

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (czwarta izba)
z dnia 2 maja 2006 r. *

W sprawie T-328/03

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, z siedzibą w Monachium (Niemcy),
reprezentowana przez N. Greena, QC, i K. Bacona, barrister, oraz adwokatów
B. Amory'ego i F. Marchini Camię,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej początkowo przez
R. Wainwrighta, S. Ratinga i P. Olivera, a następnie przez É. Gippiniego Fourniera,
P. Hellströma i K. Mojzesowicz, działających w charakterze pełnomocników,
z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

* Język postępowania: angielski.

mającej za przedmiot stwierdzenie nieważności art. 2 i art. 3 lit. a) decyzji Komisji 2004/207/WE z dnia 16 lipca 2003 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia o EOG (sprawa COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland i O2 Germany: porozumienie ramowe w sprawie wspólnego korzystania z sieci (Dz.U. L 75, str. 32),

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (czwarta izba),

w składzie: H. Legal, prezes, P. Mengozzi i I. Wiszniewska-Białecka, sędziowie,
sekretarz: K. Pocheć, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 grudnia 2000 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (zwana dalej „O2”), spółka zależna w 100% od mmO2 plc, dawniej BT Cellnet Ltd, wcześniej kontrolowana przez British Telecommunications plc, eksploatuje sieci i świadczy usługi z zakresu ruchomej telefonii cyfrowej w Niemczech, gdzie została ona ostatnim z czterech operatorów

obecnych na rynku w oparciu o licencję GSM (Global System for Mobile Communications, system globalnej łączności ruchomej) 1800 przyznaną w 1997 r. O2 uzyskała także licencję UMTS (Universal Mobile Telecommunications System, uniwersalny system łączności ruchomej) w sierpniu 2000 r.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (zwana dalej „T-Mobile”), spółka zależna w 100% od T-Mobile International AG, która z kolei jest w 100% spółką zależną od tradycyjnego operatora Deutsche Telekom AG, jest niemieckim operatorem sieci i świadczy usługi w ramach ruchomej telefonii cyfrowej. T-Mobile, która korzysta z grupy standardów GSM, dostarcza w Niemczech usługi GSM na podstawie licencji GSM 900, a w sierpniu 2000 r. uzyskała licencję UMTS.
- 3 Niemieckie przepisy prawne oraz licencje przyznane O2 oraz T-Mobile przewidują między innymi kryteria rozwoju sieci według dokładnego terminarza z punktu widzenia liczby osób znajdujących się w zasięgu. Do 2005 r. tym zasięgiem powinno zostać objęte 50% ludności.
- 4 W dniu 6 lutego 2002 r. O2 i T-Mobile zgłosiły Komisji porozumienie ramowe z dnia 20 września 2001 r. dotyczące wspólnego korzystania z infrastruktury i roamingu krajowego dla telefonii ruchomej GSM trzeciej generacji (zwanej dalej „3G”) na rynku niemieckim. Porozumienie to zostało zmienione przez dodatkowe porozumienia z dnia 20 września 2002 r., z dnia 22 stycznia 2003 r. oraz z dnia 21 maja 2003 r. T-Mobile i O2 wniosły o wydanie atestu negatywnego na mocy art. 81 ust. 1 WE oraz art. 53 ust. 1 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) albo — w razie nieudzielenia wyżej wymienionego atestu — o zwolnienie zgodnie z art. 81 ust. 3 WE i z art. 53 ust. 3 porozumienia o EOG.
- 5 W dniu 7 grudnia 2001 r. niemiecki organ regulacyjny w dziedzinie poczty i telekomunikacji uznał porozumienie za zgodne z przepisami krajowymi.

- 6 W dniu 16 lipca 2003 r. Komisja wydała decyzję 2004/207/WE dotyczącą postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia o EOG (sprawa COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland i O2 Germany: porozumienie ramowe w sprawie wspólnego korzystania z sieci) (Dz.U. L 75, str. 32, zwaną dalej „decyzją”). Na zakończenie stwierdziła w niej, że nie znalazła powodu do wszczęcia postępowania w trybie art. 81 ust. 1 WE oraz art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG w odniesieniu do postanowień porozumienia dotyczących wspólnego korzystania z obiektów (art. 1). Poza tym zgodnie z art. 81 ust. 3 WE i art. 53 ust. 3 porozumienia o EOG uznała ona, że art. 81 ust. 1 WE oraz art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG nie mają zastosowania do postanowień porozumienia odnoszących się do roamingu, jeśli chodzi o okresy, które zostały określone w decyzji (art. 2 i 3).
- 7 Decyzja, w której najpierw został przedstawiony kontekst prawny i faktyczny rozwoju łączności ruchomej w ostatnim czasie w Unii Europejskiej, charakteryzujący się kolejnymi typami technologii, wskazuje, że porozumienie ma w szczególności na celu rozszerzenie zasięgu geograficznego i szybszy rozwój sieci i usług 3G oraz że przewiduje współpracę stron w celu wspólnego korzystania z obiektów, wspólne korzystanie z sieci dostępu radiowego (RAN) i roamingu krajowego (motyw 24). W decyzji dodano, że porozumienie przewiduje, iż będzie obowiązywać do dnia 31 grudnia 2011 r. i zostanie w zasadzie przedłużone na kolejny okres dwóch lat (motyw 43).
- 8 W decyzji przedstawiono, że wspólne korzystanie z sieci 3G obejmuje kilka poziomów, to znaczy w rosnącej kolejności wspólne korzystanie z obiektów, wspólne korzystanie ze stacji bazowych (węzeł B, ang. Node B) i anten, kontrolerów sieci radiowej (RNC: Radio Network Controllers), sieci rdzeniowej i częstotliwości (motywy 12 i 15).
- 9 Decyzja stanowi, że RAN obejmuje obiekty z masztami lub antenami, skrzynie służące do umieszczenia infrastruktury (ang. SSC: site support cabinets), dostarczanie energii elektrycznej oraz anteny, multipleksy i łącza przesyłowe, węzły B oraz kontrolery sieci radiowej (motyw 13).

- 10 W decyzji wskazano, że roaming krajowy pozwala danym operatorom na używanie sieci innych operatorów w celu świadczenia usług na rzecz swoich własnych klientów bez wspólnego korzystania z jakiegoś elementu sieci (motyw 16).
- 11 W decyzji zaznaczono, że roaming krajowy przewidziany przez porozumienie obejmuje z jednej strony roaming O2 poprzez sieć T-Mobile w strefie podlegającej obowiązkowi zapewnienia zasięgu obejmującego 50% ludności, i z drugiej strony roaming wzajemny poza tą strefą (pkt 4.3.1 i 4.3.2).
- 12 Jeśli chodzi o właściwy rynek produktowy, Komisja twierdzi, że w sektorze telekomunikacji, o który chodzi w niniejszym przypadku, główne rynki dostępu do sieci i rynki usług, których dotyczy porozumienie, to z jednej strony rynki obiektów dla sprzętu do cyfrowej radiokomunikacji i ich infrastruktury, a z drugiej strony rynek hurtowego dostępu do roamingu krajowego dla usług komunikacyjnych typu 3G. Dodaje ona, że pośrednio dotknięte są też dwa inne rynki, to jest rynki hurtowego dostępu do usług typu 3G oraz detaliczne rynki usług typu 3G znajdujące się na dalszym poziomie (motyw 46).
- 13 Komisja uważa, że dane rynki geograficzne mają zasięg krajowy i rozciągają się na całość terytorium Niemiec (motywy 60, 64 i 72).
- 14 Jeśli chodzi o strukturę rynku, Komisja zbadała w decyzji między innymi hurtowy dostęp do roamingu krajowego dla usług komunikacyjnych typu 3G oraz detaliczne usługi typu 3G.

- 15 Komisja jest zdania, że T-Mobile posiada 100% udziałów w rynku hurtowego dostępu do roamingu krajowego telefonii ruchomej drugiej generacji (zwanej dalej „2G”) w Niemczech i że jeśli chodzi o roaming krajowy 3G, to głównymi potencjalnymi lub rzeczywistymi konkurentami na rynku hurtowego dostępu i usług są dwaj inni posiadacze licencji, którzy przewidują rozwój sieci i usług 3G w Niemczech, to jest D2 Vodafone i E-Plus.
- 16 Jeśli chodzi o rynki usług detalicznych 3G, Komisja uważa, że głównymi konkurentami są D2 Vodafone i E-Plus oraz potencjalni usługodawcy, jak Mobilcom i Debitel, przy czym opiera się ona na dostępnych danych dotyczących sytuacji na rynku usług detalicznych 2G, na którym udziały według szacunków za 2002 r. kształtowały się w następujący sposób: T-Mobile: 41,7%, D2 Vodafone: 38,3%, E-Plus: 12,2% i O2: 7,8% (motywy 74–77).
- 17 Według decyzji zgłoszone porozumienie jest porozumieniem o horyzontalnej współpracy pomiędzy dwoma konkurentami, które zawiera także pewne aspekty wertykalne. Nie ma ono na celu ograniczenia konkurencji, ale mogłoby mieć taki skutek, ponieważ strony porozumienia są konkurentami na danych rynkach (motyw 92).
- 18 Komisja uważa, że wspólne korzystanie z obiektów i wymiana informacji, do czego prowadzi porozumienie, nie spowodują ograniczeń konkurencji (motywy 95–103 oraz art. 1). Ponieważ wspólne korzystanie z RAN nie było przewidziane w czasie, kiedy została wydana decyzja, to nie zostało ono też zbadane (motyw 104).
- 19 Jednak według Komisji roaming krajowy pomiędzy operatorami, którzy mają licencję pozwalającą im na rozwój i eksploatację ich własnych ruchomych sieci cyfrowych, z samej definicji ogranicza konkurencję pomiędzy tymi operatorami, jeśli chodzi o jej kluczowe parametry (motyw 107).

- 20 Komisja przedstawia na wstępie opinię, że roaming odnosi skutki na rynku hurtowym. Wyjaśnia, że konkurencja jest ograniczona, jeśli chodzi z jednej strony o zakres i terminy wprowadzenia zasięgu, ponieważ operator stosujący roaming nie rozwija, zdaniem Komisji, swojej własnej sieci, a z drugiej strony jeśli chodzi o przepustowość i jakość sieci, ponieważ operator stosujący roaming jest zależny od technicznych i handlowych rozwiązań przyjętych przez operatora odwiedzanej sieci. Poza tym hurtowe taryfy płacone przez nabywców usług operatora stosującego roaming zależą od cen hurtowych płaconych odwiedzanemu operatorowi. Ograniczenia są większe w strefach, w których równoległy rozwój sieci konkurencyjnych jest ekonomicznie uzasadniony, zwłaszcza w głównych strefach miejskich. Komisja uważa, że ograniczenie konkurencji jest odczuwalne, ponieważ chodzi tu o rynki wschodzące, gdzie bariery wejścia na rynek są duże z uwagi na obowiązki wynikające z licencji oraz konieczne inwestycje (motywy 107–110).
- 21 Następnie Komisja uważa, że roaming ogranicza rynek detaliczny, ponieważ prowadzi na tym poziomie do większej jednolitości warunków mających zastosowanie do świadczenia tych usług. Ponadto system cen uzgodniony pomiędzy stronami może sam prowadzić do koordynacji cen detalicznych (motywy 111 i 112).
- 22 Komisja twierdzi także, że zasady odsprzedaży praw dostępu do roamingu „MVNO” (Mobile Virtual Network Operators, wirtualnym operatorom sieci ruchomych), która zgodnie z porozumieniem jest uzależniona od uprzedniej zgody drugiej strony, ograniczają produkcję i konkurencję poprzez zawężenie kategorii klientów (motywy 115 i 116).
- 23 Komisja uważa natomiast, że jeśli chodzi o inne postanowienia porozumienia dotyczące roamingu, to minimalne wymogi zakupu przez O2 od T-Mobile nie stanowią dodatkowego ograniczenia konkurencji (motywy 113 i 114) oraz że ograniczenie odsprzedaży praw do roamingu innym operatorom sieci posiadającym

licencję, a także wymiana informacji związana z roamingiem nie stanowią ograniczeń konkurencji (motywy 117–119).

- 24 Komisja twierdzi ponadto, że porozumienie ogranicza wymianę handlową między państwami członkowskimi EOG (motyw 120).
- 25 Komisja następnie zbadała w decyzji porozumienie pod kątem przesłanek udzielenia zwolnienia ustanowionych w art. 81 ust. 3 oraz w art. 53 ust. 3 Porozumienia o EOG.
- 26 W pierwszej kolejności Komisja uważa, że porozumienie przyczynia się do polepszenia produkcji i dystrybucji danych usług, jak również do popierania postępu technicznego i gospodarczego.
- 27 Jeśli chodzi o roaming w strefie, w której zasięg obejmuje 50% ludności, w decyzji wskazano, że O2 będzie mogła od samego początku oferować w przypadku swoich usług lepszy zasięg, lepszą jakość i przepustowość w pierwszej fazie rozwoju, w konkurencji z innymi hurtowymi i detalicznymi dostawcami usług 3G, co nie byłoby możliwe, gdyby działała sama (motywy 123 i 124).
- 28 Jeśli chodzi o roaming poza strefą, w której zasięg obejmuje 50% ludności, to w decyzji wskazano, że O2 będzie mogła stać się konkurentem oferującym zasięg krajowy na detalicznych rynkach usług 3G, podczas gdy najprawdopodobniej nie byłaby ona w stanie bez porozumienia wypełnić obowiązku nałożonego w licencji we wspomnianej strefie (motyw 126). Odsprzedaż praw dostępu do roamingu MVNO sprzyja konkurencji na rynku roamingu krajowego 3G, na rynku hurtowego czasu połączeń oraz na rynkach detalicznych (motyw 127). Poza tym porozumienie

pozwala stronom, a zwłaszcza T-Mobile, na korzystanie ze swojej sieci w bardziej intensywny i wydajny sposób, w szczególności w strefach o mniejszej gęstości zaludnienia (motyw 128).

- 29 W drugiej kolejności Komisja uważa, że pozytywne oddziaływanie roamingu krajowego 3G na pozycję konkurencyjną O2 poprawi konkurencję na rynkach sieci i usług cyfrowej łączności ruchomej, że konkurenci będą skłonni do wprowadzania na rynek nowych usług i że będą poddani silniejszej presji obniżania swoich cen. Poza tym wskazuje ona, że prawdopodobnie użytkownicy odczują oszczędności w kosztach spowodowane wzmożoną konkurencją na rynku detalicznym (motywy 129 i 130).
- 30 W trzeciej kolejności Komisja uważa, że biorąc pod uwagę słabszą pozycję O2 na rynku, klauzule porozumienia są niezbędne i proporcjonalne, aby zagwarantować stwierdzone korzyści (motywy 131–133). Ograniczenie odsprzedaży praw do roamingu MVNO, którzy świadczą usługi głosowe, wydaje jej się z jednej strony konieczne do tego, aby porozumienie było korzystne, a z drugiej strony proporcjonalne, ponieważ dotyczy ono jedynie usług głosowych (motywy 134–136).
- 31 W czwartej kolejności Komisja uważa, że porozumienie umacnia konkurencję pomiędzy czterema operatorami sieci i usług 3G posiadającymi licencje, którzy przewidują rozwój sieci 3G w Niemczech, oraz między dostawcami usług i MVNO (z wyjątkiem usług głosowych). Umożliwia ona także skuteczną konkurencję pomiędzy stronami porozumienia, ponieważ operator sieci macierzystej kontroluje własną sieć rdzeniową i może oferować zróżnicowane usługi (motywy 137 i 138). Poza tym wskazano, że operator sieci macierzystej nadal ponosi odpowiedzialność za ustalanie cen i naliczanie opłat i że strony stosują różne zasady naliczania opłat (motyw 140). Ostatecznie Komisja jest zdania, że częściowe wykluczenie konkurencji ze strony MVNO rekompensuje w dużej mierze zasadniczo korzystne skutki porozumienia dla konkurencji (motyw 142).

32 Po wskazaniu, że prawdopodobne oddziaływanie ograniczeń nie może być ocenione w odniesieniu do okresu dłuższego aniżeli pięć lat (motyw 144), Komisja postanowiła:

- nie wszczynać postępowania na podstawie art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG, jeśli chodzi o postanowienia porozumienia dotyczące wspólnego korzystania z obiektów, wymiany informacji niezbędnej do wspólnego korzystania z obiektów i ograniczenia odsprzedaży praw dostępu do roamingu krajowego innym operatorom sieci posiadającym licencję (art. 1),
- udzielić zwolnienia zgodnie z art. 81 ust. 3 WE i art. 53 ust. 3 Porozumienia o EOG w odniesieniu do postanowień porozumienia dotyczących dostarczania przez T-Mobile roamingu krajowego 3G O2 w strefie podlegającej obowiązkowi zapewnienia do dnia 31 grudnia 2005 r. zasięgu obejmującego 50% ludności w następujących okresach:
 - od dnia 6 lutego 2002 r. do dnia 31 grudnia 2005 r., jeśli chodzi o miasta położone w strefie obejmującej zasadniczo obszary miejskie (strefa 1), z wyjątkiem stref podziemnych,
 - od dnia 6 lutego 2002 r. do dnia 31 grudnia 2007 r., jeśli chodzi o obszary znajdujące się w strefie obejmującej małe obszary miejskie o drugorzędnym znaczeniu handlowym (strefa 2), z wyjątkiem stref podziemnych,
 - od dnia 6 lutego 2002 r. do dnia 31 grudnia 2008 r., jeśli chodzi o obszary znajdujące się w strefie obejmującej małe obszary miejskie o mniejszym znaczeniu handlowym (strefa 3) oraz we wszystkich strefach podziemnych miast i obszarów ze stref 1, 2 i 3 (art. 2)

- 33 Komisja udzieliła także zwolnienia w okresie od dnia 6 lutego 2002 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. w odniesieniu do dostarczania przez T-Mobile roamingu krajowego 3G O2 poza strefą podlegającą obowiązkowi zapewnienia do dnia 31 grudnia 2005 r. zasięgu obejmującego 50% ludności, tak jak został on określony w porozumieniu [art. 3 lit. a) decyzji], oraz w odniesieniu do ograniczenia odsprzedaży praw dostępu do roamingu krajowego 3G niektórym MVNO, przewidzianego w porozumieniu [art. 3 lit. b) decyzji].

Przebieg postępowania i żądania stron

- 34 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 września 2003 r. O2 wniosła niniejszą skargę.
- 35 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd zdecydował o otwarciu procedury ustnej, zarządzając uprzednio środek organizacji postępowania.
- 36 W ramach środka organizacji postępowania doręczonego w dniu 26 października 2005 r. Sąd zażądał od Komisji z jednej strony przedstawienia uzasadnienia oceny sformułowanej w motywie 107 decyzji, zgodnie z którą: „roaming krajowy [...] z samej definicji ogranicza konkurencję”, opartego na przepisach prawa, orzecznictwie, analizie ekonomicznej i doktrynie, oraz z drugiej strony zażądał od O2 wyjaśnienia, jakie konsekwencje będzie miał szybszy rozwój jej sieci dla obowiązku zakupu praw dostępu do roamingu określonego w porozumieniu, a także podania szczególnych cech jej systemu cen.
- 37 Skarżąca i Komisja odpowiedziały na te żądania pismami wpisanymi do rejestru w dniu 24 listopada 2005 r.

38 Na rozprawie w dniu 7 grudnia 2005 r. wysłuchano wystąpień stron oraz ich odpowiedzi na zadane przez Sąd pytania.

39 O2 wnosi do Sądu o:

- stwierdzenie nieważności art. 2 i art. 3 lit. a) decyzji Komisji 2004/207/WE z dnia 16 lipca 2003 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE i art. 53 Porozumienia o EOG (sprawa COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland i O2 Germany: porozumienie ramowe w sprawie wspólnego korzystania z sieci),
- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

40 Komisja wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi,
- obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

1. *W przedmiocie dopuszczalności i zakresu żądań stwierdzenia nieważności*

Argumenty stron

41 Komisja wskazuje, że w decyzji zostały wyodrębnione aspekty horyzontalne porozumienia i aspekty wertykalne oraz że skarżąca nie zauważyła tego rozróżnienia

i niedokładnie interpretuje orzecznictwo i swój stosunek umowny z T-Mobile. Komisja zastanawia się, jaki interes prawny ma O2, skoro skarżąca wnosi o stwierdzenie nieważności art. 2 i art. 3 lit. a) decyzji, które dotyczą aspektów horyzontalnych porozumienia, a nie stwierdzenia nieważności art. 3 lit. b), który dotyczy aspektów wertykalnych. Zdaniem Komisji skarżąca przyznaje w ten sposób, że ta część porozumienia jest objęta zakazem ustanowionym w art. 81 ust. 1 WE i wymaga zwolnienia.

42 Ponadto podczas rozprawy Komisja wyraziła wątpliwości co do interesu prawnego skarżącej, ponieważ decyzja, która udziela O2 zwolnienia i która wiąże organy i sądy krajowe, gwarantuje O2 pewność prawa, której by nie było w przypadku stwierdzenia nieważności, ponieważ Komisja nie mogłaby wydać nowej decyzji z uwagi na zniesienie systemu uprzedniego zgłaszania porozumień w celu uzyskania zwolnienia przez rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. L 1, str. 1).

43 O2 podnosi, że Komisja nie sformułowała sprzeciwu popartego argumentami, w szczególności jeśli chodzi o dopuszczalność jej skargi, i że zaskarżone elementy decyzji wywołują wiążące skutki prawne i w konsekwencji mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności decyzji.

Ocena Sądu

44 Z decyzji wynika, że O2 i T-Mobile zgłosiły Komisji w dniu 6 lutego 2002 r. porozumienie składające się zasadniczo z dwóch części, to jest wspólnego korzystania z obiektów i wspólnego korzystania z roamingu krajowego, które miało obowiązywać do 2011 r. i być automatycznie przedłużone na kolejne dwa lata w celu uzyskania atestu negatywnego albo — w razie jego nieudzielenia — zwolnienia, i że Komisja wydała atest negatywny w odniesieniu do pierwszej części porozumienia, zaś w odniesieniu do jego drugiej części — zwolnienie obowiązujące do 2008 r. Ze zgłoszenia wynika zresztą, że strony porozumienia były zdania, że porozumienie to

nie miało ani na celu, ani za skutek ograniczenia konkurencji, i że zażądały one zwolnienia jedynie posiłkowo. Poza tym O2 podniosła podczas rozprawy, że ograniczenia czasowe, których włączenie do porozumienia uzgodniła z T-Mobile na żądanie Komisji i bez których nie uzyskałaby zwolnienia, przysparzają im praktyczne trudności związane z dotrzymaniem ustalonych w ten sposób terminów.

45 Należy wskazać z jednej strony, że decyzja, której O2 jest adresatem, zadowala ją jedynie częściowo w porównaniu z treścią zgłoszenia i, z drugiej strony, że skarżąca domaga się stwierdzenia częściowej nieważności tej decyzji w zakresie, w jakim Komisja nie uznała postanowień art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG za niemające zastosowania do zgłoszonego porozumienia z tego powodu, że porozumienie nie ogranicza konkurencji, oraz w zakresie, w jakim Komisja nie wydała atestu negatywnego, o który wniesiono w żądaniu głównym. Należy także wskazać, że decyzja, w której ustalono wiążące terminy dotyczące udzielonego zwolnienia, może naruszać interesy skarżącej z uwagi na wiążące skutki prawne, które wywołuje.

46 W konsekwencji niniejsza skarga, która w rzeczywistości ma na celu jedynie stwierdzenie nieważności zaskarżonych postanowień w zakresie, w jakim implikują one, że wspomniane klauzule wchodzą w zakres stosowania art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG, jest dopuszczalna (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 M6 i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-2459, pkt 36–40 i 44).

47 Wniosku tego nie obala argument Komisji, jakoby ewentualne stwierdzenie przez Sąd nieważności zaskarżonych postanowień decyzji postawiło O2 w sytuacji niepewności prawnej, ponieważ nowa decyzja w kwestii zgłoszenia nie mogłaby być wydana z uwagi na fakt, że tryb postępowania przewidziany przez rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [81] i [82] traktatu (Dz.U. 1962, 13, str. 204), nie istnieje już po wprowadzeniu rozporządzenia nr 1/2003, które obecnie ma zastosowanie.

48 Bowiem w sytuacji, gdyby stwierdzona została taka nieważność wraz ze skutkiem wstecznym, Komisja musiałaby ponownie podjąć decyzję w kwestii postanowień zgłoszonego porozumienia, które są dotknięte tą nieważnością, i rozpatrzyć w szczególności żądanie udzielenia atestu negatywnego, odnosząc się do chwili zgłoszenia i w konsekwencji przeprowadzając swoją analizę w ramach rozporządzenia nr 17 (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1998 r. w sprawie C-415/96 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. str. I-6993, pkt 31). Okoliczność, że w rozporządzeniu nr 1/2003, które obecnie normuje wprowadzenie w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 WE i 82 WE, postępowanie w sprawie zgłoszenia, które istniało poprzednio, zostało zniesione, nie wpływa na wykonanie wyroku, w którym Sąd przychylił się do żądania skarżącej o stwierdzenie nieważności.

49 Poza tym ewentualne stwierdzenie częściowej nieważności decyzji, tak jak żąda tego skarżąca, które opierałoby się na stwierdzeniu, że w chwili wydania decyzji Komisja naruszyła prawo, odmawiając udzielenia atestu negatywnego wszystkim zgłoszonym klauzulom, nie mogłoby negatywnie wpływać na pewność prawa względem skarżącej, lecz umacniałoby ją w zakresie, w jakim z uzasadnienia takiego wyroku stwierdzającego nieważność wynikałoby, że sporne klauzule porozumienia dotyczące roamingu krajowego nie podlegają zakresowi stosowania zakazu ustanowionego w art. 81 ust. 1 WE i w art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG.

2. Co do istoty sprawy

Rozważania wstępne

50 Skarżąca podnosi w swojej skardze, że Komisja naruszyła prawo, stwierdzając, że porozumienie ogranicza konkurencję, ponieważ z jednej strony nie ma miejsca ograniczenie konkurencji, i z drugiej strony rzekome ograniczenie nie wynika z porozumienia. Dodaje ona, że „niezgodnie z obowiązkiem uzasadnienia zawartym w art. 253 WE wnioski Komisji w tej kwestii nie są wystarczająco uzasadnione”.

51 Ten ostatni zarzut, wbrew jego dosłownemu brzmieniu, należy rozumieć jako kwestionujący niewystarczająco pogłębioną analizę, w następstwie której Komisja doszła do wniosku, że porozumienie ogranicza konkurencję, niemniej może być przedmiotem zwolnienia. Kwestia ta odnosi się do zasadności decyzji, a nie do kwestii uzasadnienia zaskarżonego aktu, która wiąże się z legalnością formalną. Zarówno wymiana pism, jak i dyskusje sprowadzały się bowiem wyłącznie do zagadnień materialnoprawnych sporu, a O2 w związku z powołaniem przez nią art. 253 WE nie podała żadnych wskazówek pozwalających na ustalenie elementów decyzji dotkniętych brakiem uzasadnienia.

52 Ten zarzut należy połączyć z dwoma zarzutami co do istoty sprawy przytoczonymi przez O2 na poparcie swojej skargi, opartymi na naruszeniu prawa przez Komisję w odniesieniu do roamingu krajowego regulowanego przez porozumienie. Skarżąca podnosi po pierwsze, że Komisja niesłusznie doszła do wniosku, iż porozumienie prowadzi do ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG. Komisja, która przyznała, że porozumienie nie miało celu antykonkurencyjnego, dokonała częściowej analizy sytuacji konkurencyjnej, nie badając, jakby ona wyglądała w przypadku braku porozumienia, i postępując tym samym sprzecznie z utrwalonym orzecznictwem. Po drugie, podnoszone ograniczenie nie wynika z porozumienia w rozumieniu tych postanowień, ale z jednostronnych działań skarżącej.

W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na braku ograniczenia konkurencji i niewystarczającej analizie sytuacji konkurencyjnej

Argumenty stron

53 O2 podnosi, że choć przyznano, iż porozumienie nie miało celu antykonkurencyjnego, Komisja nie dokonała analizy rzeczywistych skutków porozumienia dla konkurencji, a w szczególności nie zbadała, jakie byłyby warunki konkurencji, gdyby

nie było tego porozumienia. Tymczasem zgodnie z orzecnictwem taka całościowa analiza jest ogólnie wymagana dla wszystkich porozumień horyzontalnych i wertykalnych, tak jak zresztą Komisja sformułowała to w swoich wytycznych w sprawie stosowania art. 81 traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.U. 2001, C 3, str. 2). Wnioski Komisji nie znajdują ponadto oparcia w analizie istotnych okoliczności faktycznych odnoszących się do rynku właściwego.

54 O2 podnosi, że rozumowanie Komisji opiera się na błędnym założeniu, że roaming krajowy jako taki ogranicza konkurencję, albowiem porozumienie raczej pozwala O2 na zakup usług hurtowych od T-Mobile niż na świadczenie ich przez nią samą. Komisja stwierdza jedynie, że zależność O2 od sieci T-Mobile stanowi ograniczenie konkurencji, nie wykazując ani nie podejmując się analizy ekonomicznej wymaganej przez art. 81 ust. 1 WE.

55 Komisja trzyma się zatem ogólnych sformułowań, którym zaprzeczają nawet jej własne stwierdzenia zawarte w decyzji, w której przyznała, że porozumienie, dalekie od ograniczania konkurencji, jest dla niej korzystne (motywy 122–142 decyzji). Wnioski Komisji są także sprzeczne z orzecnictwem i praktyką administracyjną.

56 O2 podnosi w tym względzie, że porozumienie ma pozytywne skutki dla konkurencji — tak jak przyznano w decyzji — i to niezależnie od tego, czy chodzi o zasięg, jakość świadczonych usług, przepustowość transmisji, czy ceny. Skarżąca podkreśla, że gdyby nie było porozumienia, jej pozycja rynkowa byłaby osłabiona i prawdopodobnie nie byłaby w stanie zapewnić w przewidzianych terminach zasięgu, który jest wymagany dla usług 3G, z czym Komisja zgodziła się w swojej decyzji.

- 57 Skarżąca podnosi dodatkowo, że porozumienie jest konieczne i niezbędne do tego, aby w dwóch strefach roamingowych, które wyróżnia, mogła ona być operatorem konkurencyjnym, który może oferować zasięg i usługi dobrej jakości na rynku telefonii ruchomej trzeciej generacji. Porozumienie dające O2 dodatkowe możliwości objęcia zasięgiem ludności zwiększa jej stopień penetracji rynku i w konsekwencji konkurencję.
- 58 O2 podnosi także, że roaming nie będzie miał negatywnego wpływu na produkcję, innowacyjność, różnorodność i jakość usług, co Komisja również potwierdziła.
- 59 Jeśli chodzi o wpływ na ceny, skarżąca podnosi, że okoliczność, iż ceny hurtowe będą w pewnym stopniu zależały od cen, jakich zażąda T-Mobile, nie stanowi ograniczenia konkurencji, ponieważ w takiej sytuacji jest każde przedsiębiorstwo, które w zakresie niektórych ze swych produktów i usług korzysta z usług dostawców. Poza tym niebezpieczeństwo współpracy i zmowy w zakresie cen, o którym wspomniano w decyzji, jest czystą spekulacją i nie ma oparcia w dowodach lub analizie.
- 60 Komisja podnosi, że argumentacja skarżącej dotycząca zbadania sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie było porozumienia, polega na zastosowaniu do postanowień art. 81 ust. 1 WE reguły rozsądku, i to niezgodnie z orzecznictwem. Pozwana wskazuje, że jeśli chodzi o porozumienie o współpracy horyzontalnej, zgodnie ze swoimi wytycznymi najpierw zbadała ona wpływ porozumienia na konkurencję w świetle art. 81 ust. 1 WE, poszukując rzeczywistych lub potencjalnych ograniczeń konkurencji, które istniałyby, gdyby nie było tego porozumienia, a następnie dla celów oceny na podstawie art. 81 ust. 3 WE dokonała bilansu pozytywnych i negatywnych skutków dla konkurencji.

61 Komisja podnosi, że roaming — w takiej formie, w jakiej przewiduje porozumienie — oddziałuje na konkurencję pomiędzy operatorami w zakresie sieci, co ma szczególny wpływ na rynki telefonii ruchomej. Wskazuje ona, że porozumienie zawarte pomiędzy dwoma konkurentami może wpływać na ich zachowania, jeśli chodzi o główne parametry konkurencji.

62 Pozwana podnosi, że chociaż O2 i T-Mobile miały pełną możliwość stworzenia swoich własnych sieci i oferowania usług 3G, porozumienie ma pozwolić skarżącej na częściowe spowolnienie, a nawet ograniczenie rozwoju własnej sieci, a zatem na zmniejszenie kosztów związanych z jej infrastrukturą. Zależność sieci O2 od sieci T-Mobile wynikająca z porozumienia ma nieuchronnie wpływ z jednej strony na konkurencję w strefach, w których sieć O2 już istnieje, oraz z drugiej strony na planowanie przyszłego rozwoju tej sieci. W tym względzie roaming, inaczej niż inne formy współpracy, takie jak wspólne korzystanie z obiektów lub wspólne korzystanie z sieci dostępu radiowego, osłabia całkowicie konkurencję na krajowych rynkach łączności ruchomej.

63 Podobnie roaming ogranicza konkurencję z punktu widzenia zasięgu, ponieważ O2 jest zależna od T-Mobile zarówno w strefach miejskich, jak i wiejskich. Skarżąca jest również zależna od T-Mobile, jeśli chodzi o jakość oraz szybkość przesyłu danych, nawet jeśli porozumienie zachowuje pewien margines dla konkurencji. Wreszcie opłaty naliczane przez O2 zależą od ceny hurtowej płaconej T-Mobile. W tym względzie Komisja utrzymuje, że skarżąca, szacując, iż to ograniczenie będzie dotyczyć jedynie 10% usług telekomunikacyjnych 3G, minimalizuje znaczenie usług związanych z pakietową transmisją danych, które stanowią najważniejszą cechę usług telefonii ruchomej 3G.

64 Komisja utrzymuje, że swoją ocenę oparła na danych przekazanych przez strony porozumienia, zwłaszcza jeśli chodzi o opłaty za roaming, korzystanie przez O2

z sieci T-Mobile i konkurencyjności O2. Podnosi ona, że decyzja jest zgodna z jej ogólnym stanowiskiem w kwestii ograniczającego charakteru roamingu, które podziela wiele krajowych organów regulacyjnych, oraz z jej stanowiskiem zajętym w poprzedniej decyzji odnoszącej się do rynku brytyjskiego.

Ocena Sądu

⁶⁵ Spór rodzi zasadnicze pytanie, a mianowicie czy Komisja, badając zgłoszone porozumienie w świetle art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG, zgodnie z prawem uzasadniła swoją ocenę, iż porozumienie ogranicza konkurencję, oraz czy w tym celu przeprowadziła analizę, jakiej wymagają te postanowienia, tak jak są one interpretowane w orzecznictwie. Zdaniem skarżącej Komisja przyjęła bowiem założenie, że roaming krajowy sam w sobie ogranicza konkurencję, i nie zbadała, jak wyglądałaby sytuacja, gdyby nie było porozumienia. Natomiast według pozwanej krytyka skarżącej sprowadza się do żądania zastosowania przez nią reguły rozsądku do postanowień art. 81 ust. 1 WE, i to sprzecznie z orzecznictwem.

⁶⁶ W celu oceny zgodności porozumienia ze wspólnym rynkiem w świetle zakazu ustanowionego w art. 81 ust. 1 WE należy w zasadzie zbadać kontekst gospodarczy i prawny porozumienia (wyrok Trybunału z dnia 25 listopada 1971 r. w sprawie 22/71 Béguelin Import, Rec. str. 949, pkt 13), jego cel, skutki oraz oddziaływanie porozumienia na wewnątrzwspólnotową wymianę handlową, biorąc pod uwagę w szczególności kontekst gospodarczy, w jakim działają przedsiębiorstwa, produkty i usługi, których dotyczy porozumienie, oraz strukturę i rzeczywiste warunki funkcjonowania danego rynku (wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 1995 r. w sprawie C-399/93 Oude Littikhuis i in., Rec. str. I-4515, pkt 10).

- 67 Ta metoda analizy ma ogólne zastosowanie i nie jest zastrzeżona jedynie dla jednej kategorii porozumień (w odniesieniu do różnych typów porozumień zob. wyroki Trybunału z dnia 30 czerwca 1996 r. w sprawie 56/65 *Société minière et technique*, Rec. str. 337, str. 359 i 360 i z dnia 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 *DLG*, Rec. str. I-5641, pkt 31 oraz wyroki Sądu z dnia 27 października 1994 r. w sprawie T-35/92 *John Deere* przeciwko Komisji, Rec. str. II-957, pkt 51 i 52 i z dnia 15 września 1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services* i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-3141, pkt 136 i 137).
- 68 Poza tym, tak jak w niniejszym przypadku, gdy nie ma wątpliwości, że porozumienie nie ma antykonkurencyjnego celu, należy zbadać skutki porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób. Konkurencję, o którą chodzi, należy rozumieć tak, jak rzeczywiście by ona wyglądała, gdyby nie było spornego porozumienia, przy czym zakłócenie konkurencji może być podane w wątpliwość zwłaszcza wtedy, gdy porozumienie jest niezbędne do penetracji przez przedsiębiorstwo nowej strefy (ww. wyrok Trybunału w sprawie *Société minière et technique*, str. 359 i 360).
- 69 Taka metoda analizy, jeśli chodzi w szczególności o uwzględnienie sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie było spornego porozumienia, nie polega na dokonaniu bilansu pozytywnych i negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji i na zastosowaniu swego rodzaju reguły rozsądku, która nie jest przyjęta w orzecznictwie wspólnotowym w ramach art. 81 ust. 1 WE (wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-235/92 P *Montecatini* przeciwko Komisji, Rec. str. I-4539, pkt 133 oraz ww. wyrok Sądu w sprawie M6 i in. przeciwko Komisji, pkt 72–77 i wyrok z dnia 23 października 2002 r. w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods* przeciwko Komisji, Rec. str. II-4653, pkt 106 i 107).
- 70 Twierdzenie skarżącej, że Komisja dokonała częściowej analizy, nie badając sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie było porozumienia, nie oznacza, że na etapie art. 81 ust. 1 WE należy dokonać bilansu pozytywnych i negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji. Inaczej od interpretacji argumentów skarżącej, której dokonała pozwana, skarżąca powołuje się jedynie na metodę analizy, której wymaga utrwalone orzecznictwo.

71 Analiza wymagana w świetle art. 81 ust. 1 WE polega w dużej mierze na uwzględnieniu wpływu porozumienia na rzeczywistą i potencjalną konkurencję (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis*, Rec. str. I-935, pkt 21) oraz uwzględnieniu sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie było porozumienia (ww. wyrok w sprawie *Société minière et technique*, str. 359 i 360), przy czym te dwa aspekty są nierozłącznie ze sobą powiązane.

72 Badanie konkurencji, gdy nie ma porozumienia, wydaje się szczególnie konieczne, jeśli chodzi o rynki, które są poddawane liberalizacji, lub rynki wschodzące, tak jak w przypadku rynku łączności ruchomej 3G, na którym skuteczność konkurencji może być problematyczna, ponieważ np. na rynku działa operator mający pozycję dominującą, struktura rynku charakteryzuje się koncentracją lub istnieją znaczne bariery wejścia na rynek. W niniejszym przypadku okoliczności te zostały wymienione w decyzji.

73 W celu uwzględnienia dwóch części, z jakich rzeczywiście składa się niniejszy zarzut, należy zbadać w pierwszej kolejności, czy Komisja rzeczywiście dokonała analizy sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby w przypadku, gdyby nie było porozumienia, oraz w drugiej kolejności, czy wnioski, które wyciągnęła z analizy wpływu porozumienia na konkurencję, są wystarczająco uzasadnione.

— W przedmiocie analizy sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie było porozumienia

74 Nie można zarzucać, że w celu zbadania skutków porozumienia nie dokonano w decyzji porównania struktury konkurencyjnej powstałej wskutek porozumienia ze strukturą konkurencyjną, jaka istniałaby, gdyby nie było tego porozumienia. Natomiast jeśli chodzi o elementy dokonanego porównania, należy wskazać, że cała analiza skutków porozumienia opiera się na założeniu, że dwaj operatorzy O2 i T-Mobile byłiby obecni na rynku właściwym jako konkurenci zarówno wtedy, gdyby porozumienie istniało, jak również wtedy, gdyby go nie było. Założenie, że

gdyby nie było porozumienia, O2 mogłaby być całkowicie lub częściowo nieobecna na rynku telefonii ruchomej typu 3G w Niemczech, nie było w żadnym wypadku przyjmowane.

75 Z decyzji wynika w sposób dorozumiany, lecz nieunikniony, że Komisja uznała z jednej strony, że O2 byłaby w każdym razie obecna na rynku, co w motywie 97 decyzji wynika np. z prospektywnej analizy dotyczącej rynku infrastruktury obiektów 3G na podstawie danych dotyczących rynku infrastruktury 2G, oraz z drugiej strony, że ograniczenie konkurencji nie miałoby miejsca, podczas gdy właśnie sporne porozumienie z uwagi na przewidywany roaming krajowy pociągałoby za sobą takie ograniczenie, na co wskazuje w szczególności decyzja w motywie 107.

76 Komisja potwierdziła podczas rozprawy, że takie właśnie było jej podejście w niniejszym przypadku. Pozwana zaznaczyła w związku z tym, że strony nie udzieliły żadnej informacji, na podstawie której mogłaby przypuszczać, że zawarcie porozumienia było nieodzownym warunkiem wejścia O2 na rynek 3G, podczas gdy była ona już obecna na rynku 2G, że skarżąca przedstawiła jej zamiar penetracji rynku 3G i ponadto że stwierdziła ona, że posiadacze licencji obecni na rynku 2G pozostają na rynku.

77 Wychodząc z założenia, że O2 była obecna na rynku łączności ruchomej, Komisja w konsekwencji uznała, że nie jest konieczne pogłębienie kwestii, czy w przypadku braku porozumienia O2 byłaby obecna na rynku 3G. Należy stwierdzić, że to przypuszczenie nie jest poparte w decyzji żadną analizą ani odpowiednim uzasadnieniem, które wskazywałoby na jego prawdziwość, zresztą stwierdzenie to pozwana mogła jedynie potwierdzić podczas rozprawy. Wobec braku takiej obiektywnej analizy sytuacji konkurencyjnej w przypadku braku porozumienia Komisja nie mogła należycie ocenić, w jakim zakresie porozumienie było konieczne do penetracji przez O2 rynku łączności ruchomej 3G. Instytucja ta w konsekwencji nie uczyniła zadość obowiązkowi dokonania obiektywnej analizy wpływu porozumienia na konkurencję.

78 Ten brak musi pociągać za sobą pewne konsekwencje. W istocie z motywów przedstawionych w decyzji w ramach analizy porozumienia w świetle warunków dotyczących możliwości udzielenia zwolnienia ustanowionych w art. 81 ust. 3 WE nie wynikało, nawet według Komisji, że O2 byłaby w stanie sama, bez porozumienia i od samego początku zapewnić dla usług 3G lepszy zasięg, lepszą jakość i przepustowość, rozwinąć sieć i szybko zacząć świadczyć usługi 3G, dokonać penetracji hurtowych i detalicznych rynków właściwych i być tym samym skutecznym konkurentem (motywy 122–124, 126 i 135). Właśnie z uwagi na te okoliczności Komisja uznała, że porozumienie mogło podlegać zwolnieniu.

79 Takie rozważania, które oznaczają niepewność co do sytuacji konkurencyjnej, a w szczególności co do pozycji O2, w przypadku gdyby nie było porozumienia, pokazują, że obecność O2 na rynku łączności 3G nie była wcale pewna, tak jak twierdziła Komisja, i że badanie idące w tym kierunku było konieczne nie tylko do udzielenia zwolnienia, ale przede wszystkim dla celów analizy ekonomicznej skutków porozumienia dla sytuacji konkurencyjnej, która była decydująca dla możliwości zastosowania art. 81 WE.

— W przedmiocie wpływu porozumienia na konkurencję

80 Skarżąca zarzuca Komisji, że wyszła ona z założenia, iż roaming jako taki ogranicza konkurencję i w drodze ogólnych twierdzeń, których prawdziwość nie została wykazana, doszła do wniosku, że na podstawie art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG porozumienie nie było zgodne ze wspólnym rynkiem.

- 81 Z decyzji wynika, że w odniesieniu do skutków roamingu krajowego dla konkurencji na rynkach hurtowych Komisja wskazuje, że „roaming krajowy pomiędzy operatorami sieci [...] z samej definicji ogranicza konkurencję pomiędzy tymi operatorami na wszystkich sąsiadujących rynkach sieci, jeśli chodzi o jej kluczowe parametry, takie jak zasięg, jakość i przepustowość” (motyw 107).
- 82 Komisja wskazuje dalej, że roaming krajowy „ogranicza konkurencję, jeśli chodzi o zakres i terminy wprowadzenia zasięgu, ponieważ operator stosujący roaming — zamiast rozwijać własną sieć w celu możliwie jak najszybszego uzyskania maksymalnego stopnia zasięgu terytorialnego i objęcia nim ludności — będzie korzystał z takiego zasięgu, jaki oferuje operator sieci odwiedzanej”. Dodaje ona, że „[r]oaming krajowy ogranicza również konkurencję, jeśli chodzi o jakość sieci i przepustowość, ponieważ operator stosujący roaming jest zależny od jakości sieci i przepustowości oferowanej przez sieć odwiedzaną, które wynikają z technicznych i handlowych rozwiązań przyjętych przez operatora sieci odwiedzanej” i że „opłaty hurtowe, które O2 będzie mogła naliczać nabywcom jej sieciowych usług hurtowych i usług dostępu hurtowego, będą zależeć od cen hurtowych, jakie będzie musiała ona zapłacić T-Mobile” (motyw 107).
- 83 Komisja stwierdza, że „z uwagi na to, iż roaming krajowy 3G pomiędzy O2 [...] i T-Mobile zmniejszy możliwość konkurencji pomiędzy nimi w zakresie zasięgu, jakości, przepustowości i cen hurtowych, będzie miał wpływ na konkurencję na wszystkich rynkach sieci 3G w Niemczech” (motyw 109) i że „roaming krajowy na poziomie rynku hurtowego doprowadzi do większej jednolitości na poziomie rynku detalicznego, ponieważ zasięg, jakość i przepustowość niewątpliwie będą podobne” (motyw 111).
- 84 Komisja uważa także, że „uprzednia zgoda drugiej strony [porozumienia] na odsprzedaż praw dostępu do roamingu MVNO, oferującym użytkownikom

końcowym usługi telefonii głosowej” „zawęza kategorie klientów” i „ogranicza produkcję, a tym samym konkurencję” (motywy 115 i 116).

85 Z tej oceny wynika, że dla Komisji sam charakter porozumienia w sprawie roamingu, takiego jak zawarte między stronami, zawiera ograniczenie konkurencji z uwagi na stosunek zależności operatora stosującego roaming w stosunku do operatora sieci odwiedzanej. Ograniczenie to jest widoczne w trzech aspektach: po pierwsze, z punktu widzenia zasięgu sieci, ponieważ roaming stanowi hamulec rozwoju sieci operatora, który korzysta z sieci innego operatora, po drugie, jeśli chodzi o jakość sieci i przepustowość, ponieważ operator korzystający z sieci innego operatora jest zależny od rozwiązań technicznych i handlowych przyjętych przez operatora sieci odwiedzanej i po trzecie, jeśli chodzi o ceny, ponieważ opłaty hurtowe operatora stosującego roaming zależą od cen hurtowych pobieranych przez operatora sieci odwiedzanej, tak jak ma to miejsce w niniejszym przypadku.

86 Tymczasem takie ogólne rozważania, które można by sformułować pod adresem każdego porozumienia dotyczącego roamingu krajowego, w przypadku porozumienia zawartego pomiędzy O2 i T-Mobile nie są poparte żadnym dowodem świadczącym o ich prawdziwości.

87 To prawda, że decyzja zawiera w różnych motywach elementy opisu kontekstu porozumienia. Opisuje ona kontekst gospodarczy, prawny i techniczny porozumienia (motywy 6–22) i wyjaśnia jego strukturę w różnych postanowieniach dotyczących rozszerzonego wspólnego korzystania z obiektów, wspólnego korzystania z RAN i roamingu krajowego (motywy 23–43). Badane są w niej także rynki właściwe, to jest rynki hurtowe i detaliczne, produktowe i usługowe oraz rynki geograficzne (motywy 44–72) i podane są informacje na temat struktury rynku oraz w szczególności na temat tego, jacy byli rzeczywisci i potencjalni konkurenci na różnych rynkach (motywy 73–77 oraz 96–99).

88 Jednak przytoczone wyżej dane służące przedstawieniu sektora, w którym działają wspomniane przedsiębiorstwa, nie wyjaśniają w żaden sposób oceny dotyczącej wpływu porozumienia na konkurencję.

89 Zapytana podczas rozprawy, jakie konkretne okoliczności właściwe porozumieniu, wymienione w decyzji, poza ogólną oceną ograniczającego charakteru roamingu krajowego w stosunku do konkurencji, uzasadniają w danym przypadku tę ocenę, Komisja podkreśliła, że dany rynek charakteryzuje się dużą koncentracją i że działa na nim czterech operatorów, a następnie wskazała na dwa aspekty, których nie znajdzie się we wszystkich porozumieniach w sprawie roamingu. Z jednej strony, jej zdaniem, roaming krajowy stanowi zasadniczą część porozumienia. Roaming prowadzi do sytuacji, w której O2 nie ma obowiązku rozwijać swojej sieci na większej części terytorium niemieckiego i ma szczególnie negatywny wpływ w głównych strefach miejskich, które są gospodarczo najbardziej rentowne. Z drugiej strony mechanizm określania cen hurtowych, który obejmuje część stałą, prowadzi do uzależnienia opłat naliczanych przez O2 od opłat płaconych T-Mobile. Mechanizm ten, ograniczając margines działania O2 w zakresie ustalania cen na rynku, ogranicza konkurencję. Pozwana wskazała ponadto, że ocena zawarta w motywie 107 decyzji została bliżej wyjaśniona w całej decyzji.

90 Należy zatem zbadać, w świetle dwóch aspektów wymienionych przez pozwaną, czy w zaskarżonej decyzji zostało wykazane, że porozumienie ogranicza konkurencję.

91 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o znaczenie roamingu w porozumieniu i jego rzekome ograniczające skutki w głównych strefach miejskich, to z decyzji, a w szczególności z motywów 107 i 108 wynika, że Komisja — w celu stwierdzenia, że roaming krajowy, a w niniejszym przypadku porozumienie już z samej definicji ogranicza konkurencję — uznała, że jego wpływ był bardziej negatywny w strefach, w których konkurencja miała większą rację bytu, zwłaszcza w głównych strefach miejskich, uznając w ten sposób, że roaming krajowy nie był uzasadniony.

- 92 Tymczasem z akt sprawy wynika, że w celu dostosowania porozumienia do rozwoju rynku, w szczególności jeśli chodzi o roaming krajowy, strony trzykrotnie zmieniły pierwotne porozumienie z dnia 20 września 2001 r. i zgłoszone w dniu 6 lutego 2002 r., to jest w dniu 20 września 2002 r., w dniu 22 stycznia 2003 r. i w dniu 21 maja 2003 r. Zmienione porozumienie wyróżnia trzy rodzaje stref, to jest strefy miejskie, tak zwane strefy „o drugorzędnym znaczeniu handlowym”, i tak zwane strefy „o mniejszym znaczeniu handlowym” i przewiduje, że w tych pierwszych roaming będzie stosowany w krótszym okresie. Ze struktury porozumienia wynika bowiem, tak jak przedstawiono w decyzji, że prawa dostępu do roamingu są określone według stref zasięgu ludności i że ustalono terminarz zniesienia tych praw.
- 93 Chociaż decyzja została wydana w odniesieniu do zmienionego porozumienia, to w części dotyczącej analizy porozumienia w świetle postanowień art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG, o które tu chodzi, nie zawiera konkretnej oceny wpływu tych czynników na konkurencję, podczas gdy właśnie dostosowują one w przestrzeni i czasie roaming krajowy przewidziany przez porozumienie. Ogólna ocena ograniczającego charakteru roamingu nie jest poparta dowodami w odniesieniu do kluczowego parametru, jakim jest czas trwania porozumienia, to jest z uwzględnieniem terminarza zniesienia roamingu przewidzianego dla każdej strefy.
- 94 Natomiast niewątpliwie na Komisji spoczywał obowiązek uwzględnienia tych nowych okoliczności — wynikających ze zmian wprowadzonych do porozumienia w trakcie postępowania administracyjnego, które dotyczyły w szczególności roamingu w strefach miejskich — w analizie zgodności porozumienia ze wspólnym rynkiem i ewentualnego ponownego rozważenia niektórych części dokonanej przez nią oceny.
- 95 W istocie uwzględnienie w analizie zgodności porozumienia ze wspólnym rynkiem zmian wprowadzonych do porozumienia dotyczących roamingu w strefach miejskich mogło doprowadzić Komisję do innych wniosków aniżeli do tych, do których

doszła w decyzji, w szczególności w zakresie oceny konieczności tych zmian w celu uzyskania przez O2 dostępu do rynku 3G w strefach miejskich.

- 96 Tymczasem w zaskarżonej decyzji konkretne zasady, na których opiera się roaming krajowy, określone w porozumieniu, zostały uwzględnione jedynie w ramach analizy możliwości udzielenia zwolnienia na mocy postanowień art. 81 ust. 3 WE i art. 53 ust. 3 porozumienia o EOG, co nie może usuwać braków, które zostały stwierdzone wcześniej. W istocie analiza zgodności porozumienia ze wspólnym rynkiem, a następnie — w przypadku gdyby porozumienie zostało uznane za niezgodne ze wspólnym rynkiem — analiza możliwości udzielenia zwolnienia muszą zostać potraktowane w odrębny sposób, ponieważ druga analiza wymaga w szczególności, aby należycie wykazano niezgodność porozumienia ze wspólnym rynkiem w ramach pierwszej analizy.
- 97 Wyjaśnienia przedstawione przez Komisję podczas rozprawy potwierdzają twierdzenie, że analiza porozumienia w ramach postanowień art. 81 ust. 1 i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG nie uwzględnia wspomnianych zmian. Pozwana wskazała bowiem, że nie można jej zarzucać, iż nie zbadała konieczności roamingu krajowego w strefach miejskich do wejścia przez O2 na rynek, ponieważ pierwotnie zgłoszone porozumienie nie przewidywało roamingu w strefach miejskich.
- 98 W konsekwencji w odniesieniu do tej pierwszej kwestii należy stwierdzić, że z uwagi na nieuwzględnienie nowych danych sprawy dotyczących roamingu w strefach miejskich Komisja dokonała wadliwej oceny, bo nie zbadała faktów, które zostały jej przedstawione przez autorów zgłoszenia.
- 99 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o drugą okoliczność ograniczającą konkurencję, która, zdaniem Komisji, jest właściwa porozumieniu, to jest mechanizm określania cen, o którym mowa w pkt 89 powyżej, to podnoszony ograniczający skutek nie został wykazany.

- 100 Jeśli chodzi z jednej strony o wpływ cen hurtowych płaconych T-Mobile na ceny hurtowe i detaliczne stosowane przez O2, to skarżąca z tego punktu widzenia znajduje się w analogicznej sytuacji do sytuacji każdego innego przedsiębiorstwa w stosunku do swoich dostawców. O2, a także T-Mobile są uzależnione od cen, jakie stosują na wyższym szczeblu obrotu dostawcy towarów i usług, z których oni korzystają, i mogą być zmuszone do przenoszenia tych kosztów na swoich klientów. Poza tym rzekoma zależność taryfowa nie została wykazana. Przeczy jej nawet informacja znajdująca się w decyzji, że strony porozumienia mają różne zasady naliczania opłat (motyw 140). Ponadto w odpowiedzi na pytania zadane przez Sąd, o których mowa w pkt 36 powyżej, dotyczące struktury cen stosowanych przez O2, skarżąca przedstawiła informacje, z których wynika, że odróżnia się ona od T-Mobile dzięki zróżnicowanym produktom i usługom, które mają inne nazwy, oraz dzięki niejednakowym zasadom regulującym abonament i sposobom naliczania opłat uwzględniających rozliczne zmienne.
- 101 Jeśli chodzi z drugiej strony o opłatę stałą uiszczaną przez O2 na rzecz T-Mobile, należy stwierdzić, że decyzja nie zawiera analizy dotyczącej obowiązku uiszczania takiej opłaty stałej. Ponadto pozwana przyznała na rozprawie, że ta kwestia nie była dyskutowana w postępowaniu administracyjnym.
- 102 Z powyższych rozważań wynika, że ogólna ocena dokonana w motywie 107 decyzji, jakoby roaming krajowy ograniczał konkurencję, ponieważ pozwala operatorowi, który go stosuje, na spowolnienie rozwoju własnej sieci i ponieważ stawia go w sytuacji zależności technicznej i gospodarczej od operatora sieci odwiedzanej, nie jest poparta konkretnymi dowodami, właściwymi dla porozumienia, które znajdowałyby się w decyzji. W decyzji nie uwzględniono ponadto zmian wprowadzonych do porozumienia w odniesieniu do roamingu w strefach miejskich.
- 103 Poza tym ta ogólna ocena nie wywodzi się też z przepisów prawa wspólnotowego odnoszących się do sektora telekomunikacji. Z odpowiedzi udzielonych przez pozwaną na pytania zadane przez Sąd, o których mowa w pkt 36 powyżej, wynika, że

żadna z dyrektyw odnoszących się do sektora telekomunikacji nie dotyczy umów roamingu krajowego i ich zgodności ze wspólnotowym prawem konkurencji, chociaż takie porozumienia muszą podlegać prawu konkurencji, w szczególności postanowieniom art. 81 ust. 1 WE.

104 Poza tym, tak jak podnosi skarżąca, ogólna ocena Komisji dotycząca roamingu krajowego nie została potwierdzona w świetle istotnych faktów opisanych w samej decyzji, odnoszących się do rynku.

105 Według decyzji, w której dokonano ekstrapolacji danych dostępnych w ówczesnym czasie, dotyczących sytuacji na rynku telefonii ruchomej 2G, T-Mobile, pierwotnie powiązana z tradycyjnym operatorem Deutsche Telekom, miała na hurtowym rynku roamingu krajowego prawdopodobnie udział rzędu 100% w zakresie usług telekomunikacyjnych 3G, o które tu chodzi. Poza tym w decyzji przedstawiono, że możliwości wejścia na ten rynek na poziomie operatorów sieci są ograniczone z uwagi na ograniczoną liczbę licencji, koszty i znaczne inwestycje, które są niezbędne do stworzenia infrastruktury sieci 3G (motywy 74 i 75).

106 Jeśli chodzi o detaliczny rynek usług 3G, to w decyzji wskazano, że sześciu operatorów uzyskało licencje, to jest oprócz T-Mobile i O2 także D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com i Group 3G, przy czym O2 było ostatnim przedsiębiorstwem, które weszło na rynek, i że na rynku detalicznym jest czterech głównych konkurentów. Podano w niej, że ich udziały na rynku łączności 2G stanowiły jedyne dane, które były dostępne w chwili wydania decyzji, i wynosiły pod względem klientów dostawców odpowiednio w przypadku T-Mobile: 41,7%, D2 Vodafone: 38,3%, E-Plus: 12,2% i O2: 7,8% (motywy 76 i 77).

- 107 Z tego opisu wynika, że T-Mobile jest najważniejszym operatorem na niemieckim rynku telefonii ruchomej, bez względu na to, czy chodzi o rynek hurtowy, czy detaliczny, i że O2, która jest ostatnim operatorem, który wszedł na rynek niemiecki, ma słabszą pozycję konkurencyjną. Nawet jeśli O2 posiada pewną infrastrukturę sieciową, jak wskazano w decyzji (motyw 97), jej mniejsze udziały rynkowe i pozycja nowego gracza na rynku stawiają ją obiektywnie w gorszej sytuacji.
- 108 Krytykowana przez Komisję zależność wynika z faktycznej nierówności, którą porozumienie właśnie niweluje, stawiając O2 w bardziej korzystnej pozycji konkurencyjnej, podczas gdy jej aktualna pozycja wydaje się mniej konkurencyjna w stosunku do innych operatorów określonych w decyzji, czy to będących rzeczywistymi, czy też potencjalnymi konkurentami. Zależność O2 od sieci T-Mobile jest poza tym tymczasowa, ponieważ powinna się zmniejszać w trakcie całego okresu trwania porozumienia, zgodnie z terminarzem zniesienia praw dostępu do roamingu przewidzianym w postanowieniach zmienionego i zgłoszonego porozumienia, które zostały przedstawione Komisji w celu ich zbadania w ramach postępowania administracyjnego. W tej kwestii decyzja nie zawiera żadnego konkretnego dowodu, tak jak wskazano powyżej, który wykazywałby ograniczające skutki porozumienia w zakresie rozwoju sieci O2. A fortiori Komisja nie dowiodła, tak jak podnosi w swoich pismach, że porozumienie ma na celu spowolnienie, a nawet ograniczenie rozwoju sieci skarżącej. Wręcz przeciwnie, pisma przedstawione przez pozwaną w postępowaniu, w szczególności pisma z dnia 4 marca 2003 r. i z dnia 9 kwietnia 2003 r. pokazują, że porozumienie ma pozwolić jej na rentowny rozwój sieci 3G zgodnie z wymogami ustanowionymi w licencji, odnoszącymi się do terminarza i zasięgu.
- 109 W niniejszym przypadku nie można zatem wykluczyć, że porozumienie w sprawie roamingu, w takiej formie jak zawarte pomiędzy T-Mobile i O2, zamiast ograniczać konkurencję pomiędzy operatorami sieci, może wręcz przeciwnie, pozwolić w pewnych warunkach mniejszemu operatorowi na konkurowanie z najważniejszymi operatorami, takimi jak w tym przypadku T-Mobile, ale także D2 Vodafone na rynku detalicznym, a nawet zajmującymi pozycję dominującą, tak jak T-Mobile na rynku hurtowym.

- 110 Tymczasem ten szczególny kontekst wynikający z określonych cech rynku właściwego, który należy do rynków wschodzących, nie został uwzględniony w ocenie zgodności porozumienia ze wspólnym rynkiem w ramach art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 Porozumienia o EOG.
- 111 Natomiast Komisja uwzględniła ten szczególny kontekst, gdy w ramach postanowień art. 81 ust. 3 WE i art. 53 ust. 3 porozumienia o EOG uznała, że porozumienie było konieczne i że bez niego O2 nie mogłaby wejść skutecznie na rynek, oraz gdy następnie zdecydowała o udzieleniu zwolnienia.
- 112 W decyzji wskazano, że dzięki porozumieniu O2 będzie miała lepszą pozycję konkurencyjną w strefie podlegającej obowiązkowi zapewnienia do dnia 31 grudnia 2005 r. zasięgu obejmującego 50% ludności (motyw 123) i że poza tą strefą najprawdopodobniej nie byłaby ona w stanie wypełnić obowiązków nałożonych na nią w licencji (motyw 126). W decyzji zaznaczono również, że ponieważ O2 „jest najmniejszym operatorem na niemieckim rynku telefonii ruchomej i ma mały udział w rynku 2G (około 8%), jest mało prawdopodobne, aby była ona w stanie szybko rozwinąć sieć wysokiej jakości, obejmującą taką strefę, która pozwoliłaby jej skutecznie konkurować od samego początku z innymi niemieckimi zasiedzającymi operatorami sieci i usług 3G, którzy posiadają licencję” (motyw 124).
- 113 W bardziej ogólnej i podsumowującej ocenie zawartej w decyzji dodano, że „roaming O2 [...] w sieci 3G należącej do T-Mobile praktykowany w ograniczonym okresie, nawet w najważniejszych strefach miejskich, jest proporcjonalny i niezbędny, co niekoniecznie ma miejsce w przypadku operatorów zajmujących silniejszą pozycję na rynku” (motyw 133). Wreszcie wskazano także, że „gdyby O2 [...] nie miała dostępu do roamingu krajowego dla usług 3G w sieci T-Mobile, byłaby mniej skutecznym konkurentem w fazie rozwoju i nie miałaby prawdopodobnie możliwości wejścia na hurtowe i detaliczne rynki 3G jako konkurent działający na całym terytorium kraju (lub w każdym razie jako dostawca oferujący największy zasięg geograficzny, jaki byłby wówczas możliwy)” (motyw 135).

- 114 Z analizy przeprowadzonej w ramach art. 81 ust. 3 WE i art. 53 ust. 3 porozumienia o EOG wynika, że z uwagi na szczególne cechy rynku właściwego będącego rynkiem wschodzącym, sytuacja konkurencyjna O2 na rynku 3G najprawdopodobniej nie mogłaby być zapewniona bez porozumienia, a nawet byłaby ona zagrożona. Według tej oceny przypuszczenia Komisji wyrażone podczas analizy przeprowadzonej w ramach art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 porozumienia o EOG nie zostały potwierdzone.
- 115 Argument przytoczony podczas rozprawy przez pozwaną, jakoby istniała duża różnica pomiędzy brakiem możliwości penetracji rynku a możliwością jego penetracji z dużymi trudnościami, nie może w każdym razie wpływać na powyższe rozważania, albowiem w ramach art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 porozumienia o EOG Komisja nie zbadała obiektywnie w decyzji jaka byłaby sytuacja konkurencyjna, gdyby nie było porozumienia.
- 116 Z powyższych rozważań wynika, że decyzja w zakresie, w jakim dotyczy stosowania art. 81 ust. 1 WE i art. 53 ust. 1 porozumienia o EOG, jest oparta na błędnej analizie, ponieważ nie zawiera obiektywnych rozważań na temat sytuacji konkurencyjnej, w przypadku gdyby nie było porozumienia, co wypacza ocenę rzeczywistych i potencjalnych skutków porozumienia dla konkurencji, i ponieważ nie wykazuje in concreto w powiązaniu ze wschodzącym rynkiem właściwym, że postanowienia porozumienia dotyczące roamingu ograniczają konkurencję, ale poprzestaje jedynie na *petitio principii* i ogólnych twierdzeniach.
- 117 Z tego powodu należy zatem przychylić się do żądań dotyczących stwierdzenia częściowej nieważności art. 2 i art. 3 lit. a) decyzji i nie ma potrzeby rozpatrywania zarzutu drugiego zawartego w skardze.

W przedmiocie kosztów

- ¹¹⁸ Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja przegrała sprawę, zgodnie z żądaniem skarżącej należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba)

orzeka, co następuje:

- 1) Stwierdza się nieważność art. 2 i art. 3 lit. a) decyzji Komisji 2004/207/WE z dnia 16 lipca 2003 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 Porozumienia o EOG (sprawa COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland i O2 Germany: porozumienie ramowe w sprawie wspólnego korzystania z sieci) w zakresie, w jakim zakładają one, że klauzule, o których mowa w tych postanowieniach, wchodzą w zakres stosowania art. 81 WE i art. 53 Porozumienia o EOG.**
- 2) Komisja zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 2 maja 2006 r.

Sekretarz

Prezes

E. Coulon

H. Legal