situation réelle paraît la moins compétitive face aux autres opérateurs, concurrents réels ou potentiels, identifiés par la décision. La dépendance de O2 par rapport au réseau de T-Mobile est en outre conçue comme provisoire, puisque destinée à se réduire tout au long de la durée de l'accord, au rythme du calendrier de suppression des droits d'accès à l'itinérance prévu par les dispositions modifiées de l'accord notifié qui ont été soumises à l'examen de la Commission dans le cadre de la procédure administrative. Sur ce point, la décision, qui ne comporte aucun élément concret, comme cela a été précédemment relevé, n'établit pas les effets restrictifs de l'accord sur le déploiement des réseaux de O2. A fortiori, la Commission n'a-t-elle pas démontré, comme elle le soutient dans ses écrits, que l'accord tend à ralentir voire à limiter le déploiement du réseau de la requérante. Les courriers produits à l'instance par la défenderesse, notamment en date du 4 mars et du 9 avril 2003, montrent au contraire que l'accord vise à lui permettre un déploiement rentable de son réseau 3G conformément aux exigences imposées par sa licence en termes de calendrier et de couverture.

109 En l'espèce, il ne peut donc être exclu qu'un accord d'itinérance de la nature de celui conclu entre T-Mobile et O2, au lieu de restreindre la concurrence entre opérateurs de réseau, soit au contraire susceptible de permettre, dans certaines conditions, à l'opérateur le plus petit de concurrencer des acteurs prépondérants, tels qu'ici T-Mobile mais aussi D2 Vodafone sur le marché de détail, voire dominants, comme l'est T-Mobile sur le marché de gros.

- 110 Or, ce contexte particulier, résultant des caractères spécifiques du marché émergent en cause, n'a pas été pris en compte dans l'appréciation de la compatibilité de l'accord avec le marché commun dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.
- 111 En revanche, lorsque, dans le cadre des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, la Commission, estimant que l'accord était nécessaire et que, sans lui, O2 n'aurait pas été en condition d'accéder efficacement au marché, a décidé d'accorder une exemption, elle a pris en considération ce contexte particulier.
- 112 Ainsi, la décision relève que, grâce à l'accord, O2 sera dans une position concurrentielle meilleure dans la zone soumise à une obligation de couverture de la population de 50 % d'ici au 31 décembre 2005 (considérant 123) et que, en dehors de cette zone, il est peu probable qu'elle ait pu remplir les obligations résultant de sa licence (considérant 126). Il est également indiqué que, O2 étant «le plus petit opérateur sur le marché mobile allemand, avec une faible part de marché 2G (environ 8 %), il est peu probable qu'il soit en mesure de déployer rapidement un réseau de haute qualité couvrant une zone suffisante pour lui permettre de concurrencer efficacement, dès le départ, d'autres opérateurs de réseaux et de services 3G allemands, titulaires d'une licence et bien implantés» (considérant 124).
- 113 Dans une appréciation plus générale et conclusive, la décision ajoute que «l'itinérance de O2 [...] sur le réseau 3G de T-Mobile pendant une période limitée, même dans les principales zones urbaines, est considérée comme proportionnée et indispensable, ce qui ne serait pas nécessairement le cas pour les opérateurs disposant d'une position plus forte sur le marché» (considérant 133). Elle indique enfin que, «[s]'il n'avait pas accès à l'itinérance nationale pour les services 3G sur le réseau de T-Mobile, O2 [...] serait un concurrent moins efficace au cours de sa phase de déploiement et il n'aurait probablement pas la possibilité de pénétrer sur les marchés 3G de gros et de détail au niveau national (ou en tout cas en tant que prestataire proposant la couverture géographique la plus large susceptible d'exister à ce moment-là)» (considérant 135).

- 114 Il ressort donc de l'examen mené dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE que, compte tenu des caractères spécifiques du marché émergent en cause, la situation concurrentielle de O2 sur le marché 3G n'aurait vraisemblablement pas été assurée sans l'accord, voire, qu'elle aurait été compromise. Ces appréciations confirment que les présupposés de la Commission dans l'examen qu'elle a conduit dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE ne sont pas établis.
- 115 L'argument invoqué à l'audience par la défenderesse selon lequel il y aurait une grande différence entre le fait de ne pas pouvoir pénétrer sur un marché et le fait d'y pénétrer avec des difficultés ne peut, en tout état de cause, infirmer les considérations qui précèdent dès lors que, précisément, la Commission n'a pas objectivement analysé dans la décision la situation de la concurrence à défaut d'accord, dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.
- 116 Il résulte de ce qui précède que la décision, en tant qu'elle concerne l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, est affectée d'un défaut d'analyse, d'une part, en ce qu'elle ne contient pas de discussion objective de la situation de la concurrence en l'absence d'accord, ce qui fausse l'appréciation des effets réels et potentiels de l'accord sur la concurrence, et, d'autre part, en ce qu'elle ne démontre pas in concreto, dans le contexte du marché émergent en cause, que les dispositions de l'accord relatives à l'itinérance ont des effets restrictifs sur la concurrence mais se borne, à cet égard, à une pétition de principe et à des affirmations générales.
- 117 Il y a donc lieu, pour ce motif, d'accueillir les conclusions tendant à l'annulation partielle de l'article 2 et de l'article 3, sous a), de la décision, sans qu'il soit besoin de statuer sur le second moyen de la requête.

Sur les dépens

- ¹¹⁸ Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de la requérante.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **L'article 2 et l'article 3, sous a), de la décision 2004/207/CE de la Commission, du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux), sont annulés pour autant qu'ils impliquent que les clauses visées dans ces articles relèvent du champ d'application de l'article 81 CE et de l'article 53 de l'accord EEE.**

- 2) **La Commission est condamnée aux dépens.**

Legal

Mengozi

Wiszniewska-Białecka

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 2 mai 2006.

Le greffier

Le président

E. Coulon

H. Legal

II - 1268