

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 2 maj 2006 *

I mål T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, München (Tyskland), företrätt av N. Green, QC, K. Bacon, barrister, och av advokaterna B. Amory och F. Marchini Camia,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av R. Wainwright, S. Rating och P. Oliver, därefter av É. Gippini Fournier, P. Hellström och K. Mojzesowicz, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ogiltigförklaring av artiklarna 2 och 3 a i kommissionens beslut 2004/207/EG av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland och O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, s. 32),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna P. Mengozzi och I. Wiszniowska-Białecka,

justitiesekreterare: handläggaren K. Pocheć,

med beaktande av det skriftliga förfarandet och efter det att förhandling hållits den 7 december 2005,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co, OHG (nedan kallat O2), som ägs till 100 procent av mmO2 plc, tidigare BT Cellnet Ltd, ett företag som förut kontrollerades av British Telecommunications plc., driver digitala mobiltelenät och tillhandahåller digitala mobilteletjänster i Tyskland, där företaget gick in på marknaden som den fjärde av

fyra operatörer på grundval av en GSM-licens (Global System for Mobile Communications, globalt system för mobil telekommunikation) 1800, som beviljades år 1997. O2 tilldelades även en UMTS-licens (Universal Mobile Telecommunications System, universellt mobilt telekommunikationssystem) i augusti år 2000.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (nedan kallat T-Mobile), som ägs till 100 procent av T-Mobile International AG, vilket i sin tur ägs till 100 procent av den etablerade operatören Deutsche Telekom AG, är en tysk operatör på området för digitala mobiltelenät och -tjänster i Tyskland som använder GSM-standarder. T-Mobile tillhandahåller GSM-tjänster i Tyskland på grundval av en GSM 900-licens och tilldelades en UMTS-licens i augusti år 2000.
- 3 Såväl de nationella tyska bestämmelserna som de licenser som har beviljats O2 och T-Mobile innehåller bland annat krav på utbyggnad av nätet med avseende på faktisk täckning av befolkningen enligt en precis tidsplan. Denna täckning skulle uppgå till 50 procent av befolkningen senast år 2005.
- 4 Den 6 februari 2002 anmälde O2 och T-Mobile ett ramavtal, daterat den 20 september 2001, om gemensam användning av infrastrukturer och om nationell roaming för tredje generationens GSM-mobiltelefoni (nedan kallad 3G) på den tyska marknaden. Avtalet har ändrats genom tilläggsavtal av den 20 september 2002, den 22 januari 2003 och den 21 maj 2003. T-Mobile och O2 begärde i anmälan ett icke-ingripandebesked enligt artikel 81.1 EG och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) eller, i andra hand, ett undantag enligt artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet.
- 5 Den tyska regleringsmyndigheten för post och telekommunikationer hade den 7 december 2001 bedömt att avtalet var förenligt med nationella bestämmelser.

- 6 Kommissionen antog den 16 juli 2003 beslut 2004/207/EG om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland och O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, s. 32) (nedan kallat beslutet). I beslutet konstaterade kommissionen att det saknades skäl att inleda ett förfarande enligt artikel 81.1 EG eller artikel 53.1 i EES-avtalet med avseende på bestämmelserna i avtalet om gemensam användning av anläggningar (artikel 1). I enlighet med artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet förklarade kommissionen dessutom att artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet inte var tillämpliga på bestämmelserna i avtalet om roaming, under de perioder som fastställdes av kommissionen (artiklarna 2 och 3).
- 7 I beslutet presenterade kommissionen den rättsliga och faktiska bakgrunden till den utveckling av mobiltelefonin som nyligen ägt rum inom Europeiska unionen. Denna utveckling utmärks enligt beslutet av olika tekniska generationer som följer på varandra. Därefter angav kommissionen att syftet med avtalet bland annat var att utvidga den geografiska täckningen och att snabbare bygga ut nätet och 3G-tjänsterna. Kommissionen uppgav vidare att avtalet innehåller föreskrifter om att parterna skall samarbeta i fråga om den gemensamma användningen av anläggningar, den gemensamma användningen av radioaccessnät (RAN) och i fråga om nationell roaming (skäl 24). I beslutet anges också att avtalet gäller till och med den 31 december 2011, varefter det i princip skall förlängas med två år (skäl 43).
- 8 I beslutet anges att 3G-nät kan användas gemensamt på många olika nivåer. Efter ökande grad av gemensam användning nämns gemensam användning av basstationer (Nodes B) och antenner, gemensam användning av radionätkontrollpunkter (RNC: Radio Network Controllers), gemensam användning av stamnät och gemensam användning av frekvenser (skälen 12 och 15).
- 9 I beslutet preciseras att RAN omfattar mast- eller antennenanläggningar, site support cabinets (SSC) och eltillförsel samt antenner, combiners och transmissionslänkar, Nodes B samt radionätkontrollpunkterna (skäl 13).

- 10 I beslutet anges att nationell roaming gör att de berörda operatörerna, utan gemensam användning av nätelement, kan använda varandras nät för att tillhandahålla tjänster till de egna kunderna (skäl 16).
- 11 I beslutet preciseras att den nationella roaming som avses i avtalet dels omfattar O2 Germanys roaming på T-Mobiles nät inom täckningsområdet på 50 procent av befolkningen, dels ömsesidig roaming utanför detta område (punkterna 4.3.1 och 4.3.2).
- 12 Vad avser marknaden för de relevanta varorna anser kommissionen att de marknader för nättillträde och nättjänster som främst berörs av avtalet inom sektorn för telekommunikationer, vilken är aktuell i förevarande fall, utgörs dels av marknaden för anläggningar och infrastruktur vid anläggningar för digital mobil radiokommunikation, dels av marknaden för tillträde till nationell roaming för 3G-kommunikationstjänster på grossistnivå. Dessutom påverkas två andra marknader indirekt, nämligen marknaderna för tillträde till 3G-tjänster på grossistnivå och de efterföljande detaljistmarknaderna för 3G-tjänster (skäl 46).
- 13 Kommissionen anser att de berörda geografiska marknaderna är nationella och sträcker sig över hela Tyskland (skälen 60, 64 och 72).
- 14 Vad avser marknadens struktur har kommissionen bland annat undersökt tillträdet till nationell roaming för 3G-kommunikationstjänster på grossistnivå och 3G-tjänsterna på detaljistnivå.

- 15 Enligt kommissionen har T-Mobile en marknadsandel på 100 procent på marknaden för tillträde till nationell roaming på grossistnivå för andra generationens mobila telekommunikationer (nedan kallad 2G) i Tyskland. Vad avser nationell 3G-roaming utgörs de främsta faktiska eller potentiella konkurrenterna på marknaderna för tillträde och tjänster på grossistnivå av de andra licensinnehavarna som planerar att utveckla 3G-nät och -tjänster i Tyskland, nämligen D2 Vodafone och E-Plus.
- 16 Kommissionen anser att de främsta konkurrenterna på detaljistmarknaderna för 3G-tjänster är D2 Vodafone och E-Plus samt potentiella tjänsteleverantörer som Mobilcom och Debitel. Bedömningen grundar sig på uppgifter avseende situationen på detaljistmarknaderna för 2G-tjänster. År 2002 uppskattades att T-Mobile hade en marknadsandel på 41,7 procent av dessa marknader, att D2 Vodafone hade en marknadsandel på 38,3 procent, att E-Plus hade en marknadsandel på 12,2 procent och att O2 hade en marknadsandel på 7,8 procent (skälen 74–77).
- 17 Enligt beslutet är det anmälda avtalet ett horisontellt samarbetsavtal mellan två konkurrerande företag, vilket även berör vissa vertikala aspekter. Syftet med avtalet är inte att begränsa konkurrensen, men det kan leda till att konkurrensen begränsas eftersom avtalsparterna är konkurrenter på de berörda marknaderna (skäl 92).
- 18 Enligt kommissionen begränsar den gemensamma användning av anläggningar och det utbyte av information som föreskrivs i avtalet inte konkurrensen (skälen 95–103 och artikel 1). När beslutet antogs fanns det inga planer på att använda RAN gemensamt och denna användning prövades därför inte (skäl 104).
- 19 I gengäld anser kommissionen att nationell roaming mellan nätoperatörer med licens att bygga ut och driva egna konkurrerande digitala mobilnät per definition begränsar konkurrensen mellan operatörerna med avseende på dess nyckelparametrar (skäl 107).

- 20 Till att börja med anser kommissionen att roamingen påverkar grossistmarknaderna. Enligt kommissionen begränsas konkurrensen dels med avseende på räckvidd och täckningshastighet eftersom roamingoperatören inte använder sitt eget nät i tillräcklig utsträckning, dels med avseende på nätkvalitet och överföringshastigheter eftersom roamingoperatören är beroende av de tekniska och kommersiella val som värdnätets operatör har gjort. Roamingoperatören måste dessutom anpassa de återförsäljarpriser som den tar ut från köparna av företagets tjänster till de återförsäljarpriser som företaget betalar värdnätets operatör. De begränsande effekterna är enligt kommissionen större i områden där det finns tydliga ekonomiska skäl att bygga ut parallella nät, särskilt i centrala stadsområden. Enligt kommissionen är det fråga om en väsentlig begränsning av konkurrensen eftersom det handlar om tillväxtmarknader på vilka inträdeshindren är höga på grund av licensvillkor och nödvändiga investeringar (skälen 107–110).
- 21 Kommissionen anser också att roamingen har en begränsande effekt på detaljistmarknaderna eftersom den leder till att villkoren för tillhandahållande av de berörda tjänsterna på denna nivå blir mer enhetliga. Det finns dessutom en risk för att det prissystem som parterna har enats om leder till prissamordning på detaljhandelsnivå (skälen 111 och 112).
- 22 Kommissionen anser dessutom att villkoren för försäljning till MVNO (Mobile Virtual Network Operators, operatörer av virtuella mobilnät) av tillträdesrättigheter till roaming (återförsäljning med avseende på vilken det i avtalet krävs att den andra parten skall ge sitt förhandsgodkännande), genom att begränsa typen av kunder, begränsar produktionen och utgör en konkurrensbegränsning (skälen 115 och 116).
- 23 Avseende de andra bestämmelserna i roamingavtalet anser kommissionen däremot att kravet på att O2 skall köpa en viss minimikvantitet av T-Mobile inte ytterligare begränsar konkurrensen (skälen 113 och 114). Kommissionen anser inte heller att begränsningen av återförsäljningen av roamingrättigheter till andra licensierade

nätoperatörer eller utbytet av information som har att göra med roamingen begränsar konkurrensen (skälen 117–119).

- 24 Kommissionen anser dessutom att avtalet påverkar handeln mellan EES-staterna (skäl 120).
- 25 Därefter undersökte kommissionen avtalet med beaktande av villkoren i artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet för beviljande av undantag.
- 26 Kommissionen anser för det första att avtalet bidrar till att förbättra produktionen och distributionen av de berörda tjänsterna samt att det främjar tekniskt och ekonomiskt framåtskridande.
- 27 Vad avser roamingen i området med täckning av 50 procent av befolkningen anges det i beslutet att O2 redan från början kommer att kunna erbjuda bättre täckning, kvalitet och överföringshastigheter för sina tjänster än vad som hade varit möjligt på fristående basis under utbyggnadsfasen i konkurrens med övriga leverantörer av 3G-tjänster på grossist- och detaljistnivå (skälen 123 och 124).
- 28 Vad avser roamingen utanför området med täckning av 50 procent av befolkningen anges det i beslutet att O2 kan utvecklas till en konkurrent som erbjuder landsomfattande täckning på detaljistmarknaden för 3G, medan företaget utan avtalet förmodligen inte skulle ha kunnat erbjuda den täckning som krävs enligt företagets licens i det berörda området (skäl 126). Återförsäljning till MVNO av tillträdesrättigheter till roaming skulle främja konkurrensen på marknaden för nationell 3G-roaming, marknaden för återförsäljning av samtalstid och på

detaljistmarknaderna (skäl 127). Avtalet skulle dessutom ge parterna, särskilt T-Mobile, möjlighet att använda sina nät intensivare och därmed effektivare, särskilt i glesbefolkade områden (skäl 128).

- 29 För det andra bedömer kommissionen att den nationella 3G-roamingens positiva effekt på O2:s konkurrensställning kommer att öka konkurrensen på marknaderna för digitala mobilnät och kommunikationstjänster och att konkurrenterna kommer att spöras att introducera nya tjänster på marknaden och ha ett större tryck på sig att sänka priserna. Kommissionen har dessutom uppgett att slutanvändarna förmodligen kommer att gynnas av kostnadsbesparingarna på grund av den ökade konkurrensen på detaljistmarknaden (skälen 129 och 130).
- 30 För det tredje anser kommissionen att klausulerna i avtalet, med beaktande av O2:s svagare ställning på marknaden, är nödvändiga och lämpade för att uppnå de konstaterade fördelarna (skälen 131–133). Enligt kommissionen är begränsningen av återförsäljningen till MVNO, som tillhandahåller taltjänster, av tillträdesrättigheter till roaming dels nödvändig för att avtalet skall vara fördelaktigt, dels proportionerlig eftersom den enbart omfattar taltjänster (skälen 134–136).
- 31 För det fjärde anser kommissionen att avtalet leder till ökad konkurrens mellan de fyra licensierade operatörerna av 3G-nät och -tjänster som planerar att bygga ut 3G-nät i Tyskland och mellan tjänsteleverantörer samt MVNO (med undantag av taltjänster). Avtalet möjliggör också en effektiv konkurrens mellan avtalsparterna eftersom hemnätoperatören kontrollerar sitt eget stamnät och därmed kan erbjuda differentierade tjänster (skälen 137 och 138). Det anges också att hemoperatören behåller ansvaret för prissättning och fakturering samt att parterna tillämpar olika principer för fakturering (skäl 140). Slutligen anser kommissionen att det faktum att konkurrensen från MVNO delvis undanröjs till stor del kompenseras av avtalets övergripande konkurrensfrämjande effekter (skäl 142).

- 32 Efter att ha konstaterat att det inte var möjligt att uppskatta de förväntade begränsande effekterna för en längre period än fem år (skäl 144) beslutade kommissionen avslutningsvis att
- inte inleda ett förfarande enligt artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet med avseende på bestämmelser i avtalet om gemensam användning av anläggningar, det nödvändiga informationsutbytet för denna användning och begränsningen av återförsäljning till andra licensierade nätoperatörer av tillträdesrättigheter till nationell roaming (artikel 1),
 - bevilja ett undantag enligt artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet för bestämmelserna i avtalet om T-Mobiles tillhandahållande av nationell 3G-roaming till O2 inom det område som omfattas av skyldigheten att tillhandahålla en täckning på 50 procent av befolkningen senast den 31 december 2005, under perioderna
 - den 6 februari 2002–31 december 2005 för städer som är belägna i ett område som i huvudsak omfattar storstadsregioner (område 1), med undantag för underjordiska områden,
 - den 6 februari 2002–31 december 2007 för regioner som är belägna i ett område som omfattar mindre storstadsregioner av sekundär ekonomisk betydelse (område 2), med undantag för underjordiska områden,
 - den 6 februari 2002–31 december 2008 för regioner som är belägna i ett område som omfattar mindre storstadsregioner av mindre ekonomisk betydelse (område 3) samt i alla underjordiska områden i städer och regioner i områdena 1, 2 och 3 (artikel 2).

- 33 Kommissionen beviljade även ett undantag från och med den 6 februari 2002 till och med den 31 december 2008 för den nationella 3G-roaming som tillhandahålls av T-Mobile och O2 utanför det område som omfattas av skyldigheten att tillhandahålla en täckning på 50 procent av befolkningen senast den 31 december 2005, såsom denna definieras i avtalet (artikel 3 a i beslutet), samt för begränsningen av återförsäljningen till vissa, i avtalet angivna, MVNO av tillträdesrättigheter till nationell 3G-roaming (artikel 3 b i beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 34 O2 väckte förevarande talan genom en ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 september 2003.
- 35 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet genom att först vidta en åtgärd för processledning.
- 36 Genom en åtgärd för processledning, meddelad den 26 oktober 2005, anmodade förstainstansrätten å ena sidan kommissionen att precisera grunderna, vilka är hämtade från texter, rättspraxis, den ekonomiska analysen och kommissionens doktrin, för bedömningen i skäl 107 i beslutet (enligt vilken "nationell roaming ... per definition [begränsar] konkurrensen") och å andra sidan O2 att redogöra för konsekvenserna av en snabbare utbyggnad av företagets nät för skyldigheterna att köpa tillträdesrättigheter till roaming enligt avtalet och att redogöra för särdragen hos företagets prissystem.
- 37 Sökanden och kommissionen besvarade respektive begäran genom skrivelser som registrerades den 24 november 2005.

38 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 7 december 2005.

39 O2 har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artiklarna 2 och 3 a i kommissionens beslut 2004/207/EG av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland och O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag), samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

40 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättsliga grunder

1. *Huruvida yrkandena om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning och deras räckvidd*

Parternas argument

41 Kommissionen har inledningsvis anfört att det i beslutet görs åtskillnad mellan avtalets horisontella och vertikala aspekter samt att sökanden har felbedömt denna

åtskillnad och gjort en felaktig tolkning av rättspraxis och företags avtalsrelation till T-Mobile. Kommissionen är tveksam till om O2 har ett berättigat intresse av att få saken prövad med tanke på att sökandens talan om ogiltigförklaring avser artiklarna 2 och 3 a i beslutet, vilka rör avtalets horisontella aspekter, och inte artikel 3 b, vilken rör avtalets vertikala aspekter. Sökanden har enligt kommissionen på detta sätt medgett att denna del av avtalet omfattas av tillämpningsområdet för förbudet i artikel 81.1 EG och kräver ett undantag.

42 Vid förhandlingen ifrågasatte kommissionen även huruvida sökanden hade ett berättigat intresse av att få saken prövad eftersom O2 genom beslutet, i vilket företaget beviljades ett undantag som de nationella myndigheterna och domstolarna är skyldiga att respektera, hade getts rättslig trygghet som det skulle gå miste om om beslutet ogiltigförklarades. Detta då kommissionen inte skulle kunna anta ett nytt beslut eftersom systemet med föransmälning av avtal i syfte att beviljas undantag togs bort genom rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EUT L 1, s. 1).

43 O2 har gjort gällande att kommissionen inte har redogjort närmare för sin invändning, i synnerhet inte vad avser frågan om talans upptagande till sakprövning, och att de ifrågasatta delarna av beslutet medför bindande rättsverkningar och därmed utgör en rättsakt mot vilken talan om ogiltigförklaring kan väckas.

Förstainstansrättens bedömning

44 Av beslutet framgår att O2 och T-Mobile den 6 februari 2002 anmälde ett avtal till kommissionen vilket bestod av två huvudsakliga delar, nämligen gemensam användning av anläggningar och nationell roaming. Avtalet var avsett att gälla till och med år 2011, varefter det skulle förlängas automatiskt med en tvåårsperiod. Genom anmälan önskade företagen erhålla ett icke-ingripandebesked eller, i andra hand, ett undantag. Kommissionen beviljade ett icke-ingripandebesked för den

första delen och ett undantag till och med år 2008 för den andra delen. Av anmälan framgår dessutom att syftet med avtalet enligt parterna inte var att begränsa konkurrensen och att de ansåg att avtalet inte heller hade en sådan effekt samt att de endast begärde undantag i andra hand. Vid förhandlingen gjorde O2 dessutom gällande att de begränsningar i tiden som företaget och T-Mobile hade gått med på att införliva i avtalet på kommissionens begäran, utan vilka undantaget inte hade beviljats, beredde parterna praktiska problem vad avser iakttagandet av de fastställda fristerna.

45 Det är klarlagt att beslutet, vilket riktas till O2, med beaktande av lydelsen av sökandens anmälan enbart till viss del uppfyllde företagets önskemål och att sökanden har yrkat att beslutet delvis skall ogiltigförklaras i den del kommissionen, med hänvisning till att den inte kunde slå fast att avtalet inte begränsade konkurrensen, bedömde att bestämmelserna i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet var tillämpliga på det anmälda avtalet och valde att inte bevilja det icke-ingripandebesked som hade begärts i första hand. Det är också klarlagt att beslutet, vilket innehåller en tvingande tidsplan vad avser det beviljade undantaget, påverkar sökandens intressen eftersom det har bindande rättsverkningar.

46 Förevarande talan, vilken enbart går ut på att de ifrågasatta bestämmelserna skall ogiltigförklaras i den del de innebär att de berörda klausulerna omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet, kan följaktligen tas upp till sakprövning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkterna 36–40 och 44).

47 Denna slutsats vederläggs inte av kommissionens argument enligt vilket en eventuell ogiltigförklaring av de ifrågasatta bestämmelserna i beslutet skulle försätta O2 i en situation som präglas av rättsosäkerhet eftersom ett nytt beslut inte kan antas med avseende på anmälan. Detta beror på att detta förfarande, vilket föreskrivs i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 204), inte tagits med i förordning nr 1/2003, som numera är tillämplig.

48 Ställd inför en sådan ogiltigförklaring, och dess retroaktiva effekt, skulle kommissionen nämligen vara tvungen att anta ett nytt beslut om de villkor som anges i det anmälda avtal som berörs av ogiltigförklaringen och särskilt ta ställning till begäran om ett icke-ingripandebesked, genom att utgå från den tidpunkt då anmälan kom in och i enlighet med detta pröva denna med tillämpning av förordning nr 17 (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 12 november 1998 i mål C-415/96, Spanien mot kommissionen, REG 1998, s. I-6993, punkt 31). Det faktum att det anmälningförfarande som existerade tidigare avskaffades genom förordning nr 1/2003, vilken numera reglerar tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 EG och 82 EG, saknar således betydelse för verkställandet av en dom i vilken sökandens begäran om ogiltigförklaring beviljas.

49 En eventuell ogiltigförklaring av beslutet till viss del, vilken i enlighet med sökandens yrkanden grundar sig på den omständigheten att kommissionen agerade rättsstridigt vid tidpunkten för antagandet av beslutet genom att inte bevilja ett icke-ingripandebesked för samtliga anmälda klausuler, kan för övrigt inte vara till men för sökandens rättssäkerhet. En sådan ogiltigförklaring kan tvärtom stärka sökandens uppfattning i den mån som det av skälen i en sådan dom om ogiltigförklaring framgår att de omtvistade klausulerna i avtalet om nationell roaming inte omfattas av tillämpningsområdet för förbudet i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet.

2. *Prövning i sak*

Inledande synpunkter

50 Sökanden har i ansökan gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att avtalet begränsade konkurrensen eftersom det inte förelåg någon begränsning av konkurrensen, å ena sidan, och eftersom den påstådda begränsningen inte följde av ett avtal, å andra sidan. Sökanden har tillagt att ”kommissionen, i strid med motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG, inte motiverade sina slutsatser på dessa punkter i tillräcklig utsträckning”.

- 51 Syftet med sistnämnda anmärkning är, trots ordalydelsen, att ifrågasätta huruvida kommissionens undersökning var tillräckligt djupgående. Denna undersökning resulterade i att kommissionen konstaterade att avtalet hade en begränsande effekt på konkurrensen, men att ett undantag likväl kunde beviljas. Frågan gäller således huruvida beslutet är välgrundat, och inte motiveringen av den ifrågasatta rättsakten, vilken hänger samman med den formella lagenligheten. Såväl skriftväxligen som de muntliga diskussionerna handlade nämligen uteslutande om bedömningen av själva saken, och O2 har inte heller, vad avser åberopandet av artikel 253 EG, lämnat några preciseringar av vilka det framgår vilka punkter i beslutet som skulle vara bristfälligt motiverade.
- 52 Denna anmärkning skall därför hänföras till de båda grunder som O2 har åberopat till stöd för sin talan i sak, vilka rör den felaktiga rättstillämpning som kommissionen skulle ha gjort sig skyldig till med avseende på den nationella roaming som organiserades genom avtalet. Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen felaktigt konstaterade att avtalet medförde att konkurrensen begränsades i den mening som avses i artikel 81.1 EG och i artikel 53.1 i EES-avtalet. Kommissionen, vilken har medgett att avtalet inte hade ett konkurrensbegränsande syfte, undersökte bara konkurrenssituationen till viss del då den inte undersökte hur denna situation skulle ha sett ut utan avtalet. Detta strider mot fast rättspraxis. För det andra följde den påstådda begränsningen inte av ett avtal, i den mening som avses i dessa bestämmelser, utan av sökandens ensidiga handlande.

Den första grunden: Avsaknad av konkurrensbegränsning och en otillräcklig analys av konkurrenssituationen

Parternas argument

- 53 O2 har gjort gällande att kommissionen, trots att det medgetts att avtalet inte hade ett konkurrensbegränsande syfte, underlät att undersöka avtalets konkreta effekter på konkurrensen och, framför allt, att den inte undersökte hur konkurrensvillkoren

skulle ha sett ut utan detta avtal. Enligt rättspraxis skall emellertid en sådan helhetsbedömning i princip göras av samtliga avtal, såväl horisontella som vertikala. Detta anges för övrigt i kommissionens riktlinjer för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal (EGT C 3, 2001, s. 2). Kommissionens slutsatser grundar sig inte heller på en analys av de för den aktuella marknaden relevanta faktiska omständigheterna.

54 O2 har gjort gällande att kommissionens resonemang vilar på en felaktig princip. Enligt denna princip begränsar den nationella roamingen i sig konkurrensen eftersom avtalet gör att O2 kan köpa grossisttjänster från T-Mobile i stället för att tillhandahålla dem självt. Kommissionen har nöjt sig med att uppge att det faktum att O2 är beroende av T-Mobiles nät begränsar konkurrensen, utan att bevisa detta eller genomföra den ekonomiska analys som krävs enligt artikel 81.1 EG.

55 Kommissionen står således fast vid allmänna påståenden som till och med motsägs av konstaterandena i beslutet. Enligt dessa konstateranden begränsade avtalet långt ifrån konkurrensen, utan gynnade den faktiskt (skälen 122–142 i beslutet). Kommissionens slutsatser strider dessutom mot rättspraxis och mot institutionens förvaltningspraxis.

56 O2 har i detta hänseende gjort gällande att avtalet påverkar konkurrensen positivt — vilket medgetts i beslutet — såväl med avseende på täckningen av befolkningen, kvaliteten och överföringshastigheterna för de tillhandahållna tjänsterna som med avseende på priserna. Sökanden har gjort gällande att dess konkurrensmässiga ställning skulle ha försvagats utan avtalet och att företaget förmodligen inte hade kunnat grantera den täckning av befolkningen som krävs för 3G-tjänster inom de fastställda fristerna, vilket kommissionen medgav i beslutet.

- 57 Sökanden har vidare gjort gällande att avtalet är nödvändigt och oundgängligt för att företaget, inom de båda roamingområden som det görs åtskillnad mellan, skall kunna vara en konkurrenskraftig operatör och erbjuda täckning och tjänster av kvalitet på marknaden för mobila 3G-telekommunikationer. Avtalet stärker O2:s genomslagskraft på marknaden och därmed konkurrensen genom att göra det möjligt för företaget att komplettera sin kapacitet att täcka befolkningen.
- 58 Enligt O2 påverkar roamingen inte heller tjänsterna negativt med avseende på deras produktion, nyskapande, variation eller kvalitet. Kommissionen är av samma åsikt.
- 59 Vad avser prispåverkan har sökanden gjort gällande att det faktum att företagets grossistpriser i viss mån kommer att bero på de priser som tas ut av T-Mobile inte utgör en begränsning av konkurrensen eftersom alla företag som använder leverantörer för vissa varor eller tjänster befinner sig i denna situation. Den risk för samarbete eller samförstånd i fråga om priser som nämns i beslutet är av rent spekulativ natur och grundar sig inte på några bevis eller någon analys.
- 60 Kommissionen har gjort gällande att sökandens resonemang om undersökningen av konkurrenssituationen utan avtalet innebär att en skälighetsregel tillämpas på bestämmelserna i artikel 81.1 EG, vilket strider mot rättspraxis. Svaranden har anfört att den, med hänsyn till att det är frågan om ett avtal om horisontellt samarbete och i enlighet med riktlinjerna, till att börja med undersökte avtalets påverkan på konkurrensen i förhållande till artikel 81.1 EG genom att söka efter faktiska eller potentiella begränsningar av konkurrensen som skulle ha förelegat utan avtalet och därefter, i enlighet med artikel 81.3 EG, fastställde avtalets konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter.

- 61 Kommissionen har gjort gällande att roamingen, såsom den beskrivs i avtalet, påverkar konkurrensen mellan operatörer som använder näten, vilket särskilt påverkar konkurrensen på marknaderna för mobiltelefoni. Enligt kommissionen är det förevarande avtalet, vilket slutits mellan två konkurrenter, av sådan art att det påverkar deras agerande med avseende på de främsta konkurrensparametrarna.
- 62 Svaranden har gjort gällande att syftet med avtalet, med tanke på att såväl O2 som T-Mobile utan besvär skulle kunna inrätta egna nät och erbjuda 3G-tjänster, är att ge sökanden möjlighet att delvis minska, ja rent av begränsa, utbyggnaden av företagets nät och på detta sätt sänka sina konstnader för infrastruktur. Det beroendeförhållande mellan O2:s och T-Mobiles nät som följer av avtalet påverkar med nödvändighet konkurrensen i de områden där O2 har byggt ut sitt nät och planerna på framtida utbyggnad av nämnda nät. I detta hänseende undergräver roaming, till skillnad från andra typer av samarbete (till exempel gemensam användning av anläggningar eller radioaccessnät), helt konkurrensen på de nationella marknaderna för mobilkommunikationer.
- 63 Roaming begränsar på så sätt konkurrensen med avseende på täckningen eftersom O2 är beroende av T-Mobile i såväl storstadsområden som på landsbygden. Sökanden är också beroende av T-Mobile med avseende på kvaliteten och hastigheten av överföringen av data, även om ett visst utrymme för konkurrens fortfarande upprätthålls genom avtalet. Slutligen beror det pris som tas ut av O2 på det grossistpris som betalas till T-Mobile. I detta hänseende har kommissionen gjort gällande att sökanden, genom att uppskatta att denna belastning på företagets priser endast berör 10 procent av 3G-telekommunikationerna, underskattade vikten av tjänsterna för paketöverföring av data, vilka utgör det utmärkande kännetecknet för mobila 3G-telekommunikationer.
- 64 Kommissionen har gjort gällande att den grundade sin bedömning på uppgifter från avtalsparterna, bland annat, vad avser prissättningen för roamingen, uppgifter om

O2:s användning av T-Mobiles nät och O2:s konkurrenskraft. Enligt kommissionen är avtalet förenligt med dels institutionens allmänna ståndpunkt i fråga om roamingens konkurrensbegränsande verkan, en ståndpunkt som delas av flera nationella regleringsmyndigheter, dels den ståndpunkt som framhölls i ett tidigare beslut av intresse för den brittiska marknaden.

Förstainstansrättens bedömning

- ⁶⁵ Den väsentliga frågan i tvisten är huruvida kommissionen, när den undersökte det anmälda avtalet med beaktande av bestämmelserna i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet, hade rättsligt stöd för bedömningen att avtalet begränsade konkurrensen och huruvida institutionen utförde en sådan analys som krävs enligt dessa bestämmelser, såsom de har tolkats i rättspraxis. Enligt sökanden utgick kommissionen nämligen från principen att nationell roaming som sådan begränsar konkurrensen och undersökte inte hur situationen skulle ha sett ut utan ett avtal. Enligt svaranden innebär sökandens kritik emellertid att institutionen skall tillämpa en skälighetsregel på bestämmelserna i artikel 81.1 EG, vilket strider mot rättspraxis.
- ⁶⁶ Vid bedömningen av om ett avtal, med beaktande av förbudet i artikel 81.1 EG, är förenligt med den gemensamma marknaden skall hänsyn tas till det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i (domstolens dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, *Béguelin Import*, REG 1971, s. 949, punkt 13), avtalets syfte och effekter samt avtalets påverkan på handeln inom gemenskapen, särskilt med beaktande av det ekonomiska sammanhang i vilket företagen är verksamma, de produkter och tjänster som avses i avtalet samt strukturen av och de faktiska villkoren på den berörda marknaden (domstolens dom av den 12 december 1995 i mål C-399/93, *Oude Luttikhuis m.fl.*, REG 1995, s. I-4515, punkt 10).

- 67 Denna analysmetod är allmänt tillämplig och är inte förbehållen vissa kategorier av avtal (se, för olika typer av avtal, domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, *Société minière et technique*, REG 1966, s. 337, s. 359 och s. 360, och av den 15 december 1994 i mål C-250/92, *DLG*, REG 1994, s. I-5641, punkt 31, och förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-35/92, *John Deere mot kommissionen*, REG 1994, s. II-957, punkterna 51 och 52, svensk specialutgåva, volym 16, s. 129, och av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services m.fl. mot kommissionen*, REG 1998, s. II-3141, punkterna 136 och 137).
- 68 I ett fall som det förutvarande, i vilket det har medgetts att avtalet inte hade ett konkurrensbegränsande syfte, skall dessutom avtalets effekter undersökas, och för att avtalet skall omfattas av ett förbud krävs det även att sådana kriterier samtidigt skall föreligga som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Den konkurrens som skall beaktas är den som faktiskt skulle råda i ett visst område utan avtalet. Det skulle härvid särskilt kunna ifrågasättas huruvida konkurrensen hade försämrats om avtalet hade förefallit vara nödvändigt för att ett företag skulle kunna ta sig in på ett område där det tidigare inte var verksamt (domen idet ovannämnda målet *Société minière et technique*, s. 359 och s. 360).
- 69 En sådan analysmetod består inte i, särskilt vad avser beaktandet av den konkurrenssituation som skulle ha förelegat utan avtalet, att avtalets konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter fastställs och att en skälighetsregel på så sätt tillämpas. Gemenskapsdomstolarna har aldrig medgett att en sådan regel får tillämpas inom ramen för artikel 81.1 EG (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, *Montecatini mot kommissionen*, REG 1999, s. I-4539, punkt 133, samt förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkterna 72–77, och av den 23 oktober 2002 i mål T-65/98, *Van den Bergh Foods mot kommissionen*, REG 2002, s. II-4653, punkterna 106 och 107).
- 70 Sökandens argument att kommissionens analys är ofullständig eftersom kommissionen inte undersökte hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtalet innebär inte att det är nödvändigt att, vid bedömningen enligt artikel 81.1 EG, fastställa avtalets positiva och negativa effekter med avseende på konkurrensen. I motsats till hur svaranden har tolkat sökandens argument gäller företagets krav enbart den analysmetod som krävs enligt fast rättspraxis.

- 71 Den undersökning som krävs i artikel 81.1 EG innebär således i huvudsak att avtalets nuvarande och potentiella påverkan på konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, *Delimitis*, REG 1991, s. I-935, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65) samt konkurrenssituationen utan avtalet skall beaktas (domen i det ovannämnda målet *Société minière et technique*, s. 359 och s. 360), då dessa båda aspekter är mycket nära förknippade med varandra.
- 72 Det förefaller i synnerhet nödvändigt att undersöka hur konkurrensen skulle se ut utan avtal när det rör sig om marknader som håller på att avregleras eller tillväxtmarknader, såsom är fallet med den aktuella marknaden för mobila 3G-kommunikationer, på vilka en effektiv konkurrens kan vara svår att uppnå, till exempel med anledning av en dominerande operatör, en koncentrerad marknadsstruktur eller höga inträdeshinder — omständigheter som nämns i beslutet.
- 73 Förstainstansrätten skall således, för att beakta de två delar som förevarande grund i själva verket består av, först pröva huruvida kommissionen undersökte hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtalet och därefter huruvida det finns tillräckligt stöd för de slutsatser som institutionen drog av undersökningen av avtalets påverkan på konkurrensen.

Undersökningen av hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtal

- 74 Kommissionen kan inte kritiseras för att, i samband med analysen av avtalets effekter, inte ha jämfört den konkurrenssituation som följde av avtalet med den som skulle ha förelegat utan avtalet. Det är däremot klarlagt, vad avser den utförda jämförelsen, att varje undersökning av avtalets effekter bygger på uppfattningen att de två operatörerna O2 och T-Mobile med eller utan avtalet är verksamma och konkurrerar på den aktuella marknaden. Det antogs inte i något skede att O2 utan

avtalet inte skulle ha varit verksamt eller enbart varit delvis verksamt på marknaden för 3G-mobiltelefoni i Tyskland.

- 75 Det råder nämligen inget tvivel om att det av beslutet indirekt framgår att kommissionen bedömde att O2 under alla omständigheter var verksamt på marknaden. Detta följer till exempel av beräkningarna, utförda på grundval av uppgifter rörande marknaden för 2G-infrastrukturer, avseende marknaden för infrastrukturer vid 3G-anläggningar i skäl 97 i beslutet. Vidare framgår att kommissionen bedömde att konkurrensen inte skulle begränsas trots att det omtvistade avtalet, till följd av den föreskrivna nationella roamingen, skulle leda till just en sådan begränsning. Detta anges särskilt i skäl 107 i beslutet.
- 76 Vid förhandlingen bekräftade kommissionen att detta hade varit institutionens utgångspunkt i förevarande fall. Svaranden har i detta hänseende anfört att parterna inte hade lämnat några uppgifter av vilka den kunde utläsa att ingåendet av avtalet var en förutsättning för att O2 skulle kunna ta sig in på 3G-marknaden, eftersom företaget redan var verksamt på 2G-marknaden, sökanden hade uppgett att den hade för avsikt att ta sig in på 3G-marknaden och eftersom kommissionen dessutom hade konstaterat att de licensierade operatörerna på 2G-marknaden fortsatte att vara verksamma på marknaden.
- 77 Då kommissionen utgick från att O2 var verksamt på marknaden för mobila kommunikationer ansåg den inte att det var nödvändigt att fördjupa sig i frågan och undersöka huruvida O2, utan avtalet, skulle ha varit verksamt på 3G-marknaden. Förstainstansrätten konstaterar att beslutet inte innehåller någon analys eller några bevis av vilka det framgår att detta antagande är riktigt, vilket svaranden tillstod vid förhandlingen. I avsaknad av en sådan objektiv undersökning av hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtalet kunde kommissionen inte på goda grunder bedöma i vilken mån som avtalet var nödvändigt för att O2 skulle kunna ta sig in på marknaden för mobila 3G-kommunikationer. Institutionen åsidosatte därmed sin skyldighet att objektivt analysera avtalets påverkan på konkurrenssituationen.

78 Denna underlåtenhet kan inte anses sakna konsekvenser. Av de överväganden som kommissionen redogjorde för i beslutet inom ramen för analysen av avtalet med beaktande av villkoren i artikel 81.3 EG, rörande möjligheten att bevilja ett undantag, framgår nämligen att även kommissionen ansåg att det var osannolikt att O2 utan avtalet på egen hand från början skulle ha kunnat erbjuda bättre täckning, kvalitet och överföringshastigheter för sina 3G-tjänster, utveckla ett nät och snabbt lansera 3G-tjänster, ta sig in på de aktuella grossist- och detaljistmarknaderna och på så sätt vara en konkurrenskraftig operatör (skälen 122–124, 126 och 135). Det var på grundval av dessa omständigheter som kommissionen bedömde att ett undantag kunde beviljas för avtalet.

79 Dessa överväganden, vilka innebär att konkurrenssituationen, och i synnerhet O2:s ställning utan avtalet, var oklar visar att O2:s närvaro på marknaden för 3G-kommunikationer inte kunde tas för given, vilket kommissionen hade antagit. Nämda överväganden visar också att en undersökning hade varit nödvändig på denna punkt, inte bara med avseende på beviljandet av ett undantag, utan även dessförinnan med avseende på den ekonomiska analysen av avtalets effekter på konkurrenssituationen, vilken var avgörande för tillämpligheten av artikel 81 EG.

Avtalets påverkan på konkurrensen

80 Sökanden har kritiserat kommissionens principiella ståndpunkt, enligt vilken roaming i sig begränsar konkurrensen, och den omständigheten att institutionen på grundval av allmänna icke bevisade påståenden drog slutsatsen att avtalet inte var förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet.

- 81 Av beslutet framgår att kommissionen, avseende den nationella roamingens effekter på konkurrensen på grossistmarknaderna, uppgav att "nationell roaming mellan nätoperatörer ... per definition [begränsar] konkurrensen mellan dessa operatörer på alla anknutna nätmarknader för nyckelparametrar såsom täckning, kvalitet och överföringshastigheter" (skäl 107).
- 82 Kommissionen uppgav därefter att den nationella roamingen "begränsar konkurrensen om räckvidd och om täckningshastighet eftersom en roamingoperatör i stället för att bygga ut sitt eget nät för att uppnå en så stor geografisk och befolkningsmässig täckning som möjligt på kortast möjliga tid i stället förlitar sig på den täckningsnivå som uppnåtts av operatören av värdnätet". Kommissionen tillade att "nationell roaming [också] begränsar ... konkurrensen om nätkvalitet och överföringshastigheter, eftersom roamingoperatören är begränsad av den nätkvalitet och de överföringshastigheter som står tillgängliga på värdnätet, vilka beror på de tekniska och kommersiella val som värdnätets operatör har gjort" och att "de återförsäljarpriser som [O2] kommer att kunna ta ut från köparna i sitt eget återförsäljarnät och för tillträdestjänster [därför] kommer ... att begränsas av de återförsäljarpriser företaget måste betala till T-Mobile" (skäl 107).
- 83 Kommissionen preciserade att "med tanke på begränsningarna vad gäller O2 ... och T-Mobiles förmåga att konkurrera om täckning, kvalitet, överföringshastigheter och återförsäljarpriser påverkar nationell 3G-roaming mellan O2 ... och T-Mobile konkurrensen på alla 3G-nätmarknader i Tyskland" (skäl 109) och att "nationell roaming på återförsäljarnivå kommer att leda till att villkoren på slutanvändarnivå blir mer enhetliga, med tanke på att den grundläggande nättäckningen, kvaliteten och överföringshastigheten sannolikt är likartad" (skäl 111).
- 84 Kommissionen ansåg dessutom att kravet på att "den andra [avtals]parten skall ge sitt förhandsgodkännande av all eventuell försäljning av roamingkapacitet till

operatörer av virtuella mobilnät som skulle erbjuda taltelefonitjänster till slutanvändare” är ”en begränsning av ... typ[en] av kunder” och att det ”begränsar produktionen och därmed utgör en konkurrensbegränsning” (skälen 115 och 116).

- 85 Av dessa bedömningar framgår att ett sådant roamingavtal som ingåtts av parterna enligt kommissionen till sin natur begränsar konkurrensen eftersom den nationella roamingen placerar den operatör som använder denna roaming i en beroendeställning i förhållande till värdnätets operatör. Begränsningen visar sig i tre hänseenden: För det första vad avser täckningen av nätet eftersom roamingen bromsar utbyggnaden av det nät som tillhör operatören som använder avtalspartens nät, för det andra vad avser nätkvalitet och överföringshastigheter, eftersom roamingoperatören är begränsad av de tekniska och kommersiella val som värdnätets operatör har gjort, och för det tredje med avseende på priserna, eftersom de återförsäljarpriser som kommer att kunna tas ut från köparna av operatören som använder roamingen begränsas av de återförsäljarpriser som företaget måste betala till värdnätets operatör, vilket är fallet i förevarande mål.
- 86 Sådana allmänna överväganden, vilka skulle kunna göras gällande med avseende på alla nationella roamingavtal, bygger emellertid inte på några konkreta omständigheter som visar att de stämmer in på avtalet mellan O2 och T-Mobile.
- 87 Kommissionen har i och för sig redogjort för bakgrunden till avtalet i flera skäl i beslutet. Kommissionen beskriver det ekonomiska, juridiska och tekniska sammanhang i vilket avtalet ingicks (skälen 6–22) och redogör för avtalets systematik och olika villkor, rörande utökad gemensam användning av anläggningar, gemensam användning av RAN och nationell roaming (skälen 23–43). Kommissionen undersökte även de berörda marknaderna, nämligen grossist- och detaljistmarknaderna, varu- och tjänstemarknaderna samt de geografiska marknaderna (skälen 44–72). Vidare informerade kommissionen om marknadens struktur, särskilt genom att överväga vilka företag som utgjorde verkliga och potentiella konkurrenter på de olika marknaderna (skälen 73–77 och 96–99).

- 88 Dessa omständigheter, vilka lyftes fram i samband med presentationen av det verksamhetsområde inom vilket de berörda företagen är verksamma, belyser emellertid inte på något sätt bedömningen av avtalets påverkan.
- 89 På förfrågan vid förhandlingen om vilka konkreta och för avtalet specifika omständigheter i beslutet som, utöver den allmänna bedömningen av den nationella roamingens konkurrensbegränsande karaktär, låg till grund för denna bedömning i det enskilda fallet tog kommissionen, efter att ha betonat att den berörda marknaden på vilken fyra operatörer är verksamma var koncentrerad, upp två omständigheter som inte förekommer i alla roamingavtal. För det första utgör roamingen en substantiell del av avtalet. Roamingen skapar en situation i vilken O2 inte är tvunget att bygga ut ett nät på merparten av det tyska området och den har en mycket negativ påverkan på centrala stadsområden vilka ekonomiskt sett är de mest livskraftiga. För det andra medför mekanismen för fastställande av grossistpriser, vilken innehåller en fast del, att de priser som O2 tar ut kommer att bero på de priser som betalas till T-Mobile. Denna mekanism begränsar konkurrensen genom att minska O2:s manöverutrymme vid anpassningen av priserna på marknaden. Svaranden har dessutom uppgett att bedömningen i skäl 107 i beslutet tydligt följer av beslutet i dess helhet.
- 90 Förstainstansrätten skall därmed, med hänsyn till de två omständigheter som nämns av svaranden, undersöka huruvida det i det ifrågasatta beslutet visades att avtalet begränsar konkurrensen på det sätt som gjorts gällande.
- 91 För det första, vad avser roamingens betydelse i avtalet och avtalets påstådda begränsande effekter i centrala stadsområden, framgår det av beslutet, i synnerhet av skälen 107 och 108, att kommissionen, till stöd för uppfattningen att nationell roaming per definition och det aktuella avtalet begränsar konkurrensen, konstaterade att avtalets negativa påverkan var mer påtaglig i områden där konkurrens kunde utövas under ekonomiskt livskraftiga villkor, i synnerhet i centrala stadsområden, och att den därför bedömde att den nationella roamingen inte kunde rättfärdigas i dessa områden.

- 92 Det framgår emellertid av handlingarna i målet att parterna ändrade det ursprungliga avtalet i syfte att anpassa det till marknadsutvecklingen, i synnerhet vad avser den nationella roamingen. Avtalet av den 20 september 2001, vilket anmäldes den 6 februari 2002, ändrades vid tre tillfällen, närmare bestämt den 20 september 2002, den 22 januari 2003 och den 21 maj 2003. Det ändrade avtalet kom på så sätt att göra åtskillnad mellan tre typer av områden, nämligen stadsområden samt områden vilka ansågs vara av sekundär eller mindre ekonomisk betydelse. I det ändrade avtalet föreskrevs inledningsvis att roamingen skulle utövas i dessa områden under en kortare period. Av avtalets systematik, såsom den presenteras i beslutet, följer nämligen att roamingrättigheterna definieras efter befolkningstäckningsområde och att en tidsplan för avskaffande av dessa rättigheter har antagits.
- 93 Trots att beslutet antogs med hänsyn till det ändrade avtalet gjorde kommissionen emellertid inte, inom ramen för undersökningen av avtalet med beaktande av de här aktuella bestämmelserna i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet, någon konkret bedömning av dessa uppgifter rörande konkurrensen. Detta trots att den i avtalet föreskrivna nationella roamingen i tid och rum hade anpassats efter dessa uppgifter. Tillräckligt stöd för den allmänna bedömningen av roamingens konkurrensbegränsande verkan tycks särskilt saknas med avseende på nyckelparametern avtalets varaktighet, det vill säga med beaktande av tidsplanen för avskaffande av den roaming som föreskrivs för varje område.
- 94 Det är emellertid uppenbart att institutionen vid analysen av avtalets förenlighet med den gemensamma marknaden var skyldig att beakta dessa nya omständigheter, vilka följde av ändringarna i avtalet under det administrativa förfarandet, som särskilt rör roamingen i stadsområdena, och om nödvändigt ompröva vissa bedömningar.
- 95 Om kommissionen hade beaktat ändringarna i avtalet rörande roamingen i stadsområdena när den undersökte huruvida avtalet var förenligt med den gemensamma marknaden skulle den nämligen ha kunnat dra andra slutsaser än de som drogs i beslutet. Detta gäller särskilt för frågan huruvida dessa nya

omständigheter var nödvändiga för att O2 skulle kunna ta sig in på 3G-marknaden i stadsområdena.

- ⁹⁶ I beslutet beaktade kommissionen emellertid endast de konkreta villkoren för nationell roaming i det ändrade avtalet vid prövningen av om det var möjligt att bevilja ett undantag med stöd av bestämmelserna i artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet. Detta kan inte anses kompensera de konstaterade bristerna. Prövningen av om ett avtal är förenligt med den gemensamma marknaden och därefter, för det fall avtalet skulle anses vara oförenligt med denna marknad, prövningen av om det är möjligt att bevilja ett undantag för avtalet, utgör nämligen två separata led. Det andra ledet förutsätter särskilt att det inom ramen för det första ledet på ett korrekt sätt har visats att avtalet är oförenligt med den gemensamma marknaden.
- ⁹⁷ De förklaringar som kommissionen lämnade vid förhandlingen styrker att institutionen inte beaktade de aktuella ändringarna när den undersökte avtalet med hänsyn till bestämmelserna i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet. Svaranden har nämligen uppgett att den inte kan klandras för att den inte prövade huruvida den nationella roamingen i stadsområdena var nödvändig för att O2 skulle kunna ta sig in på marknaden, eftersom det ursprungligen anmälda avtalet inte föreskrev någon sådan roaming.
- ⁹⁸ I enlighet med detta konstaterar förstainstansrätten, på denna första punkt, att kommissionen genom att inte anpassa prövningen till de nya uppgifterna i handlingarna i målet rörande roamingen i stadsområden gjorde en felaktig bedömning vid prövningen av de omständigheter som sökanden hade förelagt den.
- ⁹⁹ För det andra, vad avser den andra konkurrensbegränsande faktorn, vilken enligt kommissionen är specifik för avtalet, nämligen den i punkt 89 ovan nämnda mekanismen för fastställande av priser, har det inte fastställts att den har en konkurrensbegränsande effekt, vilket påstås.

- 100 Vad avser påverkan på O2:s grossist- och detaljistpriser av de grossistpriser som företaget betalar T-Mobile är sökandens situation i detta avseende jämförbar med den situation som andra företag befinner sig i i förhållande till sina leverantörer. Såväl O2 som T-Mobile är med avseende på nästa led i handeln beroende av de priser som deras leverantörer av varor och tjänster tar ut och kan behöva vältra över dessa kostnader på sina kunder. Det påstådda beroendet i fråga om fakturering har inte heller styrkts. Uppgiften i beslutet att avtalsparterna tillämpar olika principer för fakturering talar till och med emot ett sådant beroende (skäl 140). Som svar på förstainstansrättens frågor, vilka nämns i punkt 36 ovan, rörande det av O2 tillämpade prissystemet, åberopade sökanden dessutom omständigheter av vilka det framgår att sökanden, med hjälp av olika namn på varor och tjänster, olika moduler av abonnemang och faktureringsätt vilka kombinerar olika variabler, bemödar sig om att skilja sig från T-Mobile.
- 101 Vad avser förekomsten av den fasta avgift som O2 betalar T-Mobile konstaterar förstainstansrätten att beslutet inte innehåller någon prövning av skyldigheten att erlägga denna fasta avgift. Vid förhandlingen medgav svaranden dessutom att denna punkt inte diskuterades under det administrativa förfarandet.
- 102 Av det ovan anförda följer att den allmänna bedömningen i skäl 107 i beslutet, enligt vilken den nationella roamingen begränsat konkurrensen eftersom den innebär att den operatör som använder sig av roamingen kan minska utbyggnaden av sitt nät och placerar nämnda operatör i en teknisk och ekonomisk beroendeställning i förhållande till värdnätets operatör, inte grundas på konkreta omständigheter vilka är specifika för avtalet och vilka nämns i beslutet. Av beslutet framgår för övrigt att ändringarna av avtalet rörande roamingen i stadsområden inte beaktades.
- 103 Det förefaller för övrigt inte längre som om denna allmänna bedömning grundades på de gemenskapsrättsliga bestämmelserna för telekommunikationssektorn. Såsom följer av svarandens svar på förstainstansrättens frågor, vilka nämns i punkt 36 ovan,

innehåller inget direktiv om telekommunikationssektorn bestämmelser om nationella roamingavtal och deras förenlighet med gemenskapens konkurrensregler trots att sådana avtal måste anses vara underkastade konkurrensrätten, i synnerhet bestämmelserna i artikel 81.1 EG.

104 Såsom sökanden har gjort gällande har kommissionens allmänna bedömning av nationell roaming inte heller styrkts i förhållande till de faktiska omständigheterna med relevans för marknaden, såsom dessa beskrivs i själva beslutet.

105 Enligt beslutet, i vilket de då tillgängliga uppgifterna om marknadssituationen för mobila 2G-telekommunikationer extrapolerades, innehade T-Mobile, vilket ursprungligen var knutet till den historiska operatören Deutsche Telekom, nämligen sannolikt en marknadsandel på 100 procent på marknaden för nationell roaming för återförsäljning avseende de 3G-kommunikationstjänster som är aktuella i förevarande fall. I beslutet preciserades dessutom att möjligheterna till marknadsinträde på nätoperatörsnivå är begränsade till följd av det begränsade antalet tillgängliga licenser, kostnaderna för dessa och de omfattande investeringar som krävs för 3G-nätinfrastruktur (skälen 74 och 75).

106 Vad avser detaljistmarknaden för 3G-tjänster anges det i beslutet att sex operatörer har beviljats licenser, nämligen, förutom T-Mobile och O2, D2 Vodafone, E-Plus, Mobil-com och Group 3G. Vidare anges att O2 var det sista företag som tog sig in på marknaden och att det fanns fyra huvudsakliga konkurrenter på detaljistmarknaderna. I beslutet preciseras att dessa företags respektive marknadsandelar på marknaden för 2G-kommunikationer, vilka var de enda uppgifterna som var tillgängliga vid tidpunkten för beslutets antagande, med beaktande av leverantörernas kunder var 41,7 procent för T-Mobile, 38,3 procent för D2 Vodafone, 12,2 procent för E-Plus och 7,8 procent för O2 Germany (skälen 76 och 77).

- 107 Av denna redogörelse framgår att T-Mobile är en ledande aktör på den tyska marknaden för mobila telekommunikationer, oberoende av om det rör sig om grossist- eller detaljistmarknader, och att O2, vilken var den sista som tog sig in på den tyska marknaden, var den minst konkurrenskraftiga operatören. Även om O2 inte saknar nätinфраstruktur, såsom anges i beslutet (skäl 97), innebär företagets blygsammare marknadsandel och det faktum att det var det sista företag som tog sig in på marknaden att det objektivt sett befinner sig i en mindre fördelaktig position.
- 108 Det beroende som kommissionen har kritiserat är sålunda resultatet av en faktisk brist på jämlikhet vilken avtalet syftar till att avlägsna genom att ge O2 en mer gynnsam konkurrensställning då företagets verkliga ställning är sådan att den förefaller vara den minst konkurrenskraftiga i förhållande till andra operatörer, närmare bestämt företagets verkliga eller potentiella konkurrenter, vilka nämns i beslutet. O2:s beroende av T-Mobiles nät uppfattades dessutom som tillfälligt då tanken är att beroendet skall avta under avtalets giltighetstid enligt den tidsplan för avskaffande av tillträdesrättigheter för roaming som föreskrivs i de ändrade bestämmelserna i det anmälda avtalet, bestämmelser som kommissionen undersökte inom ramen för det administrativa förfarandet. Kommissionen visade härvid inte i beslutet, vilket inte tar upp några konkreta omständigheter, såsom förstainstansrätten redan har påpekat, att avtalet hade en konkurrensbegränsande påverkan på utbyggnaden av O2:s nät. Kommissionen har *a fortiori* inte bevisat att avtalet, såsom den gjort gällande i sina skrivelser, syftar till att minska, ja rent av begränsa, utbyggnaden av sökandens nät. De skrivelser som svaranden har inkommit med under förfarandet, i synnerhet skrivelserna av den 4 mars och den 9 april 2003, visar tvärtom att syftet med avtalet var att ge sökanden möjlighet att på ett lönsamt sätt bygga ut företagets 3G-nät i enlighet med de krav som följer av företagets licens med beaktande av tidsplanen och täckningen.
- 109 Det går således inte i förevarande fall att utesluta att ett roamingavtal av det slag som avtalet mellan T-Mobile och O2, i stället för att begränsa konkurrensen mellan nätoperatörer, faktiskt under vissa omständigheter kan ge den minsta operatören möjlighet att konkurrera med ledande operatörer som T-Mobile, men även D2-Vodafone, på detaljistmarknaden, och till och med med dominerande operatörer, som T-Mobile, på grossistmarknaden.

- 110 Detta speciella sammanhang, vilket följer av den aktuella tillväxtmarknadens specifika särdrag, beaktades emellertid inte vid bedömningen av om avtalet var förenligt med den gemensamma marknaden med hänsyn till artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet.
- 111 Kommissionen tog däremot hänsyn till detta speciella sammanhang då den beviljade ett undantag, med tillämpning av bestämmelserna i artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet, eftersom den bedömde att avtalet var nödvändigt och att O2 inte skulle ha kunnat ta sig in på marknaden på ett effektivt sätt utan avtalet.
- 112 Av beslutet framgår sålunda att O2, tack vare avtalet, kommer att befinna sig i en mer gynnsam konkurrensställning inom det område som omfattas av skyldigheten att tillhandahålla en täckning på 50 procent av befolkningen senast den 31 december 2005 (skäl 123) och att det är föga sannolikt att företaget, utanför detta område, skulle ha kunnat uppfylla de skyldigheter som följer av licensen (skäl 126). I beslutet angavs också att det inte är troligt att O2, "som den minsta operatören på den tyska mobilmarknaden, med en liten andel av 2G-marknaden (cirka 8 %), ... kommer att vara i stånd att snabbt bygga ut ett nät av hög kvalitet som täcker ett tillräckligt stort område för att det från starten skall kunna konkurrera effektivt med andra licensierade operatörer av 3G-nät och -tjänster i Tyskland" (skäl 124).
- 113 I en mer allmän och konklusiv bedömning tillade kommissionen att O2:s "roam[ing] på T-Mobiles 3G-nät också i de större stadsområdena under en begränsad tid anses ... proportionerligt och nödvändigt, vilket inte nödvändigtvis skulle gälla för operatörer med mer etablerade marknadspositioner" (skäl 133). Avslutningsvis anförde kommissionen att "utan tillträde till nationell roaming för 3G-tjänster på T-Mobiles nät skulle O2 ... inte vara en lika effektiv konkurrent under utbyggnadsfasen och skulle troligtvis inte kunna gå in på grossist- och detaljistmarknaderna för 3G som en landsomfattande konkurrent (eller under alla omständigheter som en konkurrent som kan erbjuda den bredaste geografiska täckning som sannolikt kommer finnas tillgänglig vid den tidpunkten)" (skäl 135).

- 114 Av kommissionens undersökning med tillämpning av artikel 81.3 EG och artikel 53.3 i EES-avtalet framgår således att O2:s konkurrenssituation på 3G-marknaden, med beaktande av den aktuella tillväxtmarknadens specifika särdrag, sannolikt inte skulle ha säkrats utan avtalet. Det är till och med troligt att den skulle ha äventyrats. Dessa bedömningar visar att det inte har bevisats att kommissionens antaganden i samband med den undersökning som utfördes med tillämpning av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet var korrekta.
- 115 Det argument som åberopades av svaranden vid förhandlingen, enligt vilket det är stor skillnad på att inte kunna ta sig in på en marknad och på att ta sig in på marknaden med svårigheter, vederlägger i vilket fall som helst inte de föregående övervägandena eftersom kommissionen inte gjorde en objektiv bedömning av hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtalet vid tillämpningen av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet.
- 116 Av det ovan anförda följer att beslutet, i den del som avser tillämpningen av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet, är bristfälligt med avseende på analysen dels eftersom ett objektivt resonemang rörande konkurrenssituationen utan avtalet saknas, vilket förvränger bedömningen av avtalets faktiska och potentiella påverkan på konkurrensen, dels eftersom det inte *in concreto* har bevisats att avtalsbestämmelserna om roaming, med avseende på den aktuella tillväxtmarknaden, har konkurrensbegränsande effekter. Beslutet innehåller i detta hänseende nämligen endast principiella felslut och allmänna påståenden.
- 117 Av denna anledning bifaller förstainstansrätten sökandens yrkanden om att artiklarna 2 och 3 a i kommissionens beslut delvis skall ogiltigförklaras, utan att det är nödvändigt att pröva den andra grunden i ansökan.

Rättegångskostnader

- ¹¹⁸ Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) **Artiklarna 2 och 3 a i kommissionens beslut 2004/207/EG av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland och O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) ogiltigförklaras i den del de innebär att de klausuler som avses i dessa artiklar omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet.**
- 2) **Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 2 maj 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitiesekreterare

Ordförande