

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

2 mei 2006\*

In zaak T-328/03,

**O2 (Germany) GmbH & Co. OHG**, gevestigd te München (Duitsland),  
vertegenwoordigd door N. Green, QC, en K. Bacon, barrister, en door B. Amory  
en F. Marchini Camia, advocaten,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, aanvankelijk vertegenwoordigd  
door R. Wainwright, S. Rating en P. Oliver, vervolgens door É. Gippini Fournier,  
P. Hellström en K. Mojzesowicz als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te  
Luxemburg,

verweerster,

\* Procestaal: Engels.

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 2 en 3, sub a, van beschikking 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (PB L 75, blz. 32),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, P. Mengozzi en I. Wiszniewska-Białecka, rechters,  
griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 december 2005,

het navolgende

### **Arrest**

#### **Feitelijke achtergrond van het geschil**

- <sup>1</sup> O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (hierna: „O2”) is een volle dochteronderneming van mmO2 plc, het vroegere BT Cellnet Ltd, dat voordien onder de zeggenschap stond van British Telecommunications plc. Zij exploiteert digitale mobiele telecommunicatienetwerken en -diensten in Duitsland, waar zij als laatste van vier

exploitanten de markt betrad op basis van een in 1997 toegekende GSM 1800-licentie (Global System for Mobile Communications). O2 verkreeg in augustus 2000 bovendien een UMTS-licentie (Universal Mobile Telecommunications System).

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (hierna: „T-Mobile”), een volle dochteronderneming van T-Mobile International AG, zelf een 100 % dochteronderneming van de gevestigde exploitant Deutsche Telekom AG, is een Duitse exploitant van digitale mobiele telecommunicatienetwerken en -diensten. T-Mobile maakt gebruik van de normen voor GSM-systemen, en biedt in Duitsland GSM-diensten aan op basis van een GSM 900-licentie. In augustus 2000 verkreeg zij een UMTS-licentie.
  
- 3 De Duitse nationale regeling en de aan O2 en T-Mobile toegekende licenties stellen eisen aan de feitelijke dekkingsgraad van de bevolking die bij de uitrol van het netwerk binnen een bepaalde termijn moet worden gehaald. Tegen eind 2005 moest de dekkingsgraad 50 % van de bevolking bedragen.
  
- 4 Op 6 februari 2002 hebben O2 en T-Mobile bij de Commissie een kaderovereenkomst van 20 september 2001 betreffende het medegebruik van infrastructuur en nationale roaming voor mobiele GSM-telecommunicatie van de derde generatie (hierna: „3G”) op de Duitse markt aangemeld, welke overeenkomst bij aanvullende overeenkomsten van 20 september 2002, 22 januari en 21 mei 2003 is gewijzigd. T-Mobile en O2 verzochten om een negatieve verklaring op grond van artikel 81, lid 1, EG of artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) of, subsidiair, om een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst.
  
- 5 De Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Duitse post- en telecommunicatieautoriteit) besloot op 7 december 2001 dat de overeenkomst in overeenstemming was met de nationale regeling.

- 6 Op 16 juli 2003 heeft de Commissie beschikking 2004/207/EG vastgesteld inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (PB L 75, blz. 32; hierna: „beschikking”). Daarin komt zij tot de conclusie dat er geen redenen zijn om uit hoofde van artikel 81, lid 1, EG of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst op te treden ten aanzien van de bepalingen van de overeenkomst betreffende site-sharing (artikel 1), en verklaart zij voorts dat de bepalingen van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst tijdens de door haar bepaalde periodes geen toepassing vinden op de bepalingen van de overeenkomst betreffende roaming (artikelen 2 en 3).
  
- 7 Na een uiteenzetting over de feitelijke en juridische context van de recente ontwikkeling van mobiele communicatie in de Europese Unie, die door een opeenvolging van nieuwe technologieën wordt gekenmerkt, vermeldt de beschikking dat de overeenkomst met name een verruiming van de geografische dekking en een snellere uitrol van het 3G-netwerk en de 3G-diensten tot doel heeft, en voorziet in een samenwerking tussen de partijen om locaties en *radio access networks* (RAN) te delen en om van elkaars nationale netwerk gebruik te maken (nationale roaming) (punt 24). In de beschikking heet het verder dat de overeenkomst preciseert dat zij tot en met 31 december 2011 loopt en in beginsel met twee jaar zal worden verlengd (punt 43).
  
- 8 In de beschikking is uiteengezet dat het delen van een 3G-netwerk op een aantal niveaus plaatsvindt, te weten, in toenemende mate van medegebruik: het delen van locaties, basisstations (B-nodes) en antennes, RF-netwerkbesturing (RNC: Radio Network Controllers), core-netwerken, en frequenties (punten 12 en 15).
  
- 9 Zij preciseert dat het RAN mast- of antenneopstelpunten, facilitaire containers en stroomvoorziening omvat, alsmede antennes, combiners en transmissieverbindingen, B-nodes, en RF-netwerkbesturingen (punt 13).

- 10 De beschikking vermeldt dat nationale roaming het de betrokken exploitanten mogelijk maakt, zonder netwerkonderdelen te delen, elkaars netwerk te gebruiken om diensten aan hun eigen klanten te verlenen (punt 16).
- 11 Zij preciseert dat de overeengekomen nationale roaming enerzijds de roaming omvat van O2 op het netwerk van T-Mobile binnen het gebied waarvoor een verplichte dekking van 50 % van de bevolking geldt, en anderzijds de wederzijdse roaming buiten dat gebied (punten 4.3.1 en 4.3.2).
- 12 Wat de relevante productmarkt betreft, stelt de Commissie dat de overeenkomst, in de hier betrokken telecommunicatiesector, in hoofdzaak betrekking heeft op de volgende markten voor netwerktoegang en diensten: 1) de markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur, en 2) de markt voor wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten. Zij voegt hieraan toe dat twee andere markten, namelijk de markten voor wholesaletoegang tot 3G-diensten en de downstream-retailmarkten voor 3G-diensten indirect worden beïnvloed (punt 46).
- 13 Volgens de Commissie is de dimensie van de betrokken geografische markten nationaal en omvatten zij het volledige Duitse grondgebied (punten 60, 64 en 72).
- 14 Wat de marktstructuur betreft, onderzoekt de Commissie met name de wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten en de 3G-retaildiensten.

- 15 De Commissie stelt dat T-Mobile de volledige Duitse markt voor wholesaletoeegang tot nationale roaming voor mobiele telecommunicatie van de tweede generatie (hierna: „2G”) in handen heeft, en dat, wat nationale roaming voor 3G betreft, de voornaamste feitelijke of potentiële concurrenten op de markten voor wholesaletoeegang en -diensten de twee andere licentiehouders zijn, die voornemens zijn in Duitsland 3G-netwerken uit te rollen en 3G-diensten aan te bieden, te weten D2 Vodafone en E-Plus.
- 16 Wat de retailmarkten voor 3G-diensten betreft, stelt de Commissie dat de belangrijkste concurrenten D2 Vodafone en E-Plus zijn, alsmede potentiële dienstverleners zoals Mobilcom en Debitel, zich daarbij op de beschikbare gegevens betreffende de 2G-retaildiensten baserend, waarvoor de marktaandelen in 2002 werden geraamd op 41,7 % voor T-Mobile, 38,3 % voor D2 Vodafone, 12,2 % voor E-Plus, en 7,8 % voor O2 (punten 74-77).
- 17 Volgens de beschikking is de aangemelde overeenkomst een horizontale samenwerkingsovereenkomst tussen twee concurrenten met bepaalde verticale aspecten. De overeenkomst strekt er niet toe de mededinging te beperken, maar zou een dergelijk effect kunnen hebben aangezien de partijen bij de overeenkomst op de betrokken markten concurrenten zijn (punt 92).
- 18 De Commissie stelt dat site-sharing en de daarmee gepaard gaande informatie-uitwisseling de mededinging niet zullen beperken (punten 95-103 en artikel 1). Aangezien RAN-sharing niet werd overwogen ten tijde van de vaststelling van de beschikking, is deze niet onderzocht (punt 104).
- 19 Wat de nationale roaming betreft tussen exploitanten met een licentie op basis waarvan zij hun eigen digitale mobiele netwerken kunnen uitrollen en exploiteren, is de Commissie daarentegen van mening dat deze per definitie de concurrentie tussen deze exploitanten, op de cruciale punten ervan, beperkt (punt 107).

- 20 Om te beginnen stelt de Commissie dat roaming gevolgen heeft voor de wholesalemarkten. Zij zet uiteen dat de mededinging enerzijds wordt beperkt op het punt van de omvang en snelheid van dekking, daar de exploitant die van roaming gebruik maakt volgens de Commissie zijn eigen netwerk onvoldoende uitrolt, en anderzijds op het punt van de netwerkqualiteit en de transmissiesnelheden, aangezien de exploitant bij roaming afhankelijk is van de technische en commerciële keuzes die de exploitant van het hostnetwerk maakt. Bovendien hangen de wholesaletarieven die de exploitant bij roaming aan de kopers van zijn diensten aanreken af van de aan de exploitant van het hostnetwerk betaalde wholesaleprijzen. De belemmerende werking zal groter zijn in gebieden waarin de aanleg van parallelle netwerken door concurrenten — met name in de dichtstbevolkte stedelijke gebieden — klaarblijkelijk economisch haalbaar is. Volgens de Commissie wordt de mededinging aanzienlijk beperkt omdat sprake is van opkomende markten met belangrijke drempels voor toetreding ingevolge vergunnings- en investeringseisen (punten 107-110).
- 21 De Commissie is voorts van mening dat roaming beperkende gevolgen heeft op de retailmarkten, omdat zij daar zal leiden tot een grotere uniformiteit van de voor de betrokken diensten geldende voorwaarden. Bovendien zou het tussen partijen overeengekomen tarief wel eens op zich kunnen leiden tot coördinatie van de retailtarieven (punten 111 en 112).
- 22 De Commissie stelt eveneens dat de procedure voor de wederverkoop van roaming toegangsrechten aan „MVNO's” (Mobile Virtual Network Operators, exploitanten van virtuele mobiele netwerken), waarvoor de voorafgaande goedkeuring door de andere partij is vereist, door te bepalen welk type klanten in aanmerking komt, de output beperkt en de mededinging belemmert (punten 115 en 116).
- 23 Daarentegen is zij betreffende de andere bepalingen van de overeenkomst die met roaming verband houden van mening, dat de op O2 rustende verplichtingen tot minimumafname van T-Mobile geen verdere beperking van de mededinging inhouden (punten 113 en 114), en dat de beperking van de wederverkoop van

roaming toegangsrechten tot andere netwerkexploitanten met een licentie, en de met roaming gepaard gaande informatie-uitwisseling geen beperkingen van de mededinging vormen (punten 117, 118 en 119).

- 24 De Commissie stelt bovendien dat de overeenkomst de handel tussen de lidstaten van de EER beïnvloedt (punt 120).
- 25 Vervolgens onderzoekt de Commissie of de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst voor de toekenning van een vrijstelling.
- 26 De Commissie stelt in de eerste plaats dat de overeenkomst bijdraagt tot de productie en de verspreiding van de betrokken diensten, en de technische en economische vooruitgang bevordert.
- 27 Wat de roaming in het gebied met een dekkinggraad van 50 % van de bevolking betreft, vermeldt de beschikking dat O2 van meet af aan voor haar diensten een betere dekking, kwaliteit en transmissiesnelheden zal kunnen aanbieden dan zij in de uitrolfase, in concurrentie met andere exploitanten van 3G wholesale- en retailediensten, op eigen kracht had gekund (punten 123 en 124).
- 28 Wat de roaming buiten het gebied met een dekkinggraad van 50 % van de bevolking betreft, vermeldt de beschikking dat O2 een concurrent zal kunnen worden die nationale dekking op de 3G-retailmarkten biedt, terwijl zij zonder de overeenkomst waarschijnlijk niet in staat was geweest aan de in de licentie voor het betrokken gebied vastgestelde dekkingverplichting te voldoen (punt 126). De wederverkoop van roaming toegangsrechten aan MVNO's versterkt de mededinging op de markten voor 3G nationale roaming en voor wholesale-airtime, en op de



retailmarkten (punt 127). Bovendien kunnen de partijen, in het bijzonder T-Mobile, dankzij de overeenkomst intensiever en dus efficiënter gebruik maken van hun netwerk, inzonderheid in minder dichtbevolkte gebieden (punt 128).

- 29 De Commissie stelt in de tweede plaats dat de positieve gevolgen van de 3G nationale roaming op de concurrentiepositie van O2 de mededinging op de markten voor digitale mobiele communicatienetwerken en -diensten zal versterken, dat de concurrenten zullen worden aangezet om nieuwe diensten op de markt te introduceren en sterker onder druk zullen komen te staan om hun prijzen te verlagen. Bovendien merkt zij op dat de kostenbesparingen als gevolg van de toegenomen concurrentie op de retailmarkt waarschijnlijk aan de gebruikers zullen worden doorgegeven (punten 129 en 130).
- 30 De Commissie is in de derde plaats van mening dat, gelet op de minder sterke marktpositie van O2, de bepalingen van de overeenkomst onmisbaar en evenredig zijn om de vastgestelde voordelen te verzekeren (punten 131-133). Volgens de Commissie is de beperking van de wederverkoop van roaming toegangsrechten tot MVNO's die spraakdiensten aanbieden enerzijds noodzakelijk om van de overeenkomst gunstige gevolgen te doen uitgaan, en anderzijds evenredig, want zij is tot spraakdiensten beperkt (punten 134-136).
- 31 De Commissie stelt in de vierde plaats dat de overeenkomst de concurrentie versterkt tussen de vier exploitanten met een licentie voor 3G-netwerken en -diensten die voornemens zijn een 3G-netwerk in Duitsland uit te rollen, alsmede tussen de service providers en MVNO's (met uitzondering van spraakdiensten). Voorts laat zij ruimte voor een daadwerkelijke mededinging tussen de partijen bij de overeenkomst, aangezien de exploitant van het homenetwerk de controle over zijn eigen core-netwerk behoudt, waardoor hij gedifferentieerde diensten kan aanbieden (punten 137 en 138). Bovendien blijft de exploitant van het homenetwerk verantwoordelijk voor prijsstelling en facturering, en hanteren de partijen verschillende factureringsregels (punt 140). Tot slot merkt de Commissie op dat het gedeeltelijke verdwijnen van de concurrentie door de MVNO's in ruime mate wordt gecompenseerd door de over het geheel genomen concurrentiebevorderende effecten van de overeenkomst (punt 142).

- 32 Na te hebben opgemerkt dat de verwachte gevolgen van de beperkingen niet voor een periode van meer dan vijf jaar kunnen worden beoordeeld (punt 144), besluit de Commissie:
- om geen procedure op grond van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst in te leiden ten aanzien van de bepalingen van de overeenkomst die verband houden met site-sharing, de uitwisseling van informatie die nodig is om site-sharing mogelijk te maken, en de beperking van de wederverkoop van nationale roaming [toegangsrechten] tot andere netwerkexploitanten met een licentie (artikel 1);
  
  - overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst een vrijstelling toe te kennen voor de bepalingen van de overeenkomst betreffende de levering van 3G nationale roaming door T-Mobile aan O2 binnen het gebied waarvoor de wettelijke verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, voor de volgende periodes:
    - van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2005 voor de steden van een regio met voornamelijk stedelijke gebieden (regio 1), met uitzondering van de ondergrondse gebieden;
  
    - van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2007 voor de gebieden van een regio met kleinere stedelijke gebieden van secundair commercieel belang (regio 2), met uitzondering van de ondergrondse gebieden;
  
    - van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2008 voor de gebieden van een regio met kleinere commercieel minder belangrijke stedelijke gebieden (regio 3), en in alle ondergrondse gebieden van de steden en gebieden van de regio's 1, 2 en 3 (artikel 2).

- 33 De Commissie verleent eveneens vrijstelling, voor de periode van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2008, wat betreft de levering van 3G nationale roaming tussen T-Mobile en O2 buiten het gebied waarvoor de verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, zoals in de overeenkomst is bepaald (artikel 3, sub a, van de beschikking), alsmede wat betreft de in de overeenkomst vastgestelde beperking van de wederverkoop van 3G nationale roaming toegangsrechten aan bepaalde MVNO's (artikel 3, sub b, van de beschikking).

### **Procedure en conclusies van partijen**

- 34 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 september 2003, heeft O2 het onderhavige beroep ingesteld.
- 35 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan met de voorafgaande uitvoering van een maatregel tot organisatie van de procesgang.
- 36 Bij op 26 oktober 2005 betekende maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht enerzijds de Commissie verzocht aan de hand van regelgeving, rechtspraak, economische analyse en haar eigen beschikkingspraktijk, de rechtvaardigingsgronden voor de beoordeling in punt 107 van de beschikking, dat „nationale roaming [...] de concurrentie per definitie [beperkt]”, te preciseren, en anderzijds heeft het Gerecht O2 verzocht om toe te lichten welke gevolgen de snellere uitrol van haar netwerk zou hebben voor de in de overeenkomst opgenomen verplichtingen tot aankoop van roaming toegangsrechten, en om gegevens te verstrekken over de bijzondere kenmerken van haar prijssysteem.
- 37 Bij aangetekende brieven van 24 november 2005 hebben verzoekster en de Commissie deze verzoeken beantwoord.

38 Partijen hebben ter terechtzitting van 7 december 2005 pleidooi gevoerd en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

39 O2 concludeert dat het het Gerecht behage:

- nietig te verklaren de artikelen 2 en 3, sub a, van beschikking 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenverdrag);
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

40 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

## **In rechte**

### *1. De ontvankelijkheid en de strekking van de vordering tot nietigverklaring*

#### *Argumenten van partijen*

41 De Commissie zet uiteen dat in de beschikking een onderscheid wordt gemaakt tussen de horizontale en de verticale aspecten van de overeenkomst, en dat

verzoekster daaraan voorbij gaat en de rechtspraak en haar contractuele verhouding met T-Mobile onjuist uitlegt. Zij vraagt zich in dat verband af welk procesbelang O2 heeft, aangezien zij om nietigverklaring van de artikelen 2 en 3, sub a, van de beschikking verzoekt, die verband houden met de horizontale aspecten van de overeenkomst, maar niet om nietigverklaring van artikel 3, sub b, waarin het over de verticale aspecten ervan gaat. Volgens de Commissie erkent verzoekster dus dat het verbod van artikel 81, lid 1, EG op dit gedeelte van de overeenkomst van toepassing was, zodat daarvoor een vrijstelling was vereist.

42 Ter terechtzitting heeft de Commissie voorts twijfels geuit over verzoeksters procesbelang, op grond dat de beschikking, waarbij aan O2 een vrijstelling wordt toegekend, die voor de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties verbindend is, O2 rechtszekerheid verschaft, die in geval van nietigverklaring verloren zou gaan, aangezien de Commissie geen nieuwe beschikking zou kunnen vaststellen, nu verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003 L 1, blz. 1), een einde heeft gemaakt aan de regeling van voorafgaande aanmelding van overeenkomsten met het oog op vrijstelling.

43 O2 betoogt dat de Commissie geen met redenen omkleed bezwaar aanvoert, in het bijzonder wat de ontvankelijkheid van haar beroep betreft, en dat de betwiste delen van de beschikking bindende rechtsgevolgen sorteren, zodat daartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

#### *Beoordeling door het Gerecht*

44 Blijkens de beschikking hebben O2 en T-Mobile op 6 februari 2002 bij de Commissie een overeenkomst aangemeld, die uit twee hoofdonderdelen bestond, namelijk het delen van locaties en nationale roaming, en tot 2011 moest lopen, met een automatische verlenging voor 2 jaar, teneinde een negatieve verklaring of, subsidiair, een vrijstelling te verkrijgen, en heeft de Commissie voor het eerste onderdeel een negatieve verklaring afgegeven en voor het tweede onderdeel een vrijstelling tot 2008 verleend. Uit de aanmelding blijkt voorts dat de partijen bij de

overeenkomst van mening waren dat deze noch tot doel noch als gevolg had de mededinging te beperken en dat zij enkel subsidiair om een vrijstelling verzochten. Bovendien heeft O2 ter terechtzitting gesteld dat T-Mobile en zijzelf praktische moeilijkheden ondervonden om de tijdsbeperkingen, die zij op verzoek van de Commissie in de overeenkomst hadden opgenomen en bij gebreke waarvan de vrijstelling hun niet zou zijn verleend, in acht te nemen.

- 45 Enerzijds moet worden opgemerkt dat de tot O2 gerichte beschikking, gelet op de bewoordingen van de aanmelding, haar verzoek slechts gedeeltelijk inwilligt, en anderzijds dat verzoekster om gedeeltelijke nietigverklaring van die beschikking verzoekt, voorzover de Commissie niet heeft vastgesteld dat artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst niet van toepassing waren op de aangemelde overeenkomst, op grond dat de overeenkomst de mededinging niet beperkt, en zij de negatieve verklaring waarom primair werd verzocht, niet heeft afgegeven. Voorts zij opgemerkt dat de beschikking, waarbij de toegekende vrijstelling wordt onderworpen aan dwingende termijnen, bindende rechtsgevolgen in het leven roept welke verzoeksters belangen kunnen aantasten.
- 46 Het onderhavige beroep, waarmee de nietigverklaring van de bestreden bepalingen enkel wordt gevorderd voorzover deze inhouden dat de betrokken bedingen binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst vallen, is derhalve ontvankelijk (zie in die zin arrest Gerecht van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punten 36-40 en 44).
- 47 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van de Commissie, dat O2 in een situatie van rechtsonzekerheid terecht zou komen indien het Gerecht de betwiste bepalingen van de beschikking nietig zou verklaren, omdat in verband met de aanmelding geen nieuwe beschikking zou kunnen worden vastgesteld, nu deze procedure, vastgesteld bij verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), thans, onder de inmiddels toepasselijke verordening nr. 1/2003, niet langer bestaat.

- 48 In geval van een dergelijke nietigverklaring zou de Commissie immers, wegens de daaraan verbonden terugwerkende kracht, een nieuwe beschikking moeten vaststellen betreffende de bepalingen van de aangemelde overeenkomst die door de nietigverklaring worden geraakt, en in het bijzonder een besluit nemen over het verzoek om een negatieve verklaring, waarbij zij van het tijdstip van de aanmelding uitgaat en haar onderzoek dus in het kader van verordening nr. 17/62 verricht (zie in die zin arrest Hof van 12 november 1998, Spanje/Commissie, C-415/96, Jurispr. blz. I-6993, punt 31). Dat verordening nr. 1/2003, thans de uitvoeringsregeling van de mededingingsregels van de artikelen 81 EG en 82 EG, de voordien toepasselijke aanmeldingsprocedure heeft afgeschaft, heeft dus geen gevolgen voor de uitvoering van een arrest waarbij verzoeksters verzoek tot nietigverklaring zou worden toegewezen.
- 49 Bovendien zou een eventuele gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking die, conform verzoeksters vordering, zou worden gebaseerd op de vaststelling dat de Commissie ten tijde van de vaststelling van de beschikking onrechtmatig heeft gehandeld door niet voor alle aangemelde bedingen een negatieve verklaring af te geven, niet kunnen afdoen aan verzoeksters rechtszekerheid, maar deze juist versterken, voorzover uit de motivering van een dergelijk vernietigingsarrest zou blijken dat de litigieuze bedingen van de overeenkomst betreffende nationale roaming niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst vallen.

## *2. Ten gronde*

### *Overwegingen vooraf*

- 50 Verzoekster betoogt in haar verzoekschrift dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar zij heeft vastgesteld dat de overeenkomst de mededinging beperkt, aangezien er enerzijds geen sprake is van een beperking van de mededinging, en anderzijds de gestelde beperking niet uit een overeenkomst voortvloeit. Zij tekent hierbij aan dat de „conclusies van de Commissie dienaangaande niet toereikend zijn gemotiveerd, wat in strijd is met de motiveringsplicht van artikel 253 EG”.

- 51 Deze laatste grief moet, niettegenstaande de bewoordingen ervan, aldus worden opgevat dat daarmee tegen het onderzoek, op grond waarvan de Commissie heeft besloten dat de overeenkomst weliswaar de mededinging beperkte maar toch voor een vrijstelling in aanmerking kwam, wordt ingebracht dat dit niet grondig genoeg werd gevoerd, hetgeen een vraag is betreffende de gegrondheid van de beschikking, en niet aldus dat daarmee wordt gesteld dat de bestreden handeling ontoereikend is gemotiveerd, welke vraag de formele wettigheid betreft. Zowel tijdens de schriftelijke als tijdens de mondelinge procedure zijn de partijen immers enkel ingegaan op vragen over de grond van de zaak en bovendien heeft O2 in verband met haar beroep op artikel 253 EG niets aangevoerd waaruit blijkt welke punten van de beschikking ontoereikend zijn gemotiveerd.
- 52 Derhalve moet deze grief worden gevoegd bij de twee door O2 tot staving van haar beroep aangevoerde middelen ten gronde, die zijn ontleend aan de onjuiste rechtsopvattingen van de Commissie betreffende de nationale roaming waarin de overeenkomst voorzag. Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst. Volgens verzoekster heeft de Commissie, die had erkend dat de overeenkomst geen mededingingsverstoringend doel had, de mededingingssituatie maar gedeeltelijk onderzocht, door niet na te gaan hoe deze zonder de overeenkomst zou zijn geweest, waarmee zij is voorbijgegaan aan een vaste rechtspraak. In de tweede plaats stelt verzoekster dat de gestelde beperking niet uit een overeenkomst in de zin van bedoelde bepalingen, maar uit verzoeksters éénzijdige optreden voortvloeit.

*Eerste middel: geen beperking van de mededinging en lacunes in het onderzoek van de mededingingssituatie*

#### Argumenten van partijen

- 53 O2 betoogt dat de Commissie weliswaar erkent dat de overeenkomst geen mededingingsverstoringend doel had, maar de reële gevolgen ervan voor de mededinging, en in het bijzonder de mededingingsvoorwaarden bij ontbreken van de



overeenkomst, niet heeft onderzocht. Blijkens de rechtspraak is een dergelijk totaalonderzoek echter in het algemeen vereist voor alle overeenkomsten, horizontale of verticale, hetgeen de Commissie overigens in haar richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB 2001, C 3, blz. 2) heeft gesteld. De conclusies van de Commissie zijn evenmin gebaseerd op een onderzoek van de relevante feiten betreffende de betrokken markt.

54 O2 voert aan dat de redenering van de Commissie uitgaat van het onjuiste principiële standpunt, dat nationale roaming als zodanig de mededinging zou beperken, aangezien O2 op grond van de overeenkomst bij T-Mobile wholesale-diensten kan aankopen in plaats van deze zelf te leveren. De Commissie heeft alleen gesteld dat de afhankelijkheid van O2 ten aanzien van het netwerk van T-Mobile een beperking van de mededinging vormt, maar zij heeft deze beperking niet bewezen, noch de door artikel 81, lid 1, EG verlangde economische analyse verricht.

55 De Commissie is aldus bij algemene verklaringen gebleven, die worden weersproken door de vaststellingen in haar eigen beschikking, volgens welke de overeenkomst de mededinging helemaal niet beperkt maar deze juist bevordert (punten 122-142 van de beschikking). Daarenboven zijn de conclusies van de Commissie in strijd met de rechtspraak en de administratieve praktijk.

56 Dienaangaande betoogt O2 dat de overeenkomst positieve gevolgen heeft voor de mededinging — hetgeen in de beschikking zou zijn erkend —, ongeacht of het gaat om de dekkingsgraad van de bevolking, de kwaliteit van de geleverde diensten, de transmissiesnelheden of de prijzen. Verzoekster wijst erop dat haar concurrentiepositie zonder de overeenkomst zwakker zou zijn geweest en dat zij in dat geval de voor de 3G-diensten vereiste dekkingsgraad van de bevolking waarschijnlijk niet binnen de gestelde termijn had kunnen verzekeren, wat de Commissie in haar beschikking zou hebben erkend.

- 57 Verzoekster voert voorts aan, dat zij zonder de overeenkomst, in de twee daarin bedoelde roamingregio's, geen concurrerende speler zou kunnen zijn welke op de 3G mobiele telecommunicatiemarkt dekking en een kwalitatieve dienstverlening zou kunnen aanbieden. De overeenkomst stelt O2 in staat een groter deel van de bevolking te bereiken, en bevordert aldus haar penetratiegraad en dus ook de mededinging.
- 58 O2 betoogt voorts dat roaming de productie en innovatie, het aanbod en de kwaliteit van diensten niet negatief zal beïnvloeden, hetgeen de Commissie eveneens zou hebben erkend.
- 59 Wat de weerslag op de prijzen betreft, stelt verzoekster dat het feit dat haar wholesaleprijzen in zekere mate afhankelijk zijn van de door T-Mobile aangerekende prijzen, geen beperking van de mededinging vormt, aangezien elke onderneming die voor bepaalde van haar producten of diensten een beroep doet op leveranciers, zich in dezelfde situatie bevindt. Daarenboven berust het in de beschikking vermelde risico van prijscoördinatie of -afspraken louter op veronderstellingen, en niet op enig bewijs of onderzoek.
- 60 De Commissie betoogt dat verzoeksters argumentatie betreffende het onderzoek van de mededingingssituatie die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, neerkomt op de toepassing van een rule of reason op artikel 81, lid 1, EG, wat in strijd is met de rechtspraak. Verweerster stelt dat zij, aangezien sprake is van een horizontale samenwerkingsovereenkomst, conform haar richtsnoeren eerst de weerslag van de overeenkomst op de mededinging heeft geanalyseerd in het licht van artikel 81, lid 1, EG, door na te gaan welke de reële of potentiële mededingingsbeperkingen zijn die zonder de overeenkomst zouden hebben bestaan, en dat zij vervolgens, met het oog op de toetsing aan artikel 81, lid 3, EG, de mededingingsbevorderende en -belemmerende gevolgen ervan heeft afgewogen.

- 61 De Commissie betoogt dat de in de overeenkomst voorgenomen roaming de mededinging tussen de netwerk-exploitanten aantast, wat een belangrijke weerslag heeft op de mededinging op de mobiele telefoniemarkten. In het onderhavige geval is de overeenkomst, die tussen twee concurrenten is gesloten, van dien aard dat zij hun gedragingen in verband met de voornaamste mededingsparameters beïnvloedt.
- 62 Verweerster stelt dat O2 en T-Mobile weliswaar perfect in staat zijn elk een eigen netwerk uit te bouwen en 3G-diensten aan te bieden, maar dat de overeenkomst tot doel heeft verzoekster in staat te stellen de uitrol van een gedeelte van haar netwerk uit te stellen of daar zelfs van af te zien, en dus de kosten voor haar infrastructuur te verminderen. De uit de overeenkomst voortvloeiende afhankelijkheid van het netwerk van O2 van dat van T-Mobile heeft onvermijdelijk gevolgen, enerzijds voor de concurrentie in de regio's waar het netwerk van O2 reeds beschikbaar is, en anderzijds voor de planning van de toekomstige uitrol van dit netwerk. In tegenstelling tot andere vormen van samenwerking, zoals het delen van locaties en *radio access networks*, is roaming dus een fundamentele aantasting van de mededinging op de nationale mobiele telefoniemarkten.
- 63 Bijgevolg, aldus de Commissie, beperkt roaming de mededinging uit het oogpunt van de dekking, aangezien O2 zowel in stedelijke als landelijke regio's van T-Mobile afhankelijk is. Verzoekster is eveneens van T-Mobile afhankelijk op het punt van de kwaliteit en snelheid van de datatransmissie, ook al laat de overeenkomst nog een zekere ruimte voor mededinging. Ten slotte hangt de door O2 aangerekende prijs af van de aan T-Mobile betaalde wholesaleprijs. De Commissie betoogt in dat verband dat verzoeksters verklaring, dat die prijsafhankelijkheid maar op 10 % van de 3G-telecommunicatie zal slaan, de belangrijkheid minimaliseert van packet-switched datatransmissiediensten, het hoofdkenmerk van 3G mobiele telecommunicatiediensten.
- 64 De Commissie betoogt dat zij haar beoordeling heeft gebaseerd op de door de partijen bij de overeenkomst verstrekte informatie, in het bijzonder wat betreft de

roamingtarieven, het gebruik van het netwerk van T-Mobile door O2, en de concurrentiepositie van O2. Zij voert aan dat de beschikking enerzijds in overeenstemming is met haar algemene standpunt dat roaming de mededinging beperkt, welk standpunt door verschillende nationale regelgevingsinstanties wordt gedeeld, en anderzijds met het standpunt dat werd ingenomen in een eerdere beschikking, die de Britse markt betrof.

### Beoordeling door het Gerecht

- 65 In het geschil rijst in de eerste plaats de vraag of de Commissie bij de toetsing van de aangemelde overeenkomst aan artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst haar vaststelling, dat de overeenkomst de mededinging beperkt, op een geldige rechtsopvatting heeft gebaseerd, en of zij met het oog daarop het onderzoek heeft verricht dat die bepalingen, zoals uitgelegd door de rechtspraak, verlangen. Volgens verzoekster is de Commissie immers uitgegaan van het principiële standpunt dat nationale roaming op zich de mededinging beperkt, en heeft zij niet onderzocht wat de situatie bij ontbreken van de overeenkomst zou zijn geweest. Verweerster daarentegen stelt dat verzoeksters bezwaren erop neerkomen dat zij op artikel 81, lid 1, EG een rule of reason zou moeten toepassen, wat in strijd is met de rechtspraak.
- 66 Om te beoordelen of een overeenkomst uit het oogpunt van het verbod van artikel 81, lid 1, EG verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet het economische en juridische kader ervan worden onderzocht (arrest Hof van 25 november 1971, *Béguelin Import*, 22/71, *Jurispr.* blz. 949, punt 13), haar voorwerp en gevolgen, alsmede de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten door de overeenkomst, waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met de economische context waarin de ondernemingen werkzaam zijn, de producten of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, alsmede de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert (arrest Hof van 12 december 1995, *Oude Littikhuis e.a.*, C-399/93, *Jurispr.* blz. I-4515, punt 10).

- 67 Deze methode van analyse heeft algemene gelding en is niet beperkt tot een categorie overeenkomsten (zie, betreffende verschillende soorten overeenkomsten, arresten Hof van 30 juni 1966, *Société minière et technique*, 56/65, Jurispr. blz. 391, blz. 414-415, en 15 december 1994, DLG, C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 31, en arresten Gerecht van 27 oktober 1994, *John Deere/Commissie*, T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punten 51 en 52, en 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punten 136 en 137).
- 68 Daarenboven moeten, in een geval als het onderhavige, waarin wordt erkend dat de overeenkomst geen mededingingsbeperkend doel heeft, de gevolgen van de overeenkomst worden onderzocht, en is voor de oplegging van een verbod vereist dat uit een samenstel van factoren blijkt dat de mededinging in feite is verhinderd, dan wel merkbaar is beperkt of vervalst. Bedoelde mededinging moet worden gezien tegen de feitelijke achtergrond van de omstandigheden waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen, waarbij met name kan worden betwijfeld of van verstoring van de mededinging wel sprake is wanneer de overeenkomst juist noodzakelijk blijkt om een onderneming in staat te stellen zich een plaats te veroveren op een voor haar nieuwe markt (arrest *Société minière et technique*, reeds aangehaald, blz. 414-415).
- 69 Een dergelijke beoordelingsmethode, in het bijzonder wat het onderzoek betreft van de mededingingssituatie die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, houdt evenwel niet in dat de positieve en de negatieve gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging worden afgewogen, en vormt dus geen toepassing van een rule of reason, die volgens de gemeenschapsrechter in het kader van artikel 81, lid 1, EG niet geldt (arrest Hof van 8 juli 1999, *Montecatini/Commissie*, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 133; arrest Gerecht M6 e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 72-77, en arrest Gerecht van 23 oktober 2002, *Van den Bergh Foods/Commissie*, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punten 106 en 107).
- 70 Verzoeksters zienswijze, dat het onderzoek van de Commissie onvolledig was, daar zij niet heeft onderzocht hoe de mededingingstoestand bij gebreke van overeenkomst zou zijn geweest, betekent niet dat in de fase van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG de positieve en de negatieve gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging tegen elkaar moeten worden afgewogen. In tegenstelling tot de uitleg die verweerster aan verzoeksters argumenten heeft gegeven, beroept deze zich enkel op de door een vaste rechtspraak verlangde onderzoeksmethode.

- 71 Bij het door artikel 81, lid 1, EG verlangde onderzoek wordt immers in wezen gezien naar de weerslag van de overeenkomst op de daadwerkelijke en potentiële mededinging (zie in die zin arrest Hof van 28 februari 1991, *Delimitis*, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 21) en naar de mededingingssituatie indien er geen overeenkomst was geweest (arrest *Société minière et technique*, reeds aangehaald, blz. 359 en 360), twee aspecten die nauw met elkaar verbonden zijn.
- 72 Het onderzoek van de mededinging bij ontbreken van een overeenkomst lijkt bijzonder gewenst wanneer sprake is van markten waarop liberalisering aan de gang is of van opkomende markten, zoals in het geval van de betrokken markt voor 3G mobiele communicatie, waar de effectiviteit van de mededinging problematisch kan zijn, bijvoorbeeld wegens de aanwezigheid van een dominante exploitant, de concentratie van de marktstructuur of het bestaan van belangrijke drempels voor toetreding — omstandigheden waaraan in casu in de beschikking wordt gerefereerd.
- 73 Om met de twee onderdelen waaruit het onderhavige middel in feite bestaat rekening te houden, moet dus in de eerste plaats worden onderzocht of de Commissie daadwerkelijk heeft onderzocht wat de mededingingssituatie bij ontbreken van de overeenkomst zou zijn geweest, en in de tweede plaats, of de conclusies die zij uit haar onderzoek van de weerslag van de overeenkomst op de mededinging heeft getrokken, voldoende zijn onderbouwd.

— Het onderzoek van de mededingingssituatie bij ontbreken van de overeenkomst

- 74 Tegen de beschikking kan niet worden aangevoerd dat deze geen enkele vergelijking bevat, met het oog op het onderzoek van de gevolgen van de overeenkomst, van de uit de overeenkomst resulterende concurrentiestructuur met de concurrentiestructuur die zou hebben bestaan indien er geen overeenkomst was geweest. Wat daarentegen de wijze betreft waarop de vergelijking is uitgevoerd, moet worden opgemerkt dat het volledige onderzoek van de gevolgen van de overeenkomst is gebaseerd op het idee dat de twee operatoren O2 en T-Mobile zowel met als zonder de overeenkomst op de betrokken markt in een situatie van mededinging actief

zouden zijn geweest. Nergens is sprake van de mogelijkheid dat O2 zonder de overeenkomst niet of maar gedeeltelijk aanwezig zou zijn geweest op de Duitse markt voor 3G mobiele telefonie.

- 75 Uit de beschikking blijkt impliciet maar zeker dat de Commissie enerzijds van mening was dat O2 hoe dan ook op de markt aanwezig zou zijn, wat bijvoorbeeld in punt 97 van de beschikking blijkt uit de verwachtingen betreffende de markt voor de infrastructuur voor 3G-locaties op basis van de gegevens voor die voor 2G-infrastructuur, en anderzijds dat de mededinging niet zou worden belemmerd, terwijl de litigieuze overeenkomst wegens de daarin vastgestelde nationale roaming juist een dergelijke belemmering met zich brengt, wat in het bijzonder in punt 107 van de beschikking is vastgesteld.
- 76 De Commissie heeft ter terechtzitting bevestigd dat dit in het onderhavige geval inderdaad haar redenering was geweest. Dienaangaande heeft zij verklaard dat de door partijen verstrekte informatie voor haar geen grond opleverde om te denken dat O2 enkel tot de 3G-markt kon toetreden indien de overeenkomst werd gesloten, terwijl zij op de 2G-markt reeds aanwezig was, en haar in kennis had gesteld van haar voornemen om op de 3G-markt actief te worden, en de Commissie bovendien had vastgesteld dat de licentiehouders op de 2G-markt op de markt actief bleven.
- 77 Uitgaande van de hypothese dat O2 op de mobiele telecommunicatiemarkt actief was, heeft de Commissie het dientengevolge niet noodzakelijk geacht nader in te gaan op de vraag of O2 bij ontbreken van de overeenkomst op de 3G-markt aanwezig zou zijn geweest. Vastgesteld moet worden dat deze veronderstelling in de beschikking niet wordt onderzocht en dat daarin niets staat waaruit kan blijken dat zij juist is, welke vaststelling de Commissie ter terechtzitting enkel kon bevestigen. Nu de Commissie geen dergelijk objectief onderzoek van de mededingingssituatie bij ontbreken van de overeenkomst heeft uitgevoerd, kon zij niet op goede gronden beoordelen in hoeverre O2 de overeenkomst nodig had om tot de 3G mobiele communicatiemarkt toegang te krijgen. De Commissie heeft bijgevolg niet voldaan aan haar verplichting om de weerslag van de overeenkomst op de mededingingssituatie objectief te onderzoeken.

78 Deze leemte kan niet worden geacht zonder gevolgen te blijven. Uit de overwegingen in de beschikking in het kader van de toetsing van de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG voor de toekenning van een vrijstelling, blijkt immers dat het ook volgens de Commissie weinig waarschijnlijk was dat O2 zonder de overeenkomst op eigen kracht in staat zou zijn geweest om van meet af voor haar 3G-diensten een betere dekking en kwaliteit en hogere transmissiesnelheden aan te bieden, snel een 3G-netwerk uit te rollen en 3G-diensten aan te bieden, en de betrokken wholesale- en retailmarkten te penetreren, en aldus een competitieve speler te zijn (punten 122, 123, 124, 126 en 135). Wegens deze omstandigheden was de Commissie van mening dat de overeenkomst voor een vrijstelling in aanmerking kwam.

79 Dergelijke overwegingen, waaruit blijkt dat er onzekerheid was betreffende de mededingingssituatie en in het bijzonder betreffende de positie van O2 indien er geen overeenkomst was geweest, tonen aan dat de aanwezigheid van O2 op de 3G-communicatiemarkt niet voor de hand lag, zoals de Commissie dit heeft gepostuleerd, en dat een onderzoek ter zake niet alleen met het oog op de toekenning van een vrijstelling noodzakelijk was geweest, maar daaraan voorafgaand ook met het oog op de economische analyse van de gevolgen van de overeenkomst op de mededingingssituatie, die beslissend is voor de toepasselijkheid van artikel 81 EG.

— De weerslag van de overeenkomst op de mededinging

80 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij vasthoudt aan het principiële standpunt dat roaming op zich de mededinging beperkt, en dat zij op grond van algemene, onbewezen verklaringen heeft geconcludeerd dat de overeenkomst ingevolge artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.



- 81 De Commissie heeft in de beschikking in verband met de gevolgen van nationale roaming voor de mededinging op de wholesalemarkten verklaard dat „nationale roaming voor netwerkexploitanten [...] per definitie de concurrentie tussen deze exploitanten [beperkt] op alle verwante netwerkmarkten voor cruciale aspecten zoals dekingsgraad, kwaliteit en transmissietarieven” (punt 107).
- 82 De Commissie stelt vervolgens dat nationale roaming „de concurrentie op het punt van de omvang en snelheid van dekking [...] beperkt omdat een exploitant bij roaming, in plaats van zijn eigen netwerk uit te rollen om in zo kort mogelijke tijd een zo groot mogelijke dekking in termen van grondgebied en bevolking te bereiken, voor zijn roaming-verkeer kan profiteren van de dekingsgraad van het hostnetwerk”. Hieraan voegt zij toe dat „nationale roaming ook de concurrentie [beperkt] op het punt van netwerkqualiteit en transmissiesnelheden, omdat de exploitant bij roaming wordt beperkt door de netwerkqualiteit en de transmissiesnelheden die voor hem beschikbaar zijn op het hostnetwerk en die afhangen van de technische en commerciële keuzes die de exploitant van het hostnetwerk maakt”, en dat „de wholesaletarieven die [O2] inkopers van capaciteit op haar eigen netwerk en van toegangsdiensten aanreken, [zullen] worden beperkt door de wholesaletarieven die zij T-Mobile moet betalen” (punt 107).
- 83 De Commissie preciseert dat „gezien de daaruit resulterende beperkingen van het vermogen van O2 [...] en T-Mobile om te concurreren op het punt van dekking, kwaliteit, transmissiesnelheden en wholesaleprijzen, 3G nationale roaming tussen O2 [...] en T-Mobile van invloed [zal] zijn op de concurrentie op alle 3G-netwerkmarkten in Duitsland” (punt 109), en dat „nationale roaming op wholesale-niveau zal leiden tot een grotere uniformiteit van de voorwaarden op retailniveau, omdat de onderliggende netwerkdekking, kwaliteit en transmissiesnelheid naar verwachting gelijk zullen lopen” (punt 111).
- 84 De Commissie stelt eveneens dat de „voorafgaande toestemming [van de wederpartij bij de overeenkomst] voor eventuele wederverkoop van roamingcapaciteit aan

MVNO's die spraaktelefoniediensten aan eindgebruikers aanbieden [...] een beperking van het type klanten [is, die] de output beperkt en daarom een beperking inhoudt van de mededinging" (punten 115 en 116).

- 85 Uit deze beoordelingen blijkt dat de Commissie van mening is dat een roamingovereenkomst, zoals die welke tussen partijen is gesloten, uit haar aard de mededinging beperkt, wegens de afhankelijkheid van de exploitant bij nationale roaming ten aanzien van de exploitant van het hostnetwerk. De beperking komt op drie vlakken tot uiting: 1) op het gebied van de netwerkdekking, aangezien roaming een rem zet op de ontwikkeling van het netwerk van de exploitant die van het netwerk van zijn partner gebruik maakt; 2) op het gebied van de netwerkqualiteit en de transmissiesnelheden, aangezien de exploitant bij nationale roaming afhankelijk is van de technische en commerciële keuzes van de exploitant van het hostnetwerk, en 3) op het gebied van de prijzen, omdat de wholesaletarieven van de exploitant bij roaming afhangen van de aan de exploitant van het hostnetwerk betaalde wholesaletarieven, hetgeen in casu het geval zou zijn.
- 86 Deze algemene overwegingen, die voor iedere overeenkomst voor nationale roaming zouden kunnen gelden, zijn niet gebaseerd op precieze aanwijzingen die aantonen dat zij in het geval van de overeenkomst tussen O2 en T-Mobile gegrond zijn.
- 87 Het is juist dat een aantal punten van de beschikking informatie bevatten betreffende de context van de overeenkomst. In de beschikking wordt een beschrijving gegeven van de economische, juridische en technische context van de overeenkomst (punten 6-22), en wordt de opzet van de overeenkomst en de verschillende bepalingen ervan, die betrekking hebben op uitgebreide site-sharing, *RAN-sharing* en nationale roaming (punten 23-43), uiteengezet. Zij bevat voorts een onderzoek van de betrokken markten, te weten de wholesale- en retailmarkten, de markten voor producten en diensten, en de geografische markten (punten 44-72), en verstrekt informatie betreffende de structuur van de markt, waarbij in het bijzonder wordt onderzocht wie de feitelijke of potentiële concurrenten op de verschillende markten waren (punten 73-77 en 96-99).

- 88 Deze informatie, die wordt verstrekt ter beschrijving van de sector waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, werpt evenwel geen licht op de beoordeling van de weerslag van de overeenkomst.
- 89 Ter terechtzitting gevraagd naar de concrete, in de beschikking vermelde elementen eigen aan de zaak, die in casu ten grondslag liggen aan de algemene beoordeling dat nationale roaming de mededinging beperkt, heeft de Commissie er eerst op gewezen dat de betrokken markt, met vier exploitanten, zeer geconcentreerd is, en vervolgens de aandacht gevestigd op twee aspecten die niet in alle roamingovereenkomsten te vinden zouden zijn. Enerzijds, aldus de Commissie, vormt roaming een belangrijk onderdeel van de overeenkomst. Zij doet een situatie ontstaan waarin O2 niet verplicht is in het grootste gedeelte van Duitsland een netwerk uit te rollen en heeft een bijzonder nadelige uitwerking in de dichtstbevolkte stedelijke gebieden, die vanuit economisch oogpunt het meest rendabel zijn. Anderzijds doet het mechanisme voor de bepaling van de wholesaleprijzen, dat een vast gedeelte bevat, de prijzen van O2 afhangen van die welke aan T-Mobile worden betaald. Dit mechanisme beperkt de manoeuvreerruimte van O2 om haar marktprijzen te wijzigen en beperkt aldus de mededinging. Verweerster heeft voorts verklaard dat de beoordeling in punt 107 van de beschikking nader is uitgewerkt in de volledige beschikking.
- 90 Bijgevolg moet, wat de twee door verzoekster aangehaalde elementen betreft, worden onderzocht of de aan de overeenkomst verweten beperkingen van de mededinging in de bestreden beschikking zijn bewezen.
- 91 Wat om te beginnen de belangrijke plaats van roaming binnen de overeenkomst en de gestelde belemmerende werking ervan in de dichtstbevolkte stedelijke gebieden betreft, blijkt uit de beschikking en in het bijzonder uit de punten 107 en 108 daarvan, dat de Commissie, ten betoge dat nationale roaming, en in casu de overeenkomst, de mededinging per definitie beperkt, heeft gesteld dat de negatieve invloed ervan groter was in de gebieden waar mededinging onder economisch haalbare voorwaarden mogelijk was, met name in de dichtstbevolkte stedelijke gebieden, en op grond daarvan heeft vastgesteld dat nationale roaming niet gerechtvaardigd was in dergelijke gebieden.

- 92 Uit de processtukken blijkt echter dat de partijen, teneinde het contractuele kader, in het bijzonder wat nationale roaming betreft, aan de zich wijzigende marktomstandigheden aan te passen, de aanvankelijke overeenkomst van 20 september 2001, die op 6 februari 2002 is aangemeld, driemaal hebben gewijzigd: op 20 september 2002, 22 januari en 21 mei 2003. Dientengevolge wordt in de gewijzigde overeenkomst een onderscheid gemaakt tussen drie types van gebieden: stedelijke gebieden, gebieden van zogenaamd secundair commercieel belang, en commercieel minder belangrijke gebieden, en bepaalt zij dat roaming in de stedelijke gebieden minder lang mogelijk zal zijn. Uit de opzet van de overeenkomst, zoals die in de beschikking naar voor komt, blijkt immers dat roaming toegangsrechten worden gedefinieerd naar gelang van de indeling in gebieden met een bepaalde dekkingsgraad van de bevolking, en dat een tijdsschema voor de afschaffing van die rechten wordt vastgesteld.
- 93 De weerslag van deze elementen op de mededinging wordt, hoewel de beschikking geldt voor de gewijzigde overeenkomst, echter niet concreet beoordeeld in het kader van de toetsing van de overeenkomst aan de thans aan de orde zijnde bepalingen van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, hoewel zij de overeengekomen nationale roaming territoriaal en qua duur wijzigen. In het bijzonder blijkt dat de algemene beoordeling van de belemmerende werking van roaming niet is onderbouwd ter zake van een wezenlijke factor, namelijk de duur van de overeenkomst, dat wil zeggen met inaanmerkingneming van het voor iedere regio vastgestelde tijdsschema voor de afschaffing van roaming.
- 94 Het is nochtans duidelijk dat de Commissie bij haar onderzoek van de verenigbaarheid van de overeenkomst met de gemeenschappelijke markt rekening diende te houden met deze nieuwe elementen, die voortvloeiden uit de wijzigingen van de overeenkomst in de loop van de administratieve procedure en die in het bijzonder verband hielden met roaming in stedelijke gebieden, en dat zij zonodig bepaalde vaststellingen diende te herzien.
- 95 Had de Commissie bij het onderzoek van de verenigbaarheid van de overeenkomst met de gemeenschappelijke markt daadwerkelijk met de wijzigingen van de overeenkomst betreffende roaming in stedelijke gebieden rekening gehouden, dan had zij immers tot een conclusie kunnen komen die afweek van die in de

beschikking, in het bijzonder wat de vraag betreft of O2 die nieuwe factoren nodig had om in de stedelijke gebieden op de 3G-markt actief te kunnen worden.

- 96 Met de concrete wijze waarop nationale roaming door de gewijzigde overeenkomst wordt georganiseerd, wordt in de bestreden beschikking enkel rekening gehouden in het kader van het onderzoek van de mogelijkheid om op grond van artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst een vrijstelling toe te kennen. Dit kan de eerder vastgestelde tekortkomingen echter niet goedmaken. Het onderzoek van de verenigbaarheid van een overeenkomst met de gemeenschappelijke markt, en vervolgens, indien de overeenkomst onverenigbaar wordt verklaard, het onderzoek van de mogelijkheid om de overeenkomst vrij te stellen, zijn immers het resultaat van afzonderlijke stappen, waarbij de tweede in het bijzonder verlangt dat de onverenigbaarheid van de overeenkomst naar behoren is aangetoond in het kader van de eerste stap.
- 97 De uitleg die de Commissie ter terechtzitting heeft gegeven bevestigt de vaststelling dat bij het onderzoek van de overeenkomst in het kader van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst geen rekening is gehouden met de betrokken wijzigingen. Verweerster heeft immers verklaard dat haar niet kon worden verweten dat zij niet had onderzocht of O2 nationale roaming in stedelijke gebieden nodig had om op de markt actief te kunnen worden, aangezien de aanvankelijk aangemelde overeenkomst niet voorzag in roaming in stedelijke gebieden.
- 98 De conclusie betreffende dit eerste punt dient dus te luiden dat de beoordeling van de Commissie, doordat zij haar analyse niet heeft aangepast aan de nieuwe gegevens in de processtukken betreffende roaming in de stedelijke gebieden, eveneens onjuist is omdat zij de feiten die haar door de aanmeldende partijen ter kennis waren gebracht niet heeft onderzocht.
- 99 Wat vervolgens het tweede mededingingsbelemmerde element betreft, dat volgens de Commissie een specifiek kenmerk van de overeenkomst is, namelijk het in punt 89 reeds vermelde prijsbepalingsmechanisme, is het gestelde beperkende effect niet aangetoond.

- 100 Wat enerzijds de invloed van de aan T-Mobile betaalde wholesaleprijzen op de wholesale- en retailprijzen van O2 betreft, verkeert verzoekster vanuit dit oogpunt in een situatie die kan worden vergeleken met die van om het even welke onderneming tegenover haar leveranciers. O2, zoals overigens ook T-Mobile, hangen alle twee af van de prijzen die hun aan leverancierszijde worden aangerekend door de leveranciers van goederen en de dienstverrichters waarop zij een beroep doen, en zij kunnen zich genoopt zien die kosten op hun klanten af te wentelen. Bovendien is de gestelde prijsafhankelijkheid niet aangetoond. Zij wordt zelfs weersproken door de vermelding in de beschikking, dat de partijen bij de overeenkomst verschillende tarificatieregels hanteren (punt 140). Bovendien heeft verzoekster in antwoord op de in punt 36 hiervoor vermelde vragen van het Gerecht in verband met haar prijsstructuur, informatie overgelegd waaruit blijkt dat zij zich van T-Mobile probeert te onderscheiden door middel van producten en diensten met verschillende benamingen, en diverse abonnementspakketten en tariefformules die met een veelheid van variabelen rekening houden.
- 101 Wat anderzijds het bestaan betreft van een vast bedrag dat O2 aan T-Mobile betaalt, moet worden vastgesteld dat die verplichting tot betaling van een vast bedrag in de beschikking niet wordt onderzocht. Bovendien heeft verweerster ter terechtzitting erkend dat dit punt tijdens de administratieve procedure buiten beschouwing was gebleven.
- 102 Hieruit volgt dat de algemene beoordeling in punt 107 van de beschikking, dat nationale roaming de mededinging beperkt omdat zij het een roamingexploitant mogelijk maakt de uitrol van zijn netwerk te vertragen, en omdat zij deze technisch en economisch afhankelijk zou maken van de exploitant van het hostnetwerk, niet is gebaseerd op concrete, in de beschikking vermelde elementen die specifiek zijn voor de overeenkomst. Bovendien worden de wijzigingen van de overeenkomst betreffende roaming in stedelijke gebieden in de beschikking niet beoordeeld.
- 103 Overigens lijkt deze algemene beoordeling evenmin uit de bepalingen van gemeenschapsrecht inzake de telecommunicatiesector te resulteren. Zoals blijkt uit verweersters antwoorden op de in punt 36 hiervoor vermelde vragen van het

Gerecht, handelt geen van de richtlijnen inzake de telecommunicatiesector over nationale roamingovereenkomsten en over de verenigbaarheid ervan met het communautaire mededingingsrecht, hoewel het mededingingsrecht, in het bijzonder artikel 81, lid 1, EG, op dergelijke overeenkomsten toepassing moet vinden.

104 Zoals verzoekster betoogt, wordt de algemene beoordeling van de Commissie betreffende nationale roaming evenmin bevestigd door de relevante feiten betreffende de markt, zoals deze in de beschikking zelf zijn beschreven.

105 Volgens de beschikking, waarin de destijds beschikbare gegevens betreffende de 2G mobiele telecommunicatiemarkt worden geëxtrapoleerd, heeft T-Mobile, die uiteindelijk met de gevestigde exploitant Deutsche Telekom is verbonden, namelijk wellicht een marktaandeel van 100 % voor wholesale nationale roaming inzake de thans aan de orde zijnde 3G-telecommunicatiediensten. De beschikking preciseert voorts dat de mogelijkheden om als netwerkexploitant de markt te betreden beperkt zijn, wegens het geringe aantal licenties, de hoge kosten ervan, en de aanzienlijke investeringen die nodig zijn voor de 3G-netwerkinfrastructuur (punten 74 en 75).

106 Wat de retailmarkt voor 3G-diensten betreft, bepaalt de beschikking dat zes exploitanten een licentie hebben gekregen, namelijk, behalve T-Mobile en O2, D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom en Group 3G, waarbij O2 als laatste tot de markt is toegetreten, en dat er op de retailmarkten vier belangrijke concurrenten zijn. Zij preciseert dat hun respectieve marktaandelen voor 2G-communicatie, die bij de vaststelling van de beschikking de enige beschikbare gegevens vormden, uitgaand van het aantal klanten 41,7 % voor T-Mobile, 38,3 % voor D2 Vodafone, 12,2 % voor E-Plus, en 7,8 % voor O2 Germany bedroegen (punten 76 en 77).

- 107 Uit deze gegevens blijkt dat T-Mobile — zowel op de wholesale- als op de retailmarkten — een hoofdspeler is op de Duitse mobiele telecommunicatiemarkt, en dat O2, de laatste exploitant die tot de Duitse markt is toegetreden, zich in de zwakste mededingingspositie lijkt te bevinden. Hoewel O2, zoals de beschikking (punt 97) stelt, inderdaad over enige netwerkinfrastructuur beschikt, bevindt zij zich wegens haar kleinere marktaandeel en haar hoedanigheid van laatst toegetreden speler, objectief gezien in een minder gunstige situatie.
- 108 De door de Commissie bekritiseerde afhankelijkheid vloeit dus voort uit een feitelijke ongelijkheid, die de overeenkomst juist beoogt te verhelpen door O2 in een betere concurrentiepositie te brengen, terwijl zij in vergelijking met de in de beschikking vermelde andere exploitanten, die feitelijke of potentiële concurrenten zijn, feitelijk het minst competitief lijkt. De afhankelijkheid van O2 van het netwerk van T-Mobile is bovendien als tijdelijk bedoeld, aangezien zij gedurende de hele duur van de overeenkomst zal verminderen, overeenkomstig het tijdsschema voor de afschaffing van de roaming toegangsrechten dat is vastgesteld in de gewijzigde bepalingen van de aangemelde overeenkomst, welke in het kader van de administratieve procedure aan de Commissie zijn overgelegd. Wat dit punt betreft, toont de beschikking, die, zoals reeds is opgemerkt, geen enkel concreet element bevat, niet aan, dat de overeenkomst de uitrol van de netwerken van O2 belemmert. *A fortiori* heeft de Commissie niet bewezen dat de overeenkomst tot doel heeft de uitrol van verzoeksters netwerk te vertragen of zelfs te beperken, zoals zij in haar geschriften betoogt. De door verweerster in de loop van het geding overgelegde brieven, met name die van 4 en 9 april 2003, tonen integendeel aan dat de overeenkomst beoogt verzoekster in staat te stellen haar 3G-netwerk rendabel uit te rollen en daarbij te voldoen aan de in haar licentie opgenomen voorwaarden betreffende het tijdsschema en de dekking.
- 109 In het onderhavige geval kan dus niet worden uitgesloten dat een roamingovereenkomst zoals die welke tussen T-Mobile en O2 is gesloten, de mededinging tussen de netwerkexploitanten niet belemmert, maar onder bepaalde omstandigheden de kleinste exploitant integendeel de mogelijkheid kan geven om te concurreren met grote spelers, zoals hier met T-Mobile, maar ook met D2 Vodafone op de retailmarkt, en zelfs met dominante spelers, zoals T-Mobile dit op de wholesalemarkt is.



- 110 Met deze bijzondere context, die voortvloeit uit de specifieke kenmerken van de betrokken opkomende markt, is evenwel geen rekening gehouden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de overeenkomst met de gemeenschappelijke markt in het kader van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.
- 111 Daarentegen heeft de Commissie met die bijzondere context wél rekening gehouden waar zij, in het kader van artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst van mening was dat de overeenkomst noodzakelijk was en dat O2 zonder die overeenkomst niet in staat zou zijn geweest zich een plaats op de markt te veroveren, en op grond daarvan heeft besloten een vrijstelling toe te kennen.
- 112 Zo wordt in de beschikking vastgesteld dat O2, binnen het gebied waarvoor de verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, zich dankzij de overeenkomst in een betere concurrentiepositie zal bevinden (punt 123), en dat het buiten dat gebied onwaarschijnlijk is dat zij aan de licentievoorwaarden had kunnen voldoen (punt 126). Evenzo wordt vastgesteld dat „het onwaarschijnlijk [is] dat [O2,] de met [haar] geringe marktaandeel (circa 8 %) kleinste exploitant op de Duitse [2G] mobiele markt snel in staat is om een netwerk van hoge kwaliteit uit te bouwen dat een gebied dekt dat groot genoeg is om deze onderneming in staat te stellen van meet af daadwerkelijk te concurreren met andere, gevestigde exploitanten van 3G-netwerken en -diensten die in Duitsland een licentie hebben gekregen” (punt 124).
- 113 Bij wijze van meer algemene en afsluitende beoordeling voegt de beschikking hieraan toe dat „roaming door O2 [...] op het 3G-netwerk van T-Mobile zelfs in de belangrijkste stedelijke gebieden voor een beperkte duur evenredig en onmisbaar [wordt] geacht, terwijl dit niet noodzakelijk het geval is voor exploitanten met een meer gevestigde marktpositie” (punt 133). Ten slotte stelt de beschikking vast, dat „als O2 [...] geen toegang tot nationale roaming op het netwerk van T-Mobile voor 3G-diensten zou krijgen, zij in de uitrolfase een minder doeltreffende concurrent [zou] zijn en niet als concurrent met nationale dekking (of in ieder geval als exploitant met het grootste geografische bereik dat op dat moment beschikbaar is) de 3G-wholesale- en retailmarkten [zou] kunnen betreden” (punt 135).

- 114 Uit het onderzoek in het kader van artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst blijkt dus dat, gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken opkomende markt, de mededingingspositie van O2 op de 3G-markt zonder de overeenkomst waarschijnlijk niet verzekerd, of zelfs in gevaar, zou zijn geweest. Deze vaststellingen bevestigen dat de vooronderstellingen van de Commissie in haar onderzoek in het kader van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, onbewezen zijn.
- 115 Het door verweerster ter terechtzitting aangevoerde argument, dat het niet kunnen betreden van een markt iets helemaal anders is dan dit wél kunnen, maar met moeilijkheden, kan hoe dan ook niet afdoen aan de voorgaande overwegingen, precies omdat de Commissie in de beschikking in het kader van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst niet objectief heeft onderzocht wat de mededingingssituatie zou zijn geweest bij ontbreken van de overeenkomst.
- 116 Hieruit volgt dat de beschikking terzake van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, onregelmatig is omdat het onderzoek niet naar behoren is gevoerd, nu daarin enerzijds niet objectief is onderzocht hoe de mededingingssituatie bij ontbreken van de overeenkomst zou zijn geweest, hetgeen de beoordeling van de werkelijke en potentiële gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging vervalst, en daarin anderzijds in de context van de betrokken opkomende markt niet concreet wordt aangetoond dat de bepalingen van de overeenkomst inzake roaming de mededinging beperken, maar enkel een *petitio principii* en algemene verklaringen zijn opgenomen.
- 117 Mitsdien moet de vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van de artikelen 2 en 3, sub a, van beschikking 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 worden toegewezen, zonder dat behoeft te worden ingegaan op verzoeksters tweede middel.

## Kosten

- 118 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, wanneer dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig verzoeksters vordering in de kosten worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **De artikelen 2 en 3, sub a, van beschikking 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) worden nietig verklaard voorzover zij inhouden dat de bedingen waarnaar in die artikelen wordt verwezen, binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-overeenkomst vallen.**
  
- 2) **De Commissie wordt verwezen in de kosten.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 2 mei 2006.

De griffier

De president van de Vierde kamer

E. Coulon

H. Legal