

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

2 päivänä toukokuuta 2006 *

Asiassa T-328/03,

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, kotipaikka München (Saksa), edustajinaan
N. Green, QC, barrister K. Bacon ja asianajajat B. Amory ja F. Marchini Camia,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään aluksi R. Wainwright, S. Rating ja
P. Oliver, sittemmin E. Gippini Fournier, P. Hellström ja K. Mojzesowicz,
prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jossa vaaditaan EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland / O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) 16 päivänä heinäkuuta 2003 tehdyn komission päätöksen 2004/207/EY (EUVL L 75, s. 32) 2 artiklan ja 3 artiklan a alakohdan kumoamista,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN
OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja H. Legal sekä tuomarit P. Mengozzi ja I. Wyszniowska-Białecka,

kirjaaja: hallintovirkamies K. Pocheć,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 7.12.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

- ¹ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (jäljempänä O2), jonka omistaa tytäryhtiönään kokonaan mmO2 plc, entinen BT Cellnet Ltd, ja joka oli aiemmin British Telecommunications plc:n määräysvallassa, ylläpitää digitaalisia matkaviestintäverkkoja ja -palveluja Saksassa, jonka markkinoille se tuli neljäntenä neljästä operaat-

torista vuonna 1997 saamallaan GSM 1800 -toimiluvalla (Global System for Mobile Communications, yleiseurooppalainen matkaviestinjärjestelmä). Tämän lisäksi sille myönnettiin UMTS-toimilupa (Universal Mobile Communications system, maailmanlaajuinen matkaviestinjärjestelmä) elokuussa 2000.

- 2 T-Mobile Deutschland GmbH (jäljempänä T-Mobile), jonka omistaa kokonaan T-Mobile International AG, joka puolestaan on kiinteän verkon vakiintuneen operaattorin Deutsche Telekom AG:n kokonaan omistama tytäryhtiö, on digitaalisen matkaviestinnän verkko- ja palveluoperaattori Saksassa. T-Mobile, joka käyttää GSM-standardeja, tarjoaa GSM-palveluja Saksassa GSM 900 -toimiluvalla, ja sille myönnettiin UMTS-toimilupa elokuussa 2000.

- 3 Saksan kansallisessa lainsäädännössä sekä O2:lle ja T-Mobilelle myönnettyissä toimiluvissa asetetaan muun muassa verkon käyttökriteerejä väestön kattamisen osalta täsmällisen aikataulun mukaan. Sen mukaan väestöstä on katettava 50 prosenttia vuoden 2005 loppuun mennessä.

- 4 O2 ja T-Mobile ilmoittivat 6.2.2002 komissiolle 20.9.2001 tehdystä puitesopimuksesta, joka koskee infrastruktuurin yhteiskäyttöä ja kansallisia verkkovierailuja kolmannen sukupolven GSM-matkaviestinnässä (jäljempänä 3G) Saksan markkinoilla; tätä sopimusta muutettiin 20.9.2002, 22.1. ja 21.5.2003 tehdyillä täydentävillä sopimuksilla. T-Mobile ja O2 pyysivät EY 81 artiklan 1 kohdan ja Euroopan talousalueesta (ETA) tehdyn sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaista puuttumattomuustodistusta tai EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan mukaista poikkeusta.

- 5 Saksan posti- ja telealan sääntelyviranomaisen totesi puolestaan 7.12.2001 sopimuksen kansallisen lainsäädännön mukaiseksi.

- 6 Komissio teki 16.7.2003 EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland / O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) päätöksen 2004/207/ETY (EUVL L 75, s. 32; jäljempänä päätös). Se katsoo siinä, ettei sillä ole mitään perusteita ryhtyä EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaisiin toimenpiteisiin laitteistopaikkojen yhteiskäyttöä koskevien sopimusmääräysten osalta (1 artikla). Komissio katsoo EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan nojalla, että EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan määräyksiä ei sovelleta verkkovierailuja koskeviin sopimusmääräyksiin komission määritteleminä ajanjaksoina (2 ja 3 artikla).
- 7 Päätöksessä esitellään Euroopan unionin matkaviestinnän viimeaikaisen kehityksen oikeudellinen ja tosiasiallinen asiayhteys, jolle on tunnusomaista toisiaan seuraavat teknologiset sukupolvet, ja siinä todetaan sitten, että sopimuksen tavoitteena on erityisesti maantieteellisen kattavuuden laajentaminen sekä 3G-verkkojen ja -palvelujen käyttöönoton nopeuttaminen, että sopimuspuolet tekevät yhteistyötä laitteistopaikkojen yhteiskäytön osalta, radioliityntäverkon (RAN) yhteiskäytön osalta ja kansallisten verkkovierailujen osalta (24 perustelukappale). Päätöksessä todetaan myös, että sopimuksessa täsmennetään sen olevan voimassa 31.12.2011 asti, minkä jälkeen se lähtökohtaisesti uudistetaan kahden vuoden ajaksi (43 perustelukappale).
- 8 Päätöksessä todetaan, että 3G-verkon yhteiskäyttö voidaan toteuttaa useilla eri tasoilla, näitä ovat kasvavan järjestyksen mukaisesti laitteistopaikkojen, tukiasemien (Node B) ja antennien, radioverkko-ohjainten (RNC, Radio Network Controllers), runkoverkkojen ja taajuuksien yhteiskäyttö (12 ja 15 perustelukappale).
- 9 Siinä täsmennetään, että RAN käsittää mastojen ja antennien sijoituspaikat, tukilaitekaapit sekä virtalähteen samoin kuin antennit, yhdistimet ja siirtoyhteydet, Node B:t ja radioverkko-ohjaimet (13 perustelukappale).

- 10 Päätöksessä todetaan, että kansallisissa verkkovierailuissa kyseisillä operaattoreilla ei ole verkon osia yhteiskäytössä vaan ne käyttävät toistensa verkkoa palvelujen tarjoamiseen omille asiakkailleen (16 perustelukappale).
- 11 Siinä täsmennetään, että sopimuksen mukainen kansallinen verkkovierailu sisältää yhtäältä O2:n verkkovierailut T-Mobilen verkossa alueella, jonka on katettava 50 prosenttia väestöstä, ja toisaalta vastavuoroiset verkkovierailut tämän alueen ulkopuolella (4.3.1 ja 4.3.2 kohta).
- 12 Relevanttien tuotteiden markkinoiden osalta komissio katsoo, että nyt kyseessä olevalla matkaviestintäalalla kyseessä ovat verkon käyttöoikeus- ja palvelumarkkinoiden osalta yhtäältä digitaalisen matkaviestinnän laitteistopaikkojen ja niiden infrastruktuurin markkinat ja toisaalta tukkupalveluna tarjottavien kansallisten 3G-verkkovierailujen markkinat. Se lisää, että sopimus vaikuttaa epäsuorasti kaksiiin muihin markkinoihin eli tukkupalveluna tarjottavien 3G-palvelujen markkinoihin ja 3G-palvelujen vähittäisjakelumarkkinoihin (46 perustelukappale).
- 13 Komissio katsoo, että maantieteellisesti merkitykselliset markkinat ovat kansalliset ja ulottuvat koko Saksan alueelle (60, 64 ja 72 perustelukappale).
- 14 Markkinoiden rakenteen osalta komissio tutkii erityisesti yhtäältä pääsyä tukkupalveluna tarjottavien kansallisten 3G-verkkovierailujen markkinoille ja toisaalta 3G-vähittäispalvelumarkkinoille.

- 15 Komissio katsoo, että T-Mobilella on 100 prosentin markkinaosuus tukkupalveluna tarjottavien kansallisten toisen sukupolven (jäljempänä 2G) verkkovierailujen markkinoilla Saksassa ja että 3G-verkkovierailujen osalta potentiaaliset tai tosiasialliset pääasialliset kilpailijat tukkupalvelumarkkinoilla ovat kaksi muuta toimiluvanhaltijaa, jotka tarjoavat Saksassa 3G-verkkoja ja -palveluja, eli D2 Vodafone ja E-Plus.
- 16 Komissio katsoo 3G-vähittäispalvelumarkkinoiden osalta, että pääasialliset kilpailijat ovat D2 Vodafone ja E-Plus sekä Mobilcomin ja Debitelin kaltaiset potentiaaliset palvelujen tarjoajat; sen näkemys perustuu sen käytettävissä olleisiin tietoihin, jotka koskevat 2G-vähittäispalveluja, joiden osalta markkinaosuuksien arvioitiin jakautuneen vuonna 2002 niin, että T-Mobilen osuus on 41,7 prosenttia, D2 Voda fonen osuus on 38,3 prosenttia, E-Plusin osuus on 12,2 prosenttia ja O2:n osuus on 7,8 prosenttia (74–77 perustelukappale).
- 17 Päätöksen mukaan ilmoitettu sopimus on kahden kilpailijan välinen horisontaalinen yhteistyösopimus, johon liittyy myös joitain vertikaalisia seikkoja. Sen tavoitteena ei ole rajoittaa kilpailua, mutta sillä voi olla tällainen vaikutus, koska sopimuspuolet kilpailevat kyseisillä markkinoilla (92 perustelukappale).
- 18 Komissio katsoo, että sopimukseen perustuva laitteistopaikkojen yhteiskäyttö ja tietojenvaihto eivät aiheuta kilpailunrajoituksia (95–103 perustelukappale ja 1 artikla). Koska RAN-yhteiskäytöstä ei vielä päätöksen teko aikaan ollut suunnitelmia, sitä ei käsitelty päätöksessä (104 perustelukappale).
- 19 Sitä vastoin komissio katsoo, että niiden verkko-operaattorien väliset kansalliset verkkovierailut, joilla on toimilupa ottaa käyttöön omat digitaaliset matkaviestinverkot ja harjoittaa niiden toimintaa, rajoittavat operaattorien välistä kilpailua tämän tärkeimpien muuttujien osalta (107 perustelukappale).

- 20 Komissio toteaa aluksi, että verkkovierailuilla on vaikutusta tukkupalvelumarkkinoihin. Se katsoo, että kilpailua rajoitetaan yhtäältä kattavuuden ja kattavuuden toteuttamisvauhdin osalta, koska verkkovierailuja suorittava operaattori ei komission mukaan käytä riittävästi omaa verkkoaan, ja toisaalta verkon laadun ja siirtonopeuksien osalta, koska verkkovierailuja suorittavaa operaattoria rajoittavat vierailukohdeverkon operaattorin tekemät tekniset ja kaupalliset valinnat. Lisäksi verkkovierailuja suorittavan operaattorin verkkopalvelujen ostajilta veloittamat tukkuhinnat riippuvat tukkuhinnoista, joita se itse maksaa vierailukohdeverkoston operaattorille. Näiden rajoitusten vaikutukset ovat vakavimmat alueilla, joilla taloudellisista syistä on otettava käyttöön rinnakkaiset, kilpailevat verkot, erityisesti tärkeimmillä kaupunkialueilla. Komissio arvioi, että kilpailua rajoittava vaikutus on huomattava, koska kyseessä ovat vasta kehittymässä olevat markkinat, joilla markkinoille tulon esteet ovat suuret toimilupiin ja välttämättömiin investointeihin liittyvien velvoitteiden vuoksi (107–110 perustelukappale).
- 21 Tämän jälkeen komissio katsoo, että verkkovierailuilla on rajoittavia vaikutuksia vähittäismarkkinoihin, koska ne johtavat tällä tasolla yhdenmukaisempiin kyseisten palvelujen tarjoamiseen sovellettaviin ehtoihin. Lisäksi sopimuspuolten välillä sovittu hintajärjestelmä voisi itsessään aiheuttaa vaaran vähittäishintojen yhteensovittamisesta (111 ja 112 perustelukappale).
- 22 Komissio katsoo myös, että verkkovierailuoikeuksien jälleenmyymistä MVNO:ille (Mobile Virtual Network Operators, matkaviestintäverkon virtuaaliset operaattorit) koskevat menetelmät rajoittavat tuotantoa ja muodostavat kilpailunrajoituksen, sillä sopimuksessa vaaditaan toisen sopimuspuolen ennakkosuostumus tälle jälleenmyynnille rajoittamalla asiakasryhmiä (115 ja 116 perustelukappale).
- 23 Se katsoo sitä vastoin verkkovierailuja koskevien muiden sopimusmääräysten osalta, että O2:n vähimmäisostovelvollisuudet T-Mobilelta eivät ole lisäkilpailunrajoitus (113 ja 114 perustelukappale) ja että verkkovierailuoikeuksien jälleenmyyntiä toisille

toimiluvan saaneille operaattoreille koskeva rajoitus ja verkkovierailuihin liittyvien tietojen vaihto eivät ole kilpailunrajoituksia (117, 118 ja 119 perustelukappale).

- 24 Komissio katsoo lisäksi, että sopimuksella on vaikutuksia ETA:n jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (120 perustelukappale).
- 25 Komissio tarkastelee tämän jälkeen sopimusta suhteessa EY 81 artiklan 3 kohdassa ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdassa mainittuihin poikkeuksen myöntämisen edellytyksiin.
- 26 Komissio katsoo ensinnäkin, että sopimus edesauttaa tuotannon parantamista ja kyseisten palvelujen jakelua sekä teknisen ja taloudellisen kehityksen edistämistä.
- 27 Aluetta, joka kattaa 50 prosenttia väestöstä, koskevien verkkovierailujen osalta päätöksessä todetaan, että O2 voi heti käyttöönottovaiheen alusta alkaen tarjota palveluilleen paremman kattavuuden ja laadun sekä suuremmat siirtonopeudet kuin jos se toimisi yksin kilpaillessaan muiden 3G-tukkipalvelujen ja 3G-vähittäispalvelujen tarjoajien kanssa (123 ja 124 perustelukappale).
- 28 Verkkovierailuista alueen, joka kattaa 50 prosenttia väestöstä, ulkopuolella päätöksessä todetaan, että O2:sta voi tulla kilpailija koko maan kattavien 3G-palvelujen vähittäismarkkinoilla, kun taas ilman sopimusta se ei olisi todennäköisesti voinut täyttää toimilupansa edellyttämää kattavuusvelvoitetta kyseisellä alueella (126 perustelukappale). Verkkovierailuoikeuksien jälleenmyynti MVNO:ille edistää kilpailua kansallisten 3G-verkkovierailujen, tukkutarjontana myytävän verkon käyttö-

ajan ja vähittäismyynnin markkinoilla (127 perustelukappale). Lisäksi sopimus antaa sopimuspuolille, erityisesti T-Mobilelle, mahdollisuuden lisätä ja tehostaa verkon käyttöään erityisesti harvaan asutuilla alueilla (128 perustelukappale).

- 29 Toiseksi komissio katsoo, että kansallisten 3G-verkkovierailujen positiivinen vaikutus O2:n kilpailuasemaan edistää kilpailua sekä digitaalisen matkaviestintä-verkon että -palvelujen markkinoilla, että kilpailijoilla on kannustimia ottaa käyttöön markkinoilla uusia palveluja ja että niihin kohdistuu suurempi paine alentaa hintoja. Se katsoo lisäksi, että vähittäistason lisääntyneen kilpailun johdosta syntyvät kustannussäästöt siirtyvät mahdollisesti hinnanalennuksina loppukäyttäjille (129 ja 130 perustelukappale).
- 30 Kolmanneksi komissio katsoo, että sopimuslausekkeet ovat välttämättömiä ja oikeasuhteisia todettujen hyötyjen saamiseksi, kun otetaan huomioon O2:n heikompi asema markkinoilla (131–133 perustelukappale). Puheensiirtopalveluja tarjoaville MVNO:ille suuntautuvien verkkovierailuoikeuksien jälleenmyynnin rajoitukset ovat sen mielestä yhtäältä välttämättömiä, jotta sopimus olisi hyödyllinen, ja toisaalta oikeasuhteisia, koska ne koskevat vain puheensiirtopalveluja (134–136 perustelukappale).
- 31 Neljänneksi komissio katsoo, että sopimus edistää kilpailua neljän toimiluvan saaneen ja 3G-verkkojen käyttöönottoa suunnittelevan 3G-verkko-operaattorin ja 3G-palveluoperaattorin välillä Saksassa samoin kuin palveluntarjoajien ja MVNO:iden välillä (lukuun ottamatta puheensiirtopalveluja). Se mahdollistaa myös sopimuspuolten välisen todellisen kilpailun, sillä lähtöverkko-operaattori valvoo omaa runkoverkkoaan ja voi siten tarjota eriytettyjä palveluja (137 ja 138 perustelukappale). Lisäksi komissio toteaa, että lähtöverkon operaattori vastaa edelleen hinnoittelusta ja laskutuksesta ja että sopimuspuolet käyttävät erilaisia laskutusperiaatteita (140 perustelukappale). Komissio katsoo lopuksi, että sopimuksen kilpailua edistävät kokonaisvaikutukset korvaavat merkittävästi sen, että MVNO:iden kilpailumahdollisuudet poistetaan osittain (142 perustelukappale).

32 Näin ollen todettuaan, että rajoitusten todennäköisiä vaikutuksia voidaan arvioida korkeintaan viiden vuoden ajanjaksolta (144 perustelukappale), komissio on päättänyt

- ettei se ryhdy EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaisesti toimenpiteisiin niiden sopimuskohtien osalta, jotka koskevat laitteistopaikkojen yhteiskäyttöä, laitteistopaikkojen yhteiskäytön edellyttämää tietojenvaihtoa ja sopimukseen sisältyvää rajoitusta kansallisten verkkovierailuoikeuksien jälleenmyynnistä muille toimiluvan saaneille verkko-operaattoreille (1 artikla)

- myöntää EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan nojalla poikkeuksen sopimusmääräyksille, jotka koskevat T-Mobilen O2:lle tarjoamia kansallisia 3G-verkkovierailuja alueella, jota koskee säädetty velvollisuus kattaa 50 prosenttia väestöstä 31.12.2005 mennessä, seuraavina ajanjaksoina:
 - 6.2.2002 ja 31.12.2005 välisenä aikana kaupungeissa, jotka sijaitsevat vyöhykkeellä, johon kuuluu pääasiallisesti kaupunkialueita (alue 1) maanalaisia vyöhykkeitä lukuun ottamatta

 - 6.2.2002 ja 31.12.2007 välisenä aikana alueilla, joihin kuuluu pienempiä kaupunkialueita, joiden kaupallinen merkitys on toissijainen (alue 2) maanalaisia vyöhykkeitä lukuun ottamatta

 - 6.2.2002 ja 31.12.2008 välisenä aikana vyöhykkeillä, joihin kuuluvat pienemmät kaupunkialueet, joiden kaupallinen merkitys on vähäisempi (alue 3) sekä alueiden 1, 2 ja 3 kaupunkien ja alueiden maanalaisilla vyöhykkeillä (2 artikla).

- 33 Komissio on myös myöntänyt poikkeuksen 6.2.2002 ja 31.12.2008 väliseksi ajaksi T-Mobilen ja O2:n väliselle kansalliselle 3G-verkkovierailujen tarjonnalle sen alueen ulkopuolella, jota koskee säädetty velvollisuus kattaa 50 prosenttia väestöstä 31.12.2005 mennessä, kuten sopimuksessa määritellään (päätöksen 3 artiklan a alakohta), sekä sopimuksessa määritellylle tiettyihin MVNO:ihin kohdistuvalle kansallisten 3G-verkkovierailuoikeuksien jälleenmyynnin rajoitukselle (päätöksen 3 artiklan b alakohta).

Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset

- 34 O2 on nostanut nyt esillä olevan kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 25.9.2003 toimittamallaan kanteella.
- 35 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella päättänyt aloittaa suullisen käsittelyn ryhtymällä aluksi prosessinjohtotoimiin.
- 36 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on 26.10.2005 tiedoksi annetulla prosessinjohtotoimella pyytänyt yhtäältä komissiota täsmentämään, mitkä ovat teksteihin, oikeuskäytäntöön, taloudelliseen analyysiin ja sen doktriineihin sisältyvät perusteet päätöksen 107 perustelukappaleessa esitetulle arviolle, jonka mukaan kansalliset verkkovierailut rajoittavat kilpailua, ja toisaalta se on pyytänyt O2:ta täsmentämään, mitkä ovat seuraukset sen verkon nopeammasta käyttämisestä sopimuksessa määrätyle verkkovierailuoikeuksia koskeville ostovelvoitteille, ja antamaan tietoja sen hinnoittelujärjestelmän erityispiirteistä.
- 37 Kantaja ja komissio ovat vastanneet näihin pyyntöihin 24.11.2005 rekisteröidyillä kirjeillään.

38 Asianosaisten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin kuultiin 7.12.2005 pidetyssä istunnossa.

39 O2 vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

- kumoaa EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland / O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) 16 päivänä heinäkuuta 2003 tehdyn komission päätöksen 2004/207/EY 2 artiklan ja 3 artiklan a alakohdan

- velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

40 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

- hylkää kanteen

- velvoittaa vastaajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

1. Kanteen tutkittavaksi ottaminen ja kumoamisvaatimusten ulottuvuus

Asianosaisten lausumat

41 Aluksi komissio toteaa, että päätöksessä erotellaan sopimuksen horisontaaliset näkökohdat ja sen vertikaaliset näkökohdat ja että kantaja on jättänyt ottamatta

huomion tämän erottelun ja tulkinnut virheellisesti oikeuskäytäntöä sekä sopimussuhdettaan T-Mobileen. Komissio kyseenalaistaa tältä osin O2:n oikeussuojan tarpeen, koska kantaja vaatii sopimuksen horisontaalisia näkökohtia koskevaa päätöksen 2 artiklan ja 3 artiklan a alakohdan kumoamista eikä sen vertikaalisia näkökohtia koskevan 3 artiklan b alakohdan kumoamista. Näin kantaja komission mukaan myöntää, että sopimuksen tämä osa kuuluu EY 81 artiklan 1 kohdan mukaisen kiellon soveltamisalaan ja että poikkeus on tälle osalle tarpeen.

- 42 Komissio on lisäksi istunnossa esittänyt epäilyjä kantajan oikeussuojan tarpeesta siitä syystä, että päätös, jolla myönnetään O2:lle poikkeus, joka velvoittaa kansallisia viranomaisia ja tuomioistuimia, antaa O2:lle oikeusvarmuuden, joka häviäisi, jos päätös kumottaisiin, sillä komissio ei voisi tehdä uutta päätöstä, koska perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16 päivänä joulukuuta 2002 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1) lopetettiin sopimusten ennalta ilmoittamista koskeva järjestelmä poikkeuksen saamiseksi.
- 43 O2 väittää, että komission väitteet eivät ole perusteltuja erityisesti sen kanteen tutkittavaksi ottamisen osalta ja että kanteen kohteena olevista päätöksen osista syntyy sitovia oikeusvaikutuksia ja näistä voidaan näin ollen nostaa kumoamiskanne.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 44 Päätöksestä ilmenee, että O2 ja T-Mobile ovat puuttumattomuustodistuksen tai poikkeuksen saadakseen ilmoittaneet komissiolle 6.2.2002 sopimuksen, joka sisältää kaksi pääasiallista osaa, toisin sanoen laitteistopaikkojen yhteiskäytön ja kansalliset verkkovierailut, ja jonka on tarkoitus olla voimassa vuoteen 2011 asti niin, että sen voimassaolo jatkuu automaattisesti kahdella vuodella, ja että komissio on myöntänyt ensimmäisen osan osalta puuttumattomuustodistuksen ja toisen osalta vuoteen

2008 voimassa olevan poikkeuksen. Ilmoituksesta ilmenee lisäksi, että sopimuspuolet ovat katsoneet, ettei sopimuksen tarkoituksena eikä seurauksena ole kilpailun rajoittaminen, ja että ne hakivat poikkeusta vain toissijaisesti. Lisäksi O2 on todennut istunnossa, että ne ajalliset rajoitukset, jotka se itse ja T-Mobile on suostunut sisällyttämään sopimukseen komission pyynnöstä ja joita ilman ne eivät olisi saaneet poikkeusta, aiheuttavat niille käytännön ongelmia, jotka liittyvät näin vahvistettujen määräaikojen noudattamiseen.

- 45 Yhtäältä on todettava, että päätös, joka on osoitettu O2:lle, on vain osittain sen toiveiden mukainen, kun otetaan huomioon ilmoituksen sanamuoto, ja toisaalta, että kantaja vaatii sen osittaista kumoamista siltä osin kuin komissio ei ole katsonut, että EY 81 artiklan 1 kohtaa ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohtaa ei voida soveltaa ilmoitettuun sopimukseen siitä syystä, että sopimus ei ole kilpailua rajoittava, ja kun se ei ole myöntänyt ensisijaisesti pyydettyä puuttumattomuustodistusta. On myös todettava, että päätös, jossa asetetaan myönnettyä poikkeusta koskeva sitova aikataulu, voi vaikuttaa kantajan etuihin sen aikaansaamien sitovien oikeusvaikutusten vuoksi.
- 46 Näin ollen nyt esillä oleva kanne, jolla tosiasiaa pyritään riidanalaisten säännösten kumoamiseen vain siltä osin kuin ne merkitsevät sitä, että kyseessä oleviin sopimuslausekkeisiin sovelletaan EY 81 artiklan 1 kohtaa ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohtaa, on tutkittava (ks. vastaavasti asia T-112/99, M6 ym. v. komissio, tuomio 18.9.2001, Kok. 2001, s. II-2459, 36–40 kohta ja 44 kohta).
- 47 Tätä päätelmää ei horjuta komission väite siitä, että se, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin mahdollisesti kumoaisi päätöksen riidanalaiset säännökset, saattaisi O2:n oikeudellisesti epävarmaan asemaan, koska uutta päätöstä ei voitaisi tehdä, koska tätä 6 päivänä helmikuuta 1962 annettulla neuvoston asetuksella N:o 17 (perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204) säädettyä menettelyä ei enää ole nytemmin sovellettavan asetuksen N:o 1/2003 yhteydessä.

- 48 Jos päätös kumottaisiin tällä tavalla, komission täytyisi nimittäin tähän kumoamiseen liittyvällä taannehtivuudella tehdä uusi päätös niistä ilmoitetun sopimuksen määräyksistä, joita tämä kumoaminen koskee, ja sen olisi lausuttava erityisesti puuttumattomuustodistusta koskevasta pyynnöstä lähtökohtanaan päivämäärä, jolloin ilmoitus tehtiin, ja tutkittava pyyntö näin asetuksen N:o 17/62 mukaisesti (ks. vastaavasti asia C-415/96, Espanja v. komissio, tuomio 12.11.1998, Kok. 1998, s. I-6993, 31 kohta). Sillä, että asetuksella N:o 1/2003, jolla nyttemmin säännellään EY 81 ja EY 82 artiklassa määrättyjen kilpailusääntöjen täytäntöönpanoa, on poistettu aiempi ilmoitusmenettely, ei näin ollen ole seurauksia sellaisen tuomion täytäntöönpanolle, jolla hyväksytään kantajan esittämä kumoamisvaatimus.
- 49 Lisäksi päätöksen osittainen kumoaminen, joka perustuu kantajan vaatimuksen tavoin siihen, että komission todetaan syyllistyneen lainvastaisuuteen päivänä, jona se on tehnyt päätöksen, kun se on kieltäytynyt myöntämästä puuttumattomuustodistusta kaikille ilmoitetuille sopimuslausekkeille, ei voi haitata kantajan oikeusvarmuutta, vaan se vahvistaa sitä siltä osin kuin tällaisen kumoamistuomion perusteluista ilmenee, että kansallisiin verkkovierailuihin liittyvät sopimuksen riidanalaiset lausekkeet eivät kuulu EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaisen kiellon soveltamisalaan.

2. Pääasia

Alustavat huomautukset

- 50 Kantaja väittää kanteessaan, että komissio on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, että sopimus rajoittaa kilpailua, koska yhtäältä kilpailua ei rajoiteta ja toisaalta väitetty rajoittaminen ei johdu sopimuksesta. Se lisää, että ”komission päätelmät tältä osin eivät ole riittävän perusteltuja, mikä on ristiriidassa EY 253 artiklassa määrätyn perusteluvollisuuden kanssa”.

- 51 Viimeksi mainittu väite on sen sanamuodosta huolimatta ymmärrettävä niin, että sillä pyritään toteamaan luonteeltaan riittämättömän perusteelliseksi se tutkinta, jonka perusteella komissio on päätellyt, että sopimus oli kilpailua rajoittava mutta saattoi kuitenkin olla poikkeuksen kohteena; tämä kysymys liittyy siihen, oliko päätös aiheellinen, eikä ulkoiseen laillisuuteen kuuluviin riidanalaisen toimenpiteen perusteluihin. Sekä asiassa käyty kirjeenvaihto että suulliset väitteet ovat rajoittuneet yksinomaan riita-asian pääasiaan liittyviin kysymyksiin, eikä O2 myöskään ole täsmentänyt vetoamistaan EY 253 artiklaan niin, että voitaisiin yksilöidä ne päätöksen kohdat, joita ei olisi perusteltu.
- 52 Tämä väite on näin ollen liitettävä pääasiaa koskeviin kahteen kanneperusteeseen, jotka O2 on esittänyt kanteensa tueksi ja jotka koskevat niitä oikeudellisia virheitä, joita se väittää komission tehneen sopimuksessa määritettyjen kansallisten verkkovierailujen osalta. Kantaja väittää ensinnäkin, että komissio on päätellyt virheellisesti, että sopimus saa aikaan EY 81 artiklan 1 kohdassa ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja kilpailun vääristymiä. Kantajan mukaan komissio, joka on myöntänyt, että sopimuksella ei ollut kilpailunvastaista tarkoitusta, on analysoinut kilpailutilannetta vain osittain, tutkimatta tätä sellaisena kuin se on sopimuksen puuttuessa ja ottamatta näin huomioon vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Toiseksi väitetty rajoittaminen ei johdu näissä määräyksissä tarkoitettusta sopimuksesta vaan kantajan yksipuolisista toimista.

Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee kilpailunrajoitusten puuttumista ja kilpailutilanteen riittämättömyyttä analyysia

Asianosaisten lausumat

- 53 O2 väittää, että vaikka onkin myönnetty, että sopimuksella ei ollut kilpailua rajoittavaa tarkoitusta, komissio ei ole analysoinut sopimuksen todellisia vaikutuksia kilpailuun, ja erityisesti, että se ei ole tutkinut sitä, mitkä olisivat olleet

kilpailuolosuhteet, jos sopimusta ei olisi ollut. Oikeuskäytännön mukaan tällainen kokonaistutkimus on kuitenkin tehtävä yleisesti kaikkien, sekä horisontaalisten että vertikaalisten, sopimusten osalta, kuten komissiokin toteaa EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin antamissaan suuntaviivoissa (EYVL 2001, C 3, s. 2). Komission päätelmät eivät kantajan mukaan perustu myöskään kyseessä oleviin markkinoihin liittyvien asiaankuuluvien tosiseikkojen analysointiin.

54 O2 väittää, että komission päätelmät lähtevät siitä virheellisestä periaatteellisesta kannasta, jonka mukaan kansalliset verkkovierailut rajoittaisivat itsessään kilpailua, koska O2 voi sopimuksen perusteella ostaa tukkupalveluja T-Mobilelta ja olla suorittamatta niitä itse. Komissio tyytyy väittämään, että O2:n riippuvuus T-Mobilen verkosta muodostaa kilpailunrajoituksen ilman, että se näyttäisi sen toteen taikka suorittaisi EY 81 artiklan 1 kohdan edellyttämän taloudellisen analyysin.

55 Näin ollen komissio ainoastaan esittää yleisiä väitteitä, jotka ovat ristiriidassa sen päätökseen sisältyvien toteamusten kanssa, joiden mukaan sopimus ei millään tavoin rajoita kilpailua vaan on kantajalle hyödyllinen (päätöksen 122–142 perustelukupale). Komission päätelmät ovat kantajan mukaan lisäksi ristiriidassa oikeuskäytännön ja hallintokäytännön kanssa.

56 O2 väittää tältä osin, että sopimuksella on positiivisia vaikutuksia kilpailuun – kuten päätöksessään myönnetään –, olipa kyseessä väestön kattaminen, suoritettujen palvelujen laatu, viestinnän nopeus ja hinnat. Kantaja korostaa, että sopimuksen puuttuessa sen kilpailuasema olisi ollut heikompi eikä se olisi todennäköisesti voinut varmistaa 3G-palveluille vaaditun väestöosuuden kattamista vahvistetussa määräjassa, minkä komissio on myöntänyt päätöksessään.

- 57 Kantaja väittää vielä, että sopimus on tarpeen ja välttämätön, jotta se voisi toimia siinä eritellyillä kahdella verkkovierailualueella kilpailukykyisenä operaattorina, joka voi tarjota kattavuuden ja laadukkaat palvelut 3G-matkaviestintämarkkinoilla. Kun sopimuksessa sallitaan O2:n täydentää väestön kattamista koskevaa kapasiteettiaan, siinä edistetään O2:n pääsyä markkinoille ja näin ollen kilpailua.
- 58 O2 väittää myös, että verkkovierailulla ei ole negatiivisia vaikutuksia palvelujen tuotannon, innovaation, valikoiman tai laadun kannalta, minkä komissio on kantajan mukaan myös myöntänyt.
- 59 Kantaja väittää hintaan kohdistuvien vaikutusten osalta, että se, että sen tukkuhinnat riippuvat tietyssä määrin T-Mobilen tukkuhinnoista, ei ole kilpailunrajoitus, koska tilanne on tällainen kaikille yrityksille, jotka käyttävät hankkijoita tietyille tuotteilleen tai palveluilleen. Lisäksi päätöksessä tarkoitettu hintojen koordinoiminen tai niistä sopimisen riski on puhtaasti spekulatiivinen, eikä se perustu mihinkään todisteeseen tai analyysiin.
- 60 Komissio väittää, että kantajan väitteet, jotka koskevat kilpailutilanteen tutkimista sellaisena kuin se olisi ollut ilman sopimusta, johtaisi rule of reason -periaatteen soveltamiseen EY 81 artiklan 1 kohdan määräyksiin, mikä on ristiriidassa oikeuskäytännön kanssa. Vastaja toteaa, että koska kyseessä on horisontaalinen yhteistyösopimus, se on omien suuntaviivojensa mukaisesti ensin tutkinut sopimuksen vaikutusta kilpailuun EY 81 artiklan 1 kohdan mukaisesti tarkastellen todellisia tai potentiaalisia kilpailunrajoituksia, joita olisi ollut sopimuksen puuttuessa, minkä jälkeen se on laatinut yhteenvedon sen kilpailua edistävästä ja kilpailunvastaisista vaikutuksista EY 81 artiklan 3 kohdan mukaisen arvioinnin suorittamiseksi.

- 61 Komissio väittää, että sopimuksessa tarkoitetut verkkovierailut vaikuttavat operaattorien väliseen kilpailuun verkoissa, millä on erityinen vaikutus matkapuhelinmarkkinoilla vallitsevalle kilpailulle. Se toteaa, että nyt esillä olevassa asiassa kahden kilpailijan välillä tehty sopimus on omiaan vaikuttamaan niiden käyttäytymiseen kilpailua koskevien pääasiallisten muuttujien osalta.
- 62 Vastaaja väittää, että vaikka O2 ja T-Mobile pystyvät molemmat täysin perustamaan omat verkkonsa ja tarjoamaan 3G-palveluja, sopimuksen tavoitteena on mahdollistaa se, että kantaja voi osittain hidastaa tai rajoittaa verkkonsa käyttämistä ja siten vähentää infrastruktuurikustannuksiaan. Sopimuksesta johtuva O2:n verkon riippuvuus T-Mobilen verkosta vaikuttaa välttämättä yhtäältä kilpailuun alueilla, joilla O2:n verkkoa käytetään, ja toisaalta tämän verkon tulevan käytön suunnitteluun. Tältä osin verkkovierailut, toisin kuin muut yhteistyömuodot, kuten laitteistopaikkojen yhteiskäyttö tai radioliityntäverkko, heikentävät kilpailua kansallisilla matkaviestintämarkkinoilla.
- 63 Näin ollen verkkovierailut rajoittavat kilpailua kattavuuden kannalta, koska O2 on riippuvainen T-Mobilesta sekä kaupunki- että maaseutualueilla. Kantaja on riippuvainen T-Mobilesta myös tietojensiirron laadun ja nopeuden suhteen, vaikka sopimus säilyttäisikin vielä tietyn kilpailumarginaalin. Lopuksi O2:n laskuttama hinta määräytyy T-Mobilelle maksettujen tukkuhintojen perusteella. Tältä osin komissio väittää, että kun kantaja arvioi, että tämä hintasidonnaisuus koskee vain 10:tä prosenttia 3G-matkaviestinnästä, se minimoi paketteina tapahtuvaa tietojensiirtoa koskevien palvelujen merkityksen, ja tällainen tietojensiirto on erittäin tunnusomaista 3G-matkaviestintäpalveluille.
- 64 Komissio väittää, että sen arvio perustuu sopimuspuolten antamiin tietoihin erityisesti verkkovierailujen hinnoittelun, O2:n suorittaman T-Mobilen verkon

käytön ja O2:n kilpailukyvyyn osalta. Se väittää, että päätös noudattaa yhtäältä sen verkkovierailujen rajoittavaa luonnetta koskevaa yleistä kantaa, johon yhtyvät useat kansalliset sääntelyviranomaiset, ja toisaalta Britannian markkinoita koskevassa aikaisemmassa asian kannalta merkityksellisessä päätöksessä omaksuttua kantaa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

65 Riita-asiassa nousee esiin pääasiallisena kysymyksenä se, onko komissio tutkiessaan ilmoitettua sopimusta EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan nojalla perustellut lainmukaisesti näkemystään, jonka mukaan sopimus rajoittaa kilpailua, ja onko se tämän tehdäkseen suorittanut näissä määräyksissä, sellaisina kuin niitä on tulkittu oikeuskäytännössä, vaaditun analyysin. Kantajan mukaan komission lähtökohtana on periaate, jonka mukaan kansalliset verkkovierailut itsessään rajoittaisivat kilpailua, eikä se ole tutkinut tilannetta sellaisena kuin se on sopimuksen puuttuessa, kun taas vastaajan mielestä kantaja vaatii sitä esittämällään kritiikillä soveltamaan rule of reason -periaatetta EY 81 artiklan 1 kohtaan, mikä on ristiriidassa oikeuskäytännön kanssa.

66 Kun arvioidaan sopimuksen soveltuvuutta yhteismarkkinoille EY 81 artiklan 1 kohdassa mainittuun kieltoon nähden, on tarkasteltava sitä taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä, johon sopimus sijoittuu (asia 22/71, Béguelin Import, tuomio 25.11.1971, Kok. 1971, s. 949, 13 kohta), sen tavoite, sen vaikutukset sekä se, miten sopimus vaikuttaa yhteisön sisäiseen kauppaan, ottamalla erityisesti huomioon yritysten taloudellinen toimintaympäristö, kysymyksessä olevissa sopimuksissa tarkoitetut tuotteet tai palvelut sekä kyseisten markkinoiden rakenne ja niiden toiminnan tosiasialliset edellytykset (asia C-399/93, Oude Littikhuis ym., tuomio 12.12.1995, Kok. 1995, s. I-4515, 10 kohta).

- 67 Tämä tarkastelumenetelmä on yleisesti sovellettava, eikä sitä ole varattu tietyille sopimusluokalle (ks. eri sopimustyypeistä asia 56/65, *Société minière et technique*, tuomio 30.6.1966, Kok. 1966, s. 337, Kok. Ep. I, s. 251, 359 ja 360 kohta; asia C-250/92, DLG, tuomio 15.12.1994, Kok. 1994, s. I-5641, 31 kohta; asia T-35/92, *John Deere v. komissio*, tuomio 27.10.1994, Kok. 1994, s. II-957, 51 ja 52 kohta ja yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94, *European Night Services ym. v. komissio*, tuomio 15.9.1998, Kok. 1998, s. II-3141, 136 ja 137 kohta).
- 68 Lisäksi nyt esillä olevan kaltaisessa tapauksessa, jossa myönnetään, että sopimuksen kohde ei ole kilpailunvastainen, on tarpeen tutkia sopimuksen vaikutuksia ja sen kieltämiseksi on edellytettävä sellaisten tekijöiden esiintymistä, jotka osoittavat, että kilpailu on tosiasiallisesti estynyt tai että sitä on rajoitettu tai vääristetty tuntuvasti. Kilpailu, josta on kyse, on ymmärrettävä siinä todellisessa yhteydessä, jossa sitä esiintyisi riidanalaisen sopimuksen puuttuessa, ja kilpailun heikentyminen voidaan kyseenalaistaa erityisesti, jos sopimus olisi välttämätön juuri siksi, että yritys voisi saada pääsyn alueelle, jolla se ei toimi (em. asia *Société minière et technique*, tuomion 359 ja 360 kohta).
- 69 Erityisesti sopimuksen puuttuessa vallitsevan kilpailutilanteen huomioon ottamisen osalta tällainen analysointimenetelmä ei merkitse sopimuksen kilpailua edistävien ja sitä estävien vaikutusten kartoittamista eikä eräänlaisen rule of reason -periaatteen soveltamista, jonka olemassaoloa yhteisöjen tuomioistuimet eivät ole myöntäneet EY 81 artiklan 1 kohdan yhteydessä (asia C-235/92 P, *Montecatini v. komissio*, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4539, 133 kohta; em. asia M6 ym. v. komissio, tuomion 72–77 kohta ja asia T-65/98, *Van den Bergh Foods v. komissio*, tuomio 23.10.2002, Kok. 2002, s. II-4653, 106 ja 107 kohta).
- 70 Tältä osin se, että väitetään kantajan tavoin, että komissio on suorittanut osittaisen analyysin, kun se ei ole tutkinut kilpailutilannetta sellaisena kuin se on sopimuksen puuttuessa, ei merkitse, että EY 81 artiklan 1 kohdan vaiheessa olisi kartoitettava sopimuksen positiiviset ja negatiiviset vaikutukset kilpailun kannalta. Toisin kuin vastaaja tulkitsee kantajan väitteitä, kantaja tukeutuu ainoastaan vakiintuneessa oikeuskäytännössä edellytettyyn analysointimenetelmään.

71 EY 81 artiklan 1 kohdassa edellytetty tutkinta muodostuu nimittäin ennen kaikkea siitä, että on otettava huomioon sopimuksen vaikutus todelliseen ja mahdolliseen kilpailuun (ks. vastaavasti asia C-234/89, *Delimitis*, tuomio 28.2.1991, Kok. 1991, s. I-935, Kok. Ep. XI, s. I-77, 21 kohta) ja kilpailutilanne sopimuksen puuttuessa (em. asia *Société minière et technique*, tuomion 359 ja 360 kohta), koska nämä kaksi näkökulmaa ovat luonnostaan sidoksissa toisiinsa.

72 Kilpailun tutkiminen sopimuksen puuttuessa on erityisen tarpeellinen, kun kyseessä ovat vapautumassa olevat markkinat taikka vasta kehittymässä olevat markkinat, kuten nyt kyseessä olevat 3G-matkaviestintämarkkinat, joilla kilpailun tehokkuus voi olla ongelmallista esimerkiksi hallitsevan operaattorin läsnäolon, markkinarakenteen keskittyneen luonteen tai markkinoille pääsyn merkittävien esteiden olemassaolon vuoksi – nämä kaikki seikat mainitaan kyseessä olevassa päätöksessä.

73 Jotta voidaan ottaa huomioon ne molemmat osat, jotka tosiasiaassa sisältyvät nyt esillä olevaan kanneperusteeseen, on siis ensinnäkin tutkittava, onko komissio todellakin tutkinut kilpailutilannetta sellaisena kuin se olisi sopimuksen puuttuessa, ja toiseksi, ovatko sen sopimuksen vaikutuksista kilpailulle tekemät päätelmät riittävän perusteltuja.

– Kilpailutilanteen tutkiminen sellaisena kuin se on sopimuksen puuttuessa

74 Päätöstä ei voida moittia siitä, että siinä ei ole sopimuksen vaikutusten analysoimiseksi vertailtu sopimuksesta johtuvaa ja sen puuttuessa vallitsevaa kilpailurakennetta. Siitä, miten vertailu on suoritettu, on sitä vastoin todettava, että sopimuksen vaikutusten tutkiminen perustuu ajatukselle siitä, että sekä sopimuksen ollessa olemassa että sen puuttuessa molemmat operaattorit, O2 ja T-Mobile,

olisivat olleet läsnä kyseisillä markkinoilla ja kilpailutilanteessa siellä. Missään vaiheessa ei ole ajateltu sellaista mahdollisuutta, että sopimuksen puuttuessa O2 olisi voinut olla kokonaan tai osittain poissa Saksan 3G-televiestintämarkkinoilta.

- 75 Päätöksestä ilmenee nimittäin implisiittisesti mutta väistämättä, että komissio on yhtäältä katsonut, että O2 olisi joka tapauksessa läsnä markkinoilla, mikä ilmenee esimerkiksi päätöksen 97 perustelukappaleesta esitetystä laskelmista, jotka koskevat 3G-laitteistopaikkojen infrastruktuurimarkkinoita 2G-laitteistopaikkojen vastaavia markkinoita koskevien tietojen perusteella, ja toisaalta, että kilpailua ei ole rajoitettu, kun taas juuri riidanalainen sopimus aiheuttaisi siinä määritettyjen kansallisten verkkovierailujen vuoksi tällaisen rajoituksen, mikä ilmenee erityisesti päätöksen 107 perustelukappaleesta.
- 76 Komissio on vahvistanut istunnossa, että sen lähestymistapa oli ollut juuri tämä. Vastaja on todennut tältä osin, että mikään sopimuspuolten esittämä seikka ei ollut antanut sille aihetta ajatella, että sopimuksen tekeminen olisi ollut välttämätön edellytys O2:n pääsulle 3G-markkinoille, kun se oli jo läsnä 2G-markkinoilla, että kantaja oli ilmaissut sille aikeensa tulla 3G-markkinoille ja että komissio oli lisäksi todennut, että 2G-markkinoilla olevat toimiluvanhaltijat pysyisivät markkinoilla.
- 77 Komissio on ottanut lähtökohdakseen sen, että O2 oli läsnä matkaviestintämarkkinoilla, eikä se näin ollen ole katsonut olevansa velvollinen tarkastelemaan syvemmin kysymystä siitä, olisiko O2 ollut sopimuksen puuttuessa läsnä 3G-markkinoilla. On todettava, että päätöksessä tätä olettaa ei mitenkään analysoida eikä perustella sen paikkansapitävyyden osoittamiseksi, ja vastaja on voinut vain vahvistaa istunnossa tämän toteamuksen. Koska ei ole tehty tällaista objektiivista tutkimusta kilpailutilanteesta sopimuksen puuttuessa, komissio ei ole voinut pätevästi arvioida sitä, missä määrin sopimus oli tarpeen O2:lle 3G-matkaviestintämarkkinoille pääsemiseksi. Tämä toimitus ei ole näin ollen noudattanut velvollisuuttaan analysoida objektiivisesti sopimuksen vaikutusta kilpailutilanteeseen.

78 Tätä aukkoa ei voida pitää seurausten kannalta vaikutuksettomana. Sopimuksen analyysin yhteydessä EY 81 artiklan 3 kohdassa määrättyihin poikkeuksien myöntämismahdollisuuksien edellytyksiä koskevista päätöksistä esitetyistä toteamuksista ilmenee, että jopa komission mielestä ei ollut kovin todennäköistä, että O2 olisi voinut yksilöllisesti, ilman sopimusta varmistaa alusta alkaen 3G-palvelujen paremman kattavuuden, paremman laadun ja suuremman nopeuden, käyttää verkkoa ja toimittaa 3G-palveluja nopeasti, päästä kyseisille tukku- ja vähittäispalvelumarkkinoille ja olla siten tehokas kilpailija (122, 123, 124, 126 ja 135 perustelukappale). Näiden seikkojen vuoksi komissio on katsonut, että sopimukselle voitaisiin myöntää poikkeus.

79 Tällaiset seikat, jotka merkitsevät sopimuksen puuttuessa kilpailutilanteen ja erityisesti O2:n tilanteen epävarmuutta, osoittavat, että O2:n esiintymistä 3G-viestintämarkkinoilla ei voitu pitää taattuna, kuten komissio on väittänyt, ja että tämän tutkiminen olisi ollut välttämätöntä paitsi poikkeuksen myöntämiseksi myös sitä ennen EY 81 artiklan sovellettavuuden määrääviä kilpailutilanteeseen kohdistuvia sopimusvaikutuksia koskevan taloudellisen analyysin kannalta.

– Sopimuksen vaikutus kilpailuun

80 Kantaja moittii komissiota siitä, että se pitäytyy periaatteellisessa kannassa, joka muodostuu siitä, että verkkovierailut itsessään rajoittaisivat kilpailua, ja että se on päätellyt yleisten, toteennäyttämättömien väitteiden kautta, että sopimus ei soveltunut yhteismarkkinoille EY 81 artiklan 1 kohdassa ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla.

- 81 Päätöksestä ilmenee, että komissio katsoo kansallisten verkkovierailujen vaikutuksista tukkomarkkinakilpailuun, että ”verkko-operaattorien väliset kansalliset verkkovierailut – rajoittavat operaattorien välistä kilpailua kaikilla kyseisillä verkkomarkkinoilla kilpailun tärkeimpien muuttujien (kattavuus, laatu ja siirtonopeudet) osalta” (107 perustelukappale).
- 82 Komissio toteaa tämän jälkeen, että kansalliset verkkovierailut ”rajoittavat kattavuutta ja kattavuuden toteuttamisvauhtia koskevaa kilpailua, koska sen sijaan, että operaattori ottaisi käyttöön oman verkon kattaakseen mahdollisimman suuren osan alueesta ja väestöstä mahdollisimman nopeasti, se tukeutuu vierailukohdeverkon operaattorin verkon suomaan kattavuuteen”. Se lisää, että ”kansalliset verkkovierailut rajoittavat kilpailua myös verkon laadun ja siirtonopeuksien osalta, koska vierailijaa rajoittavat vierailukohdeverkon laatu ja siirtonopeus, jotka riippuvat vierailukohdeverkon operaattorin tekemistä teknisistä ja kaupallisista valinnoista” ja että O2:n ”omien verkko- ja käyttöoikeuspalvelujen ostajilta veloittamia tukkuhintoja rajoittavat tukkuhinnat, joita se itse joutuu maksamaan T-Mobilelle” (107 perustelukappale).
- 83 Komissio täsmentää, että ”kun otetaan huomioon tästä seuraavat rajoitukset, jotka koskevat [O2:n] ja T-Mobilen kykyä kilpailla kattavuudella, laadulla, siirtonopeuksilla ja tukkuhinnoilla, [O2:n] ja T-Mobilen väliset 3G-verkkovierailut vaikuttavat kilpailuun kaikilla Saksan 3G-verkkomarkkinoilla” (109 perustelukappale) ja että ”tukkutason kansalliset verkkovierailut johtavat yhdenmukaisempiin ehtoihin vähittäismarkkinoilla, koska verkon kattavuus, laatu ja siirtonopeudet ovat todennäköisesti samankaltaiset” (111 perustelukappale).
- 84 Komissio katsoo myös, että ”toisen sopimuspuolen ennakkosuostumu[s] verkkovierailukapasiteetin jälleenmyymiseen puheensiirtopalveluja loppukäyttäjille tarjoaville

MVNO:ille” on ”ostajatyypin rajoittami[sta]” ja että se ”rajoittaa tuotantoa ja on sen vuoksi – – kilpailunrajoitus” (115 ja 116 perustelukappale).

85 Näistä päätelmistä ilmenee, että komission mielestä sopimuspuolten tekemän kaltainen verkkovierailusopimus rajoittaa itsessään kilpailua sen riippuvuuden vuoksi, johon kansalliset verkkovierailut saattaisivat vierailuja suorittavan operaattorin vierailukohdeverkon operaattoriin nähden. Rajoitus ilmenee kolmessa suhteessa: ensinnäkin verkon kattavuuden kannalta, koska verkkovierailut jarruttavat sopimuskumppaninsa verkkoa käyttävän operaattorin verkon käyttämistä, toiseksi verkkojen laadun ja siirtonopeuksien osalta, koska vieraileva operaattori on riippuvainen vierailukohdeoperaattorin suorittamista teknisistä ja kaupallisista valinnoista, ja kolmanneksi hinnan osalta sen vuoksi, että verkkovierailuja suorittavan operaattorin tukkuhinnat määräytyvät vierailukohdeoperaattorille maksettujen tukkuhintojen perusteella, kuten nyt esillä olevassa asiassa.

86 Tällaiset yleiset näkemykset, joita voidaan esittää kaikista kansallisista verkkovierailuja koskevista sopimuksista, eivät kuitenkaan perustu mihinkään täsmälliseen tekijään, joka osoittaisi niiden paikkansapitävyyden O2:n ja T-Mobilen välisen sopimuksen tapauksessa.

87 Päätös tosin sisältää eri perustelukappaleita sopimuksen asiayhteyden kuvailemiseksi. Siinä kuvaillaan se taloudellinen, oikeudellinen ja tekninen asiayhteys, jossa sopimus on tehty (6–22 perustelukappale) ja jossa esitellään sopimuksen rakenne sen laajennettua laitteistopaikkojen yhteiskäyttöä, radioliityntäverkkojen yhteiskäyttöä ja kansallisia verkkovierailuja koskevien eri määräysten osalta (23–43 perustelukappale). Siinä tarkastellaan myös kyseessä olevia markkinoita, toisin sanoen tuotteiden ja palvelujen tukku- ja vähittäismarkkinoita sekä maantieteellisiä markkinoita (44–72 perustelukappale), ja siinä annetaan tietoja markkinoiden rakenteesta erityisesti sen suhteen, mitkä ovat todellisia tai potentiaalisia kilpailijoita eri markkinoilla (73–77 perustelukappale ja 96–99 perustelukappale).

- 88 Nämä tekijät, jotka on tuotu esiin kyseessä olevien yritysten toiminta-alan esittelemiseksi, eivät kuitenkaan mitenkään selvennä sopimuksen vaikutuksia koskevaa arviointia.
- 89 Kun komissiolle esitettiin istunnossa kysymyksiä siitä, mitkä sopimuksen erityiset ja päätökseen sisältyvät konkreettiset tekijät kansallisten verkkovierailujen kilpailua rajoittavaa luonnetta koskevien yleisten arvioiden lisäksi ovat tämän erityisen tapauksen arvioinnin perustana, se korosti neljän operaattorin toimintakenttänä olevien kyseisten markkinoiden erittäin keskittyntä luonnetta ja painotti kahta näkökohtaa, jotka eivät esiinny kaikissa verkkovierailusopimuksissa. Yhtäältä verkkovierailut ovat komission mukaan sopimuksen merkittävä osa. Tässä luodaan tilanne, jossa O2 ei ole pakotettu käyttämään yhtä verkkoa olennaisella osalla Saksan aluetta ja jossa sillä on erityisen kielteinen vaikutus keskeisillä kaupunkialueilla, jotka ovat taloudellisesti kannattavimpia. Toisaalta tukkuhintojen määrittelymekanismi, joka sisältää kiinteän osan, tekisi O2:n soveltamat hinnat riippuvaisiksi T-Mobilelle maksetuista hinnoista. Kun tällä mekanismilla rajoitetaan O2:n toimintamarginaalia hintojensa muuntelemiseksi markkinoilla, sillä rajoitetaan kilpailua. Vastaja on lisäksi todennut, että päätöksen 107 perustelukappaleeseen sisältyvää arviointia selkeytetään päätöksessä kokonaisuudessaan.
- 90 Vastajan mainitsemien kahden seikan suhteen on siis tutkittava, näytetäänkö riidanalaisessa päätöksessä toteen kilpailunrajoitukset, joita sopimuksesta väitetään aiheutuvan.
- 91 Ensinnäkin verkkovierailujen merkityksestä sopimuksessa ja niiden väitetyistä rajoittavista vaikutuksista keskeisillä kaupunkialueilla on todettava päätöksestä ja erityisesti sen 107 ja 108 perustelukappaleesta ilmenevän, että komissio on kansallisten verkkovierailujen itsessään ja nyt esillä olevassa asiassa sopimuksen rajoittavan luonteen toteamiseksi katsonut, että sen vaikutus oli kielteisin alueilla, joilla kilpailua voitaisiin harjoittaa taloudellisesti kannattavimmin edellytyksin, erityisesti keskeisillä kaupunkialueilla, ja se on siten katsonut, etteivät kansalliset verkkovierailut olleet näillä alueilla perusteltuja.

- 92 Asiakirja-aineistosta kuitenkin ilmenee, että sopimuksen mukauttamiseksi markkinoiden kehitykseen erityisesti kansallisten verkkovierailujen osalta sopimuspuolet ovat muuttaneet 20.9.2001 tehtyä ja 6.2.2002 ilmoitettua alkuperäistä sopimusta kolmeen otteeseen, 20.9.2002, 22.1. ja 21.5.2003. Siten muutetussa sopimuksessa erotellaan täsmällisesti kolme aluetyyppiä, toisin sanoen kaupunkialueet, niin sanotusti kaupalliselta merkitykseltään toissijaiset alueet ja niin sanotut kaupalliselta merkitykseltään vähäisemmät alueet, ja siinä määrätään ensin mainittujen osalta, että verkkovierailuja suoritetaan siellä lyhyemmän ajanjakson ajan. Sopimuksen rakenteesta, sellaisena kuin se on esitetty päätöksessä, ilmenee, että verkkovierailuoikeudet määritellään väestön kattavuusalueiden mukaan ja että näiden oikeuksien poistamiselle on vahvistettu aikataulu.
- 93 Vaikka päätös onkin tehty muutettu sopimus huomioon ottaen, se ei kuitenkaan tässä kyseessä olevan EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan määräyksiin nähden suoritetun sopimuksen tarkastelun suhteen sisällä näiden kilpailua koskevien tietojen konkreettista arviointia, vaikka ne mukauttavat ajallisesti ja paikallisesti sopimuksessa määrättyjä verkkovierailuja. Erityisesti vaikuttaa siltä, että verkkovierailujen rajoittavan luonteen yleinen arviointi ei perustu sopimuksen keston muodostavaan olennaiseen tekijään eli kullekin alueelle määrättyyn verkkovierailujen poistamisen aikatauluun.
- 94 Toimielimen on kuitenkin aivan ilmeisesti otettava sopimuksen soveltuvuutta yhteismarkkinoille tutkiessaan huomioon uudet seikat, jotka johtuvat sopimukseen hallinnollisen menettelyn aikana tehdyistä muutoksista, jotka koskevat erityisesti verkkovierailuja kaupunkialueella, sekä tarpeen vaatiessa tarkistettava tiettyjä arvioita.
- 95 Verkkovierailuja kaupunkialueilla koskevien sopimusmuutosten tosiasiallinen huomioon ottaminen sopimuksen soveltuvuutta yhteismarkkinoille tutkittaessa on seikka, jonka perusteella komission olisi pitänyt tehdä erilaiset päätelmät kuin ne,

joihin se on päätöksessä tullut, erityisesti niiden uusien seikkojen tarpeellisuuden osalta, jotta O2 pääsee 3G-markkinoille kaupunkialueilla.

- 96 Ne konkreettiset menettelytavat, joiden mukaan kansalliset verkkovierailut toteutetaan ilmoitetulla sopimuksella, on otettu riidanalaisessa päätöksessä huomioon kuitenkin vain tutkittaessa mahdollisuutta myöntää EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan määräysten mukainen poikkeus, mikä ei poista edellä todettuja aukkoja. Sopimuksen soveltuvuutta yhteismarkkinoille koskeva analyysi ja sitten silloin, jos sopimus olisi todettu yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, poikkeuksen myöntämismahdollisuutta koskeva analyysi suoritetaan eri lähtökohdista, ja viimeksi mainittu analyysi edellyttää erityisesti, että sopimuksen soveltumattomuus yhteismarkkinoille on asianmukaisesti todettu ensin mainitun vaiheen aikana.
- 97 Komission istunnossa antamat selitykset tukevat sitä toteamusta, että sopimuksen analysoinnissa EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan määräysten yhteydessä ei ole otettu huomioon kyseessä olevia muutoksia. Vastaaja onkin todennut, ettei sitä voida moittia siitä, ettei se ole tutkinut sitä, olivatko kansalliset verkkovierailut tarpeen kaupunkialueilla, jotta O2 voisi päästä markkinoille, koska alun perin ilmoitettu sopimus ei sisältänyt määräyksiä verkkovierailuista kaupunkialueilla.
- 98 Näin ollen on ensimmäisen kohdan osalta pääteltävä, että kun komissio ei ole mukauttanut analyysiaan asiakirja-aineiston uusiin seikkoihin, jotka koskevat verkkovierailuja kaupunkialueilla, se on samalla analysoinut virheellisesti ilmoituksen tekijöiden sille esittämiä tosiseikkoja.
- 99 Toiseksi väitettyä rajoittavaa vaikutusta ei ole näytetty toteen toisen kilpailua rajoittavan tekijän osalta, joka komission mukaan on tunnusomainen sopimukselle, eli edellä 89 kohdassa mainittu hintojenmäärittelymekanismi.

- 100 Yhtäältä T-Mobilelle maksettujen tukkuhintojen vaikutuksen osalta O2:n veloittamiin tukku- ja vähittäishintoihin kantaja on tältä kannalta katsottuna samanlaisessa asemassa kuin kaikki yritykset toimittajiinsa nähden. Sekä O2 että T-Mobile ovat molemmat riippuvaisia hinnoista, joita niiltä veloittavat niiden käyttämät tavaroiden ja palvelujen toimittajat, ja ne voidaan vyöryttää niiden asiakkaille aiheutuviin kustannuksiin. Väitettyä hinnoitteluriippuvuutta ei myöskään ole näytetty toteen. Se on jopa ristiriidassa päätöksessä olevaan mainintaan, jonka mukaan sopimuspuolilla on erilaiset hinnoitteluperiaatteet (140 perustelukappale). Lisäksi vastauksena edellä 36 kohdassa mainittuihin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin, jotka koskevat O2:n harjoittamaa hintarakennetta, kantaja on esittänyt seikkoja, joista ilmenee, että se yrittää erottaa T-Mobilesta eri nimikkeillä kulkevien tuotteiden ja palvelujen sekä erilaisten liittymämallien ja sellaisten hinnoittelumallien avulla, joilla yhdistellään eri muuttujia.
- 101 Toisaalta O2:n T-Mobilelle maksaman kiinteän maksun olemassaolosta on todettava, että päätöksessä ei analysoida tätä kiinteää maksuvelvollisuutta. Vastaaja on lisäksi myöntänyt istunnossa, että tätä kohtaa ei ole käsitelty hallinnollisessa menettelyssä.
- 102 Edellä esitetystä johtuu, että päätöksen 107 perustelukappaleessa esitetty yleinen arviointi siitä, että kansalliset verkkovierailut rajoittavat kilpailua, koska niitä käyttävä operaattori voi niiden avulla hidastaa verkkonsa käyttämistä ja koska ne tekevät tämän operaattorin teknisesti ja taloudellisesti riippuvaiseksi vierailukohdeoperaattorista, ei perustu konkreettisiin ja sopimukselle tunnusomaisiin ja päätöksessä esitettyihin seikkoihin; päätöksessä ei myöskään ole arvioitu sopimukseen tehtyjä muutoksia, jotka koskevat verkkovierailuja kaupunkialueilla.
- 103 Muilta osin tämä yleinen arviointi ei näytä myöskään perustuvan matkaviestintäalaa säänteleviin yhteisön oikeuden säännöksiin. Kuten vastaajan edellä 36 kohdassa mainittuihin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin

antamista vastauksista ilmenee, mikään matkaviestintäalaa koskevista direktiiveistä ei säätele kansallisia verkkovierailuja ja niiden soveltuvuutta yhteisön kilpailuoi-
keuden kanssa, vaikka tällaisiin sopimuksiin onkin sovellettava kilpailuoikeutta,
erityisesti EY 81 artiklan 1 kohdan määräyksiä.

104 Lisäksi kuten kantaja väittää, komission esittämää yleistä arviointia kansallisista
verkkovierailuista ei ole näytetty toteen itse päätöksessä kuvailtujen markkinoihin
liittyvien keskeisten tosiseikkojen osalta.

105 Päätöksessä ekstrapoloidaan tuolloin saatavilla olleita tietoja 2G-matkaviestintä-
markkinoiden tilanteesta, ja sen mukaan T-Mobile, joka alun perin oli sidoksissa
Deutsche Telekom -operaattoriin, hallitsi todennäköisesti noin sadan prosentin
osuutta kansallisten verkkovierailujen tukkumarkkinoista kyseessä olevien 3G-
matkaviestintäpalvelujen osalta. Päätöksessä täsmennetään lisäksi, että markkinoil-
letulomahdollisuudet ovat verkko-operaattoritasolla rajoitetut toimilupien vähäisen
määrän, niiden kustannusten ja 3G-verkkoinfrastruktuurille välttämättömien
merkittävien investointien vuoksi (74 ja 75 perustelukappale).

106 Päätöksessä todetaan 3G-palvelujen vähittäismarkkinoiden osalta, että kuusi ope-
raattoria on saanut toimiluvat, toisin sanoen T-Mobilen ja O2:n lisäksi D2 Vodafone,
E-Plus, Mobil-com ja Group 3G, joista O2 on tullut viimeisenä markkinoille, ja että
vähittäispalvelumarkkinoilla pääasiallisia kilpailijoita on neljä. Siinä täsmennetään,
että näiden markkinaosuudet 2G-viestintäpalvelujen osalta, jotka ovat päätöksen
tekohetkellä ainoat saatavilla olleet tiedot, olivat vastaavasti palveluntarjoajan
asiakkaita koskevien lukujen perusteella T-Mobilen osalta 41,7 prosenttia, D2
Vodafonen osalta 38,3 prosenttia, E-Plusin osalta 12,2 prosenttia ja O2 Germanyn
osalta 7,8 prosenttia (76 ja 77 perustelukappale).

- 107 Tästä selvityksestä ilmenee, että T-Mobile on Saksan matkaviestintämarkkinoilla hallitseva operaattori, että kyseessä olivat tukku- tai vähittäispalvelumarkkinat ja viimeisenä Saksan markkinoille tullut O2 on kilpailullisesti heikoimmassa asemassa. Vaikkei O2:lta puutukaan verkkoinfrastruktuuria, kuten päätöksessä todetaan (97 perustelukappale), sen vaatimattomimmat markkinaosuudet ja sen tilanne viimeisenä markkinoille tulijana asettavat sen objektiivisesti heikompaan asemaan.
- 108 Komission kritisoima riippuvuus johtuu näin ollen siitä erilaisesta tosiasiallisesta asemasta, jota sopimuksella juuri on tarkoitus tasapainottaa saattamalla O2 parempaan kilpailuasemaan, vaikka sen tosiasiallinen tilanne vaikuttaa vähemmän kilpailukykyiseltä muihin operaattoreihin, päätöksessä yksilöityihin todellisiin tai potentiaalsiin kilpailijoihin nähden. O2:n riippuvuus T-Mobilen verkosta on lisäksi väliaikaista, koska sen on tarkoitus vähentyä sopimuksen voimassaoloaikana ilmoitetun sopimuksen muutetuissa määräyksissä sovitun vierailuoikeuksien poistamisen aikataulussa; nämä muutetut määräykset on toimitettu komission tutkittaviksi hallinnollisen menettelyn yhteydessä. Tältä osin päätöksessä, joka ei sisällä mitään konkreettista seikkaa, kuten edellä on jo todettu, ei näydetä toteen sopimuksen rajoittavia vaikutuksia O2:n verkkojen käyttämiseen. Sitäkin selvempää on, että komissio ei ole osoittanut, toisin kuin se väittää kirjelmässään, että sopimuksella pyritään jarruttamaan tai rajoittamaan kantajan verkon käyttämistä. Vastaajan esittämät kirjelmät, erityisesti sen 4.3. ja 9.4.2003 esittämät kirjelmät, osoittavat sitä vastoin, että sopimuksen tarkoituksena on mahdollistaa, että se voi käyttää kannattavalla tavalla 3G-verkkoaan aikataulua ja kattavuutta koskevien toimiluvan vaatimusten mukaisesti.
- 109 Nyt esillä olevassa asiassa ei siis voida sulkea pois sitä, että luonteeltaan T-Mobilen ja O2:n välillä tehdyn sopimuksen kaltainen verkkovierailusopimus voisi verkkooperaattorien välisen kilpailun rajoittamisen sijaan päinvastoin mahdollistaa sen, että tietyissä olosuhteissa pienempi operaattori voi kilpailla T-Mobilen ja D2-Vodafoneen kaltaisten vähittäismarkkinoilla vahvimpien toimijoiden kanssa, taikka jopa T-Mobilen kaltaisten tukkumarkkinoilla määräävien toimijoiden kanssa.

- 110 Tätä kyseessä olevien kehityksessä olevien markkinoiden erityisluonteesta johtuvaa erityistä asiayhteyttä ei kuitenkaan ole otettu huomioon arvioitaessa sopimuksen soveltuvuutta yhteismarkkinoille EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaisesti.
- 111 Kun komissio on sitä vastoin EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan määräysten nojalla katsonut, että sopimus oli tarpeellinen ja että ilman sitä O2 ei olisi voinut päästä tehokkaasti markkinoille, ja kun se on päättänyt myöntää poikkeuksen, se on ottanut huomioon tämän erityisen asiayhteyden.
- 112 Siten päätöksessä todetaan, että sopimuksen avulla O2 on paremmassa kilpailu- asemassa alueella, jota koskee velvollisuus kattaa 50 prosenttia väestöstä 31.12.2005 mennessä (123 perustelukappale), ja että tämän alueen ulkopuolella se ei olisi todennäköisesti voinut täyttää toimilupansa edellyttämiä velvollisuuksia (126 perustelukappale). Siinä todetaan myös, että koska O2 on ”Saksan markkinoiden pienin matkaviestinoperaattori ja sillä on pieni osuus 2G-markkinoilla (noin 8 prosenttia), on epätodennäköistä, että se voisi rakentaa nopeasti riittävän alueen kattavan korkealaatuisen verkon, jotta yritys voisi kilpailla tehokkaasti alusta alkaen muita vakiintuneita toimiluvan saaneita 3G-verkko- ja -palveluoperaattoreita vastaan Saksassa” (124 perustelukappale).
- 113 Päätöksessä lisätään yleisempänä ja yhteenvedonomaisempana arviointina, että ”[O2:n] verkkovierailut T-Mobilen 3G-verkossa myös kaupunkialueilla rajoitetun ajan ovat oikeasuhteisia ja myös välttämättömiä, kun taas näin ei olisi välttämättä asian laita vakiintuneemmassa markkina- asemassa olevien operaattorien kohdalla” (133 perustelukappale). Siinä todetaan myös, että ”ilman kansallisia 3G-verkkovierailuja T-Mobilen verkkoon [O2] ei voisi kilpailla yhtä tehokkaasti käyttöönottoaiheessa ja olisi todennäköistä, että se ei tulisi 3G-tukku- ja vähittäismarkkinoille valtakunnallisena kilpailijana (tai kyseisenä aikana mahdollisesti laajimman maantieteellisen kattavuuden tarjoavana operaattorina)” (135 perustelukappale).

- 114 EY 81 artiklan 3 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 3 kohdan mukaisesta tutkimisesta ilmenee siis, että kun otetaan huomioon kyseisten kehityksessä olevien markkinoiden erityiset ominaisuudet, O2:n kilpailuasema ei todennäköisesti olisi ollut varmistettu ilman sopimusta tai se olisi ollut vaarassa. Nämä arviot vahvistavat sen, että EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan mukaisen tutkimisen yhteydessä esitettyjä komission oletuksia ei ole näytetty toteen.
- 115 Vastajan istunnossa esittämä väite, jonka mukaan on suuri ero sen välillä, ettei voida päästä markkinoille, ja sen välillä, että sinne päästään vaikeasti, ei voi missään tapauksessa horjuttaa edellä esitettyjä päätelmiä, koska komissio ei ole objektiivisesti analysoinut päätöksessä kilpailutilannetta, sellaisena kuin se olisi sopimuksen puuttuessa, EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan yhteydessä.
- 116 Edellä todetusta johtuu, että päätöksessä on EY 81 artiklan 1 kohdan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan 1 kohdan soveltamista koskeva puutteellinen analyysi yhtäältä sen vuoksi, että päätös ei sisällä tilanteen objektiivista tarkastelua sopimuksen puuttuessa, mikä vääristää sopimuksen todellisten ja potentiaalisten kilpailuun kohdistuvien vaikutusten arviointia, ja toisaalta sen vuoksi, että siinä ei osoiteta konkreettisesti kyseisten kasvamassa olevien markkinoiden osalta, että verkkovierailuja koskevilla sopimusmääräyksillä on rajoittavia vaikutuksia kilpailuun, vaan siinä tyydytään tältä osin vetoamaan periaatteeseen ja esittämään yleisiä väitteitä.
- 117 Tästä syystä on siis hyväksyttävä 16.7.2003 tehdyn komission päätöksen 2004/207/EY 2 artiklan ja 3 artiklan a alakohdan osittaista kumoamista koskevat vaatimukset ilman, että olisi tarpeen lausua kanteen toisesta kanneperusteesta.

Oikeudenkäyntikulut

- 118 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio on hävinnyt asian, se on kantajan vaatimusten mukaisesti veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland / O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) 16 päivänä heinäkuuta 2003 tehdyn komission päätöksen 2004/207/EY 2 artikla ja 3 artiklan a alakohta kumotaan siltä osin kuin niissä todetaan, että näissä artikloissa tarkoitetut sopimuslausekkeet kuuluvat EY 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisalaan.**
- 2) Komissio veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Julistettiin Luxemburgissa 2 päivänä toukokuuta 2006.

E. Coulon

H. Legal

kirjaaja

jaoston puheenjohtaja