
O2/Commissie

T-328/03, Gerecht van Eerste Aanleg, 2 mei 2006, n.n.g.
 Onderscheid tussen artikel 81 lid 1 en 81 lid 3 EG, gebruik
 van standpunten van NRI's
 (m. nt. mr P.P.J. van Ginneken)

In dit arrest heeft het Gerecht van Eerste Aanleg een vrijstellingsbeschikking voor een 3G roamingovereenkomst vernietigd, omdat de Commissie niet had aangetoond dat de overeenkomst mededingingsbeperkend was in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Het arrest is interessant voor wat betreft het onderscheid tussen artikel 81 lid 1 en 81 lid 3 EG en voor wat betreft het gebruik van standpunten van NRI's. Hieronder worden deze beide aspecten van het arrest besproken.

Inleiding

Tussen 1999 en 2001 zijn de licenties voor derde generatie mobiele telefonie ('3G') in verschillende lidstaten voor zeer hoge bedragen geveild. Aan de geveilde licenties werd veelal de verplichting verbonden om binnen een bepaalde termijn landelijke dekking te bereiken. Uitgangspunt hierbij was dat iedere operator met een 3G-licentie zijn eigen netwerk diende uit te rollen.¹

Door de hoge bedragen die op de veilingen waren betaald en doordat de potentie van 3G steeds meer in twijfel werd getrokken, zijn nadien in Europa de telecom operators in de problemen gekomen. Er werd al snel gesproken over hoe de operators zouden kunnen samenwerken bij de invoering van 3G, om zo op de kosten te kunnen besparen.

In maart 2001 gaf de Commissie een mededeling uit waarin deze samenwerking in algemene zin werd besproken.² In een aantal lidstaten hebben de nationale regelgevende instanties voor elektronische communicatie, oftewel NRI's, meer gedetailleerde standpunten ingenomen over de goedloofbaarheid van samenwerking bij het bereiken van dekking voor 3G.³

Ten eerste kwam hierbij de mogelijkheid aan de orde om bij de uitrol van het eigen netwerk bepaalde onderdelen van

1 Voor een overzicht van de situatie in de verschillende lidstaten, zie bijlage 2 bij de mededeling van de Commissie van 20 maart 2001, COM (2001) 141. Voor de hier relevante Duitse markt vond de veiling plaats in augustus 2000. De totaal voor de vergunningen betaalde prijs betrof € 50,8 miljard (de hoogste prijs in de EU). In Duitsland bestond een dekkingsverplichting voor 25% van de bevolking tegen eind 2003, en 50% tegen eind 2005.

2 Mededeling van de Commissie van 20 maart 2001, 'De invoering van mobiele telecommunicatie van de derde generatie (3G) in de Europese Unie: stand van zaken', COM (2001) 141.

3 In het Verenigd Koninkrijk door OFTEL met de DTI, '3G Mobile Infrastructure Sharing in the UK', 1 mei 2001; in Duitsland door Regtp, 'Tesenpapier Infrastruktur-Sharing', 5 juni 2001; in Nederland door NMa, OPTA en V&W, 'Gezamenlijke aanleg en gebruik van UMTS-netwerkonderdelen', 26 september 2001; in Frankrijk door ART, 'Position de l'ART sur le partage d'infrastructures dans les réseaux mobiles de troisième générations', 10 december 2001.

de infrastructuur te delen ('netwerkdeling'). Daarnaast kwam de optie van roaming aan de orde. Roaming is het gebruik maken van anderz'n netwerk in een gebied waar de operator zelf nog geen netwerk heeft uitgerold. Zowel roaming als bepaalde intensieve vormen van netwerkdeling werden in de standpunten van de NRI's gezien als mededingingsbeperkend.

In 2003 heeft de Commissie de enige twee beschikkingen genomen over samenwerkingsovereenkomsten tussen 3G licentiehouders. De ene ging over een samenwerkingsovereenkomst in het Verenigd Koninkrijk⁴, de ander ging over samenwerking in Duitsland.⁵ In het hier besproken arrest is de beschikking over de samenwerkingsovereenkomst in Duitsland aan de orde.

Feiten

In augustus 2000 verkreeg O2, destijds de kleinste speler in Duitsland op de markt voor mobiele telefonie, een Duitse 3G-licentie. In september 2001 is O2 een samenwerkingsovereenkomst aangegaan met T-Mobile, ten eerste om in beperkte mate onderdelen van het netwerk te gaan delen (de 'netwerkdelingsovereenkomst') en ten tweede om roamingdiensten van elkaar af te gaan nemen (de 'roamingovereenkomst').

Onder de roamingovereenkomst verbond O2 zich om eenzijdig roaming diensten van T-Mobile af te nemen in de meest dichtbevolkte stedelijke gebieden van Duitsland. Elders in Duitsland zouden O2 en T-Mobile wederkerig de mogelijkheid hebben om roaming diensten af te nemen. De roamingovereenkomst gold aanvankelijk tot uiterlijk 2011, automatisch te verlengen met twee jaar, met verschillen in de duur per gebied.

In februari 2002 hebben O2 en T-Mobile de overeenkomst bij de Commissie gemeld, primair met het verzoek om een verklaring van niet-toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG en subsidiair met het verzoek om een vrijstelling op grond van artikel 81 lid 3 EG.

Beoordeling door de Commissie

De Commissie oordeelde in haar beschikking dat de netwerkdelingsovereenkomst buiten artikel 81 lid 1 EG viel. De roamingovereenkomst viel volgens de Commissie echter wel onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG. De Commissie merkte op dat roaming 'per definitie' de mededinging beperkt, dit omdat roaming leidt tot een zekere uniformering van dekking, snelheid en kwaliteit van de diensten tussen contracterende ondernemingen. Bovendien zou roaming het prijsbeleid op eindgebruikersniveau uniformeren, nu bij roaming ondernemingen op groothandelniveau diensten bij elkaar inkopen.⁶

De Commissie verleende desalniettemin voor de roamingovereenkomst tot uiterlijk 31 december 2008 een vrijstelling op grond van artikel 81 lid 3 EG, met verschillen in de duur per gebied. Met een herhaaldelijk beroep op de 'business case voor 3G-netwerken' stelde de Commissie dat O2, zonder de roamingovereenkomst met T-Mobile, niet

in staat zou zijn geweest om op efficiënte wijze voldoende dekking te bereiken. De Commissie vond in dit verband van belang dat O2 de kleinste van de Duitse mobiele operators was, met een beperkt klantenbestand en beperkte toegang tot de kapitaalmarkt. Daarbij gold volgens de Commissie dat de overeenkomst aan O2 en T-Mobile nog voldoende ruimte liet om hun diensten te differentiëren. De mededinging werd daarom volgens de Commissie door de roamingovereenkomst 'verstevigd'.⁷

O2 heeft vervolgens bij het Gerecht om vernietiging van de beschikking van de Commissie verzocht. De reden hiervoor was dat de vrijstelling voor de roamingovereenkomst een duur had die afweek van de duur die partijen waren overeengekomen.

Beoordeling door het Gerecht

Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft de beschikking vernietigd, omdat de Commissie ten onrechte had geoordeeld dat de roamingovereenkomst onder artikel 81 lid 1 EG viel.

Dit gebeurde in de eerste plaats omdat de Commissie in het kader van artikel 81 lid 1 EG niet had onderzocht wat de mededingingssituatie op de relevante markt zou zijn geweest zonder de roamingovereenkomst tussen O2 en T-Mobile. Het Gerecht vond dit onjuist omdat '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'.⁸

Het Gerecht oordeelde negatief over de analyse die de Commissie wel had uitgevoerd onder artikel 81 lid 1 EG. Die analyse bestond uit een beschrijving van kenmerken die voor alle roamingovereenkomsten gelden. De Commissie veronderstelde vervolgens dat een roamingovereenkomst 'uit haar aard' de mededinging beperkt. Volgens het Gerecht is een dergelijke algemene veronderstelling echter niet voldoende.⁹

Er waren volgens het Gerecht bovendien verschillende aanwijzingen dat de roamingovereenkomst de mededinging niet beperkte tussen O2 en T-Mobile, en dat de overeenkomst zelfs mededingingsbevorderend was. De meest basale aanwijzing was dat de Commissie zelf in haar analyse onder artikel 81 lid 3 EG had aangegeven dat O2 zonder de overeenkomst niet in staat was geweest om op efficiënte wijze de markt te betreden. Hieruit bleek volgens het Gerecht dat 'de mededingingspositie van O2 op de 3G-markt zonder de overeenkomst waarschijnlijk niet verzekerd, of zelfs in gevaar, zou zijn geweest'.¹⁰

4 BT Cellnet & BT3G/ One2One, COMP 38/370, beschikking van 30 april 2003, *Pb EG L* 220/59 van 7 augustus 2003.

5 T-Mobile Deutschland/O2 Germany, COMP 38/369, beschikking van 16 juli 2003, *Pb EG L* 75/32 van 12 maart 2004.

6 Zie beschikking, a.w., par. 107.

7 Zie beschikking, a.w., par. 132, 133, 137 en 138.

8 Zie arrest, a.w., par. 79.

9 Zie arrest, a.w., par. 85-86.

10 Zie arrest, a.w., par. 114.

Het Gerecht verwierp de poging van de Commissie om onderscheid te maken tussen de situatie waarin het voor een onderneming totaal onmogelijk is om de markt te betreden (artikel 81 lid 1 EG zou dan niet van toepassing zijn op de overeenkomst) en de situatie waarin een onderneming wel die mogelijkheid zou hebben maar hierbij moeilijkheden zou ondervinden (artikel 81 lid 1 zou dan wel van toepassing zijn, waarbij efficiëntiewinsten zouden moeten worden onderzocht onder artikel 81 lid 3 EG). Het Gerecht wees dit subtiele onderscheid van de hand en concludeerde dat in casu de analyse van de Commissie onder artikel 81 lid 1 EG beperkt was gebleven tot een, zoals het Gerecht het noemt, 'petitio principii'.¹¹

Commentaar

Het Gerecht vernietigt zelden een vrijstellingsbeschikking. Allereerst is het aantal verzoeken om vernietiging al beperkt omdat partijen bij de overeenkomst vaak geen belang hebben bij een beroep tegen een vrijstellingsbeschikking. In de rechtspraak wordt bovendien een zekere beoordelingsvrijheid aan de Commissie gelaten bij het toetsen van overeenkomsten aan artikel 81 lid 3 EG.¹² De onderhavige zaak is een van de zeldzame gevallen waarin het Gerecht wel vernietigt.

Het arrest van het Gerecht is vanwege twee aspecten interessant. Ten eerste vanwege de overwegingen over het onderscheid tussen artikel 81 lid 1 en 81 lid 3 EG. Daarnaast is interessant hoe de standpunten van de NRI's zijn gebruikt. Op beide aspecten wordt hieronder ingegaan, met de nadruk op het eerste aspect.

Onderscheid tussen artikel 81 lid 1 en 81 lid 3 EG

De manier waarop de Commissie hier artikel 81 lid 1 EG en 81 lid 3 EG heeft toegepast en die nu door het Gerecht is verworpen, is terug te vinden in talrijke andere Commissie-beschikkingen ten aanzien van samenwerkingsovereenkomsten: eerst wordt het verbod van artikel 81 lid 1 EG op de overeenkomst toepasselijk verklaard, maar later wordt de overeenkomst onder artikel 81 lid 3 EG weer vrijgesteld vanwege onmisbaarheid bij het efficiënt uitoefenen van de aan de samenwerking gerelateerde activiteit.

In deze argumentatie zit vaak een tegenstrijdigheid. Immers, als de Commissie de samenwerkingsovereenkomst onmisbaar beschouwt voor het efficiënt uitoefenen van een activiteit, dan geeft ze eigenlijk toe dat de contracterende ondernemingen niet in staat zijn om zelfstandig deze activiteit uit te oefenen. Als dat zo is, kunnen de ondernemingen hetzij sowieso niet worden beschouwd als daadwerkelijke of potentiële concurrenten van elkaar, hetzij kan de samenwerking worden beschouwd als een bevordering van de mededinging.¹³ Als gevolg hiervan is artikel 81 lid 1 EG niet eens van toepassing op de samenwerking. Er is inmiddels een aantal beschikkingen over horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarbij de Commissie het juist vanwege deze redenering bij een negatieve verklaring hield.¹⁴ Daar staan echter tal van meer 'traditionele' beschikkingen tegenover.

Een voorbeeld van een 'traditionele' beschikking is de beschikking in de zaak GEAE/P&W.¹⁵ Deze zaak betrof een gemeenschappelijke onderneming voor de bouw van een nieuw type vliegtuigmotor. De Commissie stelde hier eerst een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81 lid 1 EG vast, ervan uitgaande dat elke onderneming de markt alleen had kunnen betreden. Vervolgens gaf de Commissie een ontheffing op grond van artikel 81 lid 3 EG. Dit gebeurde omdat de overeenkomst beide partijen in staat stelde de markt efficiënter te betreden. In feite impliceerde de Commissie dat er geen business case voor GEAE dan wel P&W bestond om de markt alleen te betreden. Desalniettemin werden een aantal verplichtingen opgelegd aan partijen om de beweerdelijke beperking van de mededinging tussen de ondernemingen te beperken en werd de vrijstelling beperkt in de tijd.

Zoals deze zaak illustreert, had de Commissie onder artikel 81 lid 3 EG twee bevoegdheden, die niet bestaan onder artikel 81 lid 1 EG: de bevoegdheid om verplichtingen aan een vrijstelling te verbinden en de bevoegdheid om de vrijstelling in de tijd te beperken. De Commissie kon daarom om tactische redenen toepassing van artikel 81 lid 3 EG verkiezen boven een uitgebreide beoordeling onder artikel 81 lid 1 EG.

Inmiddels zijn de twee genoemde bevoegdheden van de Commissie onder artikel 81 lid 3 EG verleden tijd. Beide waren verbonden aan de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om vrijstellingen te verlenen, die bij de invoering van Verordening nr. 1/2003 is afgeschaft.¹⁶ In dit verband is dus niet meer van belang of artikel 81 lid 1 dan wel 81 lid 3 EG wordt toegepast.

Het onderscheid tussen toepassing van artikel 81 lid 1 en 81 lid 3 EG is echter nog wel van belang voor de verdeling van de bewijslast. De bewijslast voor de inbreuk op artikel 81 lid 1 EG berust bij de Commissie.¹⁷ De bewijslast voor het voldoen aan de vereisten van artikel 81 lid 3 EG ligt bij de contracterende ondernemingen.

Deze bewijslast van de contracterende ondernemingen ziet onder andere op het aantonen dat mededingingsbeperkende overeenkomsten 'via efficiëntiewinsten mededingingsbevorderende effecten opleveren'.¹⁸ De afweging van deze efficiëntiewinsten tegen de negatieve mededingingseffecten

11 Zie arrest, a.w., par. 115-116.

12 Vgl. Matra t. Commissie, T-17/93, arrest van 15 juli 1994, *Jurispr.* II-595, par. 104.

13 Vgl. hetgeen het Hof reeds lang geleden heeft overwogen over alleenverkoopconcessies in Société Technique Minière/Machinenbau Ulm, zaak 56/65, arrest van 13 juni 1966, *Jurispr.* 235, r.o. 249-250.

14 Zie bijvoorbeeld de beschikking van 15 juli 1994, IPSP, *PbEG* L 354/75 van 31 december 1994.

15 Beschikking van 14 september 1999, *Pb EG* L 058/16 van 3 maart 2000.

16 Verordening 1/2003 van de Raad, 16 december 2002, *Pb EG* L 1/1 van 4 januari 2003.

17 Dan wel, in voorkomend geval, bij de nationale mededingingsautoriteit of bij de procespartij die de nationale rechter vraagt om toepassing van de verbodsbepaling; zie artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003, a.w.

18 Vgl. Commissie richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG, *Pb EG* C 101/97 van 27 april 2004, par. 33.

kan alleen plaatsvinden bij een beoordeling onder artikel 81 lid 3 EG.¹⁹

De verwerping van de manier waarop de Commissie artikel 81 lid 1 EG en 81 lid 3 EG heeft toegepast heeft in dit verband een belangrijke consequentie. Door de Commissie te dwingen haar 'traditionele' benadering bij de toepassing van artikel 81 lid 1 EG te laten varen, maakt het arrest het voor de Commissie moeilijker om de contracterende ondernemingen in de verdediging te drukken. Zolang de Commissie zelf niet voldoende bewijs heeft geleverd van een mededingingsbeperking, behoeven contracterende ondernemingen geen efficiëntiewinsten van de overeenkomst te bewijzen.

Gebruik van standpunten van de NRI's

Vervolgens nog enkele opmerkingen over het gebruik door de Commissie in haar analyse onder artikel 81 lid 1 EG van standpunten van de NRI's.²⁰

De Commissie betoogde dat haar beschikking in overeenstemming was 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'.²¹ Het Gerecht oordeelde echter met krachtige bewoordingen dat de Commissie in deze niet met een algemeen standpunt over roaming had mogen volstaan.²²

De standpunten waar de Commissie aan refereerde, zijn het algemene standpunt van de mededeling van de Commissie als hiervoor genoemd in voetnoot 2 (een caveat dat mededingingsregels in acht moeten worden genomen), en de meer gedetailleerde standpunten in de notities van de NRI's als genoemd onder voetnoot 3. De aangehaalde beschikking over de Britse markt staat in voetnoot 4 en is vergelijkbaar met de beschikking O2/T-Mobile.

Als aangegeven, werd roaming in de standpunten van de NRI's gezien als mededingingsbeperkend. Waar kwam dit standpunt vandaan? Het volgde uit het uitgangspunt van de NRI's dat iedere operator met een 3G-licentie zijn eigen netwerk diende uit te rollen om te voldoen aan zijn dekkingverplichting uit de licentie. Dit uitgangspunt werd gebaseerd op de nationale sectorspecifieke regelgeving, vergunningsvoorwaarden en aanverwante documenten. De rationale hiervan was dat er concurrentie tussen netwerken diende te ontstaan en niet slechts dienstenconcurrentie. In het streven naar netwerkconcurrentie past niet dat operators 'gastgebruikers' zijn op het netwerk van andere operators, zoals bij roaming het geval is.²³

In een analyse op basis van het mededingingsrecht kan dit anders liggen. Hierbij is de relevante vraag of roaming de mededinging beïnvloedt. De mededinging in de mobiele telefonie speelt zich vooral af op het niveau van de diensten. Na de liberalisering van de markt voor mobiele telefonie zijn er steeds meer typen partijen bijgekomen die enkel concurreren op het niveau van de diensten, zoals bijvoorbeeld 'mobile virtual network operators' (partijen die mobiele diensten aanbieden onder eigen naam maar geen eigen netwerk hebben).

Voor deze nieuwkomers is het gebruik van andermans netwerk een randvoorwaarde, maar het hebben van een eigen netwerk is niet noodzakelijk om op de markt actief te zijn. Het aanleggen van een volledig eigen netwerk brengt voor deze spelers bovendien vaak te hoge kosten met zich mee. Voor nieuwkomers kan roaming dus mededingingsbevorderend werken. Aldus oordeelde uiteindelijk ook het Gerecht.

Het Gerecht gaf ook nog een algemene waarschuwing over toepassing van het mededingingsrecht in de telecommunicatiesector. Volgens het Gerecht is een analyse van de weerslag op de mededinging van een beweerdelijk mededingingsbeperkende overeenkomst 'bijzonder gewenst wanneer sprake is van markten waarop liberalisering aan de gang is'.²⁴ Het is een waarschuwing die de Commissie in acht zal willen nemen bij het door haar overwogen sectoronderzoek in de telecommunicatie in 2007.²⁵

19 Vgl. *European Night Services e.a. t. Commissie*, zaken T-374/94, T-375/97, T-384/94 en T-388/94, arrest van 15 september 1998, *Jurispr.* II-3141, r.o. 136.

20 In Duitsland en Frankrijk waren de NRI's de enige auteur van de notitie waarin de standpunten zijn ingenomen. In het Verenigd Koninkrijk was de DTI (ministerie van economische zaken) mede-auteur; bovendien mag OFTEL de mededingingsregels in bepaalde gevallen toepassen. In Nederland was de NMa mede-auteur van het standpunt; de Nederlandse notitie gaat dan ook separaat in op de toepassing van het mededingingsrecht.

21 Zie arrest, a.w., r.o. 64.

22 Zie arrest, a.w., r.o. 86 en 116.

23 Vgl. N.A.N.M. van Eijk, 'Delen van UMTS-netwerken', *M&M* 2002, blz. 43-47.

24 Zie arrest, a.w., par. 72.

25 De Europees Commissaris voor Mededinging, Neelie Kroes, kondigde op 20 juni 2006 aan zo'n onderzoek te overwegen in een speech bij de Economische en Monetaire Commissie van het Europees Parlement, zie persbericht Reuters van 20 juni 2006.