

BESCHIKKING VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

12 december 2007\*

In zaak T-109/06,

**Vodafone España, SA**, gevestigd te Madrid (Spanje),

**Vodafone Group plc**, gevestigd te Newbury, Berkshire (Verenigd Koninkrijk),

vertegenwoordigd door J. Flynn, QC, E. McKnight en K. Fountoukakos-Kyriakakos,  
solicitors,

verzoeksters,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door M. Shotter  
en K. Mojzesowicz als gemachtigden,

verweerster,

\* Procestaal: Engels.

ondersteund door

**Koninkrijk Spanje**, vertegenwoordigd door M. Muñoz Pérez, abogado del Estado,

interveniënt,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking die beweerdelijk is vervat in de brief van de Commissie van 30 januari 2006 gericht aan de Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, gegrond op artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33),

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, E. Martins Ribeiro en K. Jürimäe, rechters,

griffier: E. Coulon,

II - 5156

de navolgende

## Beschikking

### Toepasselijke bepalingen

#### 1. Richtlijn 2002/21/EG

- 1 Op 7 maart 2002 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33) vastgesteld. Luidens artikel 1, lid 1, van bedoelde richtlijn wordt daarbij „een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronische communicatiediensten, elektronische-communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten vastgesteld[, en legt de] richtlijn taken van de nationale regelgevende instanties vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Gemeenschap te waarborgen”.
  
- 2 Artikel 4 van richtlijn 2002/21 voorziet in de volgende bewoordingen in een rechtstreeks beroep tegen de beslissing van de nationale regelgevende instanties (hierna: „NRI's”):

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die

elektronischecommunicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een [NRI] is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, dient de nodige deskundigheid te bezitten om zijn taken te kunnen uitoefenen. De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is. Hangende de uitspraak van een dergelijk beroep blijft het besluit van de [NRI] van kracht, tenzij de beroepsinstantie anders beslist.

2. Wanneer het in lid 1 genoemde lichaam van beroep geen rechtscollege is, moeten zijn beslissingen altijd schriftelijk met redenen worden omkleed. Voorts moet het in dat geval mogelijk zijn tegen die beslissingen beroep in te stellen bij een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 van het Verdrag.”

3 Overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 2002/21 „zorgen [de lidstaten] ervoor dat de [NRI's] de Commissie, op met redenen omkleed verzoek, de informatie verstrekken die zij nodig heeft om haar taken uit hoofde van het Verdrag te vervullen”.

4 Artikel 6 van richtlijn 2002/21, dat de titel „Raadpleging en transparantie” draagt, voorziet:

„Behoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen, zorgen de lidstaten ervoor dat de [NRI's] die voornemens zijn maatregelen in overeenstemming met deze richtlijn [...] te nemen die aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben de belanghebbenden in staat stellen om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel [...]”

5 Artikel 7 van richtlijn 2002/21, met als titel „Consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie”, bepaalt:

„1. De [NRI's] houden bij de uitvoering van de in deze richtlijn [...], omschreven taken zoveel mogelijk rekening met de doelstellingen van artikel 8, waaronder die welke verband houden met de werking van de interne markt.

2. De [NRI's] werken op transparante wijze met elkaar en met de Commissie samen om te zorgen voor de consistente toepassing in alle lidstaten van deze richtlijn [...]. Daartoe streven zij met name naar overeenstemming over alle soorten instrumenten en oplossingen die het meest geschikt zijn om specifieke situaties op de markt aan te pakken.

3. Indien de [NRI], naast de raadpleging als bedoeld in artikel 6, voornemens is een maatregel te nemen die:

a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn [...], en

b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten,

stelt zij de Commissie en de [NRI's] in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel [...] en stelt zij de

Commissie en de andere [NRI's] daarvan in kennis. De [NRI's] en de Commissie kunnen de betrokken [NRI] hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De periode van één maand kan niet worden verlengd.

4. Indien een maatregel als bedoeld in lid 3 betrekking heeft op:

- a) het definiëren van een relevante markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling overeenkomstig artikel 15, lid 1, zijn gedefinieerd; of
  
- b) het al dan niet aanwijzen van een onderneming die, hetzij individueel of gezamenlijk met anderen, aanzienlijke marktmacht bezit overeenkomstig artikel 16, leden [...] 4 of 5,

en van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten, en de Commissie de [NRI] heeft meegedeeld dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt of indien zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen, wordt de vaststelling van de maatregel met nog eens twee maanden uitgesteld. Deze periode kan niet worden verlengd. Binnen deze termijn kan de Commissie, overeenkomstig de procedure van artikel 22, lid 2, het besluit nemen om van de betrokken [NRI] te verlangen dat zij haar ontwerp-maatregel intrekt. Dit besluit gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerp-maatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel.

5. De betrokken [NRI] houdt zoveel mogelijk rekening met opmerkingen van de andere [NRI's] en van de Commissie en kan, uitgezonderd in de in lid 4 genoemde gevallen, de uiteindelijke ontwerp-maatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.
6. In uitzonderlijke omstandigheden kan een [NRI] die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in de leden 3 en 4, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen vaststellen. Zij deelt die maatregelen onverwijld volledig met redenen omkleed mede aan de Commissie en de andere [NRI's]. Een besluit van de [NRI] om dergelijke maatregelen permanent te maken of de periode waarvoor zij van toepassing zijn, te verlengen, valt onder de bepalingen van de leden 3 en 4.”
- 6 Overeenkomstig artikel 8, lid 2, sub b, van richtlijn 2002/21, „bevorderen [de NRI's] de concurrentie bij de levering van elektronischecomunicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze: [...] zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is”.
- 7 Artikel 8, lid 3, sub d, van richtlijn 2002/21 voegt toe dat „[de NRI's] [bij]dragen aan de ontwikkeling van de interne markt, onder meer op de volgende wijze: [...] zij werken met elkaar en met de Commissie op transparante wijze samen om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk en de consistente toepassing van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen te waarborgen”.
- 8 Artikel 14 van richtlijn 2002/21 definieert het begrip „onderneming met aanmerkelijke marktmacht”. Hiertoe bepaalt artikel 14, lid 2, van richtlijn 2002/21 dat „een onderneming wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit

wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen”. Deze bepaling voegt toe dat „wanneer de [NRI’s] beoordelen of twee of meer ondernemingen gezamenlijk een machtspositie op de markt innemen, zij meer in het bijzonder de communautaire wetgeving [dienen] in acht te nemen en zich zeer zorgvuldig te houden aan de ‚Richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht’, die de Commissie bekend heeft gemaakt uit hoofde van artikel 15”.

- 9 Artikel 15 van richtlijn 2002/21 betreft de procedure voor marktdefinitie. Overeenkomstig artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/21, „neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna ‚de aanbeveling’ genoemd)”. Verduidelijkt wordt dat „daarin de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie [worden] vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen [...] gerechtvaardigd kan zijn” en dat „de Commissie de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht [definieert]”. Artikel 15, lid 2, van richtlijn 2002/21 voorziet dat „de Commissie, uiterlijk op de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn, richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna ‚de richtsnoeren’ te noemen) [publiceert], in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht”. Overeenkomstig artikel 15, lid 3, van richtlijn 2002/21 „bepalen [de NRI’s], zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht” en „volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde”.

- 10 Artikel 16 van de richtlijn, dat de titel „Marktanalyseprocedure” draagt, luidt:

„1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de [NRI’s], zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren



een analyse van de relevante markten uit. De lidstaten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.

[...]

4. Wanneer een [NRI] vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op [...] of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

5. In het geval van transnationale markten die worden omschreven in de beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 4, dragen de betrokken [NRI's] samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de richtsnoeren, en spreken zij zich op gecoördineerde wijze uit over het opleggen, handhaven, wijzigen of opheffen van wettelijke verplichtingen [...].

6. Voor de in de leden [...] 4 en 5 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7.”

## *2. Aanbeveling 2003/561/EG*

<sup>11</sup> Aanbeveling 2003/561/EG van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van richtlijn 2002/21 (PB

L 190, blz. 13) voorziet in punt 6, sub f, dat de kennisgeving van een ontwerpmaatregel door een NRI, voor zover van toepassing, „de resultaten van voorafgaande openbare raadpleging die door de [NRI] is uitgevoerd” bevat.

12 Punt 12 van aanbeveling 2003/561 luidt:

„Wanneer de Commissie opmerkingen maakt overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG [...], stelt zij de betrokken [NRI] daarvan langs elektronische weg in kennis en maakt zij deze opmerkingen bekend op haar website.”

13 Punt 14 van aanbeveling 2003/561 bepaalt:

„Wanneer de Commissie bij de toepassing van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 [...] oordeelt dat een ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne markt opwerpt of indien zij ernstige twijfel heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerp-maatregel met het gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG [...] genoemde doelstellingen; of vervolgens

- a) trekt zij de hierboven vermelde bezwaren in, of
- b) neemt zij een besluit waarin zij van een [NRI] verlangt dat deze de ontwerp-maatregel intrekt

zal zij de betrokken nationale reguleringsinstantie daarvan via elektronische weg in kennis stellen en een bericht plaatsen op haar website.”

- 14 Punt 16 van aanbeveling 2003/561 legt neer dat een „[NRI] op elk tijdstip [kan] besluiten de ter kennis gebrachte ontwerpmaatregel in te trekken, in welk geval de ter kennis gebrachte maatregel geschrapt wordt uit het register [van de Commissie]”.
- 15 Punt 17 van aanbeveling 2003/561 bepaalt dat „wanneer een [NRI] die van de Commissie of andere [NRI's] overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 [...] gemaakte opmerkingen heeft ontvangen, de ontwerp-maatregel goedkeurt, zij, op verzoek van de Commissie, de Commissie en de overige [NRI's] [informeert] over de wijze waarop zij zoveel mogelijk rekening heeft gehouden met de gemaakte opmerkingen”.

### **Aan het geding ten grondslag liggende feiten**

- 16 De ondernemingen Vodafone España en Vodafone Group (hierna gezamenlijk „Vodafone” genoemd) exploiteren een openbaar mobiel communicatienetwerk in Spanje en leveren er mobiele communicatiediensten. Er zijn twee andere mobiele netwerkexploitanten op de Spaanse markt actief, te weten de ondernemingen Telefónica en Amena. Aan de onderneming Xfera is een licentie voor het gebruik van het spectrum toegekend en haar is toestemming gegeven om tot de markt toe te treden als vierde mobiele netwerkexploitant.
- 17 Op 10 augustus 2004 heeft de Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (commissie voor de Spaanse telecommunicatiemarkt; hierna: „CMT”) aangekondigd dat, met het oog op het verzamelen van opmerkingen van de op de markt aanwezige ondernemingen, een voorafgaande raadpleging over de diensten op retail-niveau inzake toegang en gesprekken afkomstig van mobiele toestellen zou worden gehouden.

- 18 Op 7 juli 2005 heeft de CMT besloten een procedure in te leiden teneinde de markt voor toegang en gespreksopbouw op het openbare mobiele telecommunicatienetwerk te definiëren en te analyseren, de exploitanten met aanmerkelijke marktmacht aan te wijzen en specifieke verplichtingen op te leggen. Zij heeft daarnaast besloten een openbare raadpleging aan te kondigen en de Spaanse mededingingsautoriteit te verzoeken een verslag te maken. Deze beslissing is bekendgemaakt in de *Boletín Oficial del Estado* van 9 augustus 2005. De nationale raadpleging heeft tussen 9 augustus en 9 september 2005 plaatsgehad.
- 19 Op 16 september 2005 heeft de Spaanse mededingingsautoriteit haar verslag over de procedure voor marktdefinitie en marktanalyse van de markt voor de levering van toegang en gespreksopbouw op de openbare mobiele telecommunicatienetwerken aan de CMT overgemaakt.
- 20 Op 23 september 2005 heeft Vodafone haar opmerkingen bij de CMT ingediend.
- 21 Op 6 oktober 2005 heeft de CMT aangekondigd dat vanwege de complexiteit van de procedure de termijn voor de vaststelling en kennisgeving van een beslissing met drie maanden werd verlengd.
- 22 Op 28 november 2005 hebben de CMT en de Commissie een „informele vergadering voorafgaand aan de kennisgeving” gehouden, tijdens dewelke de CMT zijn voorlopige conclusie heeft gepresenteerd. De diensten van de Commissie hebben hierop gereageerd met het stellen van een eerste reeks van vragen.
- 23 Tussen 13 en 23 december 2005 heeft Vodafone haar voorlopige opmerkingen bij de Commissie ingediend.

- 24 Op 30 december 2005 heeft de Commissie de kennisgeving van de ontwerpmaatregel van de CMT geregistreerd onder nummer ES/2005/0330. Deze laatste was voornemens om in de eerste plaats vast te stellen dat Vodafone en twee andere ondernemingen, te weten Telefónica en Amena, gezamenlijk een met een machtspositie in de zin van het communautaire mededingingsrecht overeenstemmende aanmerkelijke marktmacht hadden op de markt voor de levering van toegang op wholesaleniveau tot en gespreksopbouw op de openbare mobiele telecommunicatienetwerken in Spanje en daarnaast Vodafone, evenals Telefónica en Amena, de verplichting op te leggen om gevolg te geven aan redelijke verzoeken om toegang tot hun netwerk en redelijke voorwaarden voor te stellen voor de levering van toegangsdiensten.
- 25 Op 5 januari 2006 heeft de Commissie de ontwerpmaatregel van de CMT bekendgemaakt.
- 26 Op 10 januari 2006 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 2002/21 aan de CMT gezonden. Zij heeft het antwoord daarop op 13 januari 2006 en nog aanvullende inlichtingen op 18 januari 2006 ontvangen.
- 27 Op 13 januari 2006 heeft Vodafone de Commissie een afschrift doen toekomen van de opmerkingen die zij in het kader van de nationale raadpleging bij de CMT had ingediend.
- 28 Op 16 januari 2006 heeft Vodafone over ontwerpmaatregel ES/2005/0330 een vergadering gehouden met ambtenaren van de Commissie en hen aanvullende informatie verschaft. Zij heeft daarnaast bij telefax van 17 januari 2006 en bij e-mailbericht van 24 januari 2006 opmerkingen bij de Commissie ingediend.

- 29 Op 26 januari 2006 heeft Vodafone op grond van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43), verzocht om toegang tot de door de Commissie gehouden documenten betreffende ontwerpmaatregel ES/2005/0330.
- 30 Bij brief van 30 januari 2006 heeft de Commissie krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 een brief met opmerkingen betreffende ontwerpmaatregel ES/2005/0330 aan de CMT gezonden (hierna: „brief van 30 januari 2006” of „bestreden handeling”).
- 31 De opmerkingen van de Commissie hadden betrekking op de vaststelling van een collectieve machtspositie door de CMT. Het eerste commentaar betrof de concurrentievoorwaarden op de retailmarkt. Na te hebben opgemerkt dat de door de CMT gemaakte analyse van de dynamiek op de markt gebaseerd was op de globale ontwikkeling van de gemiddelde opbrengsten per minuut, nodigde de Commissie de CMT uit om in een toekomstige marktanalyse te letten op de ontwikkeling van de retailprijs per marktsegment en/of consumentenprofiel. Zij merkte vervolgens op dat de retailmarkt een aantal structurele kenmerken leek te vertonen die de exploitanten voldoen leken te stimuleren om exploitanten van virtuele mobiele netwerken collectief de toegang te weigeren.
- 32 Ten aanzien van het tweede commentaar, betreffende het punt van samenloop, merkte de Commissie op dat de CMT een transparant punt van samenloop had vastgesteld, in de vorm van een weigering derden tot de wholesalem Markt toe te laten. Hoewel de CMT geen punt van samenloop op de retailmarkt had vastgesteld, wat niet onmisbaar was, achtte de Commissie het plausibel dat, gelet op de gelijklopende commerciële strategieën van de drie netwerkexploitanten, de minste afwijking naar een meer agressieve concurrentie op prijs eenvoudig aan het licht zou komen.

- 33 Het derde commentaar betrof het disciplineringsmechanisme. Aangaande de wholesalemkt merkte de Commissie op dat dit mechanisme in werking zou kunnen worden gesteld, maar dat nog meer overtuigende gegevens moesten worden overgelegd over de vraag of dit mechanisme nog onmiddellijker in werking zou kunnen treden en of het een voldoende krachtige prikkel was om de afwijkende onderneming te disciplineren. De Commissie was van mening dat op de retailmarkt er globaal gezien geloofwaardige disciplineringsmechanismen aanwezig waren.
- 34 Met haar vierde commentaar nodigde de Commissie de Spaanse autoriteiten uit om op zoek te gaan naar de manier om een efficiënte benutting van het beschikbare spectrum te verzekeren, zulks gelet op het feit dat één licentiehoudster (Xfera) nog niet zijn intrede op de markt had gemaakt, terwijl hij zijn licentie in 2000 had verkregen. Indien deze licentiehoudster in 2006 de markt zou betreden, zou het aan de CMT staan om de gevolgen daarvan voor de duurzaamheid van de collectieve machtspositie nauwgezet te onderzoeken. De Commissie voegde hieraan toe dat elk „concreet bewijs van ontwikkelingen op de retailmarkt, die niet waren terug te voeren op wettelijke maatregelen op de relevante markt, die tot twijfel over de duurzaamheid van de collectieve machtspositie zouden leiden [...] tot een analyse van de relevante markt zouden nopen” en dat zij overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 van een dergelijke analyse in kennis zou moeten worden gesteld.
- 35 De Commissie merkte daarnaast in haar brief van 30 januari 2006 op dat de aanvullende inlichtingen die door de CMT waren verstrekt naar aanleiding van het verzoek om inlichtingen van doorslaggevende betekenis waren geweest voor de beoordeling van de kennisgeving van de CMT. Bijgevolg nodigde zij deze laatste uit om de definitieve maatregel te storten op de meest recent beschikbare gegevens.
- 36 Ten slotte herinnerde de Commissie er in haar brief van 30 januari 2006 aan dat „overeenkomstig artikel 7, lid 5, van richtlijn [2002/21], de CMT zo veel mogelijk rekening [moest] houden met de opmerkingen van de andere NRI's en van de Commissie” en dat zij „het eindontwerp van de maatregel kon goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie kon meedelen”.

37 Op 31 januari 2006 hebben de Commissie en de CMT elk een persmededeling doen uitgaan over de brief van 30 januari 2006.

38 Op 2 februari 2006 heeft de CMT de beslissing vastgesteld tot goedkeuring van de definitie en analyse van de markt voor de levering van toegang tot en gespreksopbouw op openbare mobiele telecommunicatienetwerken, de aanwijzing van de exploitanten met aanmerkelijke marktmacht en de oplegging van specifieke verplichtingen. In punt 4 van zijn beslissing, heeft de CMT opgemerkt dat overeenkomstig artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21, zij „in de mate van het mogelijke, rekening [hield] met de door de Commissie en de NRI's gemaakte opmerkingen en [dat] zij de maatregel definitief [kon] vaststellen, die zij vervolgens ter kennis van de Commissie zou brengen”. In het laatste lid van de beslissing verduidelijkt de CMT dat „een verzoek om heroverweging kon worden ingediend bij [de CMT] binnen een termijn van een maand te rekenen vanaf de dag volgend op die van bekendmaking” en dat „een verzoek om toetsing door de bestuursrechter rechtstreeks kon worden ingediend bij de kamer bestuursrechtspraak van de Audiencia Nacional, binnen een termijn van twee maanden te rekenen van de dag volgend op die van bekendmaking”.

39 Op 7 april 2006 heeft Vodafone bij het Tribunal Supremo (Spaanse hooggerechtshof) beroep ingesteld tegen de beslissing van de CMT.

40 Op 11 mei 2006 heeft de Commissie aan Vodafone een beschikking gezonden ter bevestiging van haar weigering om op grond van verordening nr. 1049/2001 toegang te verlenen tot de documenten, erop wijzend dat sommige van de betrokken documenten „deel uitmaken van de interne beraadslagingen van de Commissie over de te volgen aanpak in de [betreffende] zaak en rechtstreeks samenhangen met de interne besluitvormingsprocedure van de Commissie”.



**Procesverloop en conclusies van partijen**

- 41 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 12 april 2006, heeft Vodafone het onderhavige beroep ingesteld.
- 42 Bij afzonderlijke akte, eveneens op 12 april 2006 neergelegd ter griffie, heeft Vodafone op grond van artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering een verzoek om een versnelde procedure ingediend. Dit verzoek is bij beschikking van 16 mei 2006 afgewezen.
- 43 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 juni 2006, heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid krachtens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering opgeworpen.
- 44 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 juni 2006, heeft het Koninkrijk Spanje een verzoek tot interventie aan de zijde van de Commissie ingediend.
- 45 Bij beschikking van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 6 september 2006, is het verzoek tot interventie ingewilligd.
- 46 Vodafone concludeert in haar verzoekschrift dat het het Gerecht behage:
- de beschikking van de Commissie vervat in haar brief van 30 januari 2006 nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de voor Vodafone met de onderhavige procedure samenhangende kosten.

47 In haar exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— het beroep kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren;

— Vodafone te verwijzen in de kosten.

48 In zijn memorie in interventie concludeert het Koninkrijk Spanje dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— Vodafone te verwijzen in de kosten.

49 In haar opmerkingen naar aanleiding van de exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert Vodafone dat dat het Gerecht behage:

— de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie te verwerpen;

- te gelasten dat de onderhavige procedure ten gronde wordt voortgezet;
  
- de Commissie te verwijzen in de kosten die door haar exceptie van niet-ontvankelijkheid zijn veroorzaakt.

### **In rechte**

- 50 Krachtens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht, als een partij daarom verzoekt, uitspraak doen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid zonder daarbij op de zaak ten gronde in te gaan. Volgens lid 3 van dit artikel geschiedt de verdere behandeling van het verzoek mondeling, tenzij het Gerecht anders beslist. Dit laatste is van oordeel dat in casu de processtukken voldoende gegevens bevatten en dat niet tot de mondelinge behandeling hoeft te worden overgegaan.
- 51 Eerst moet worden onderzocht of de in de onderhavige zaak bestreden handeling, te weten de brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, een handeling is die vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 230 EG en vervolgens of Vodafone procesbevoegd is in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG.

#### *1. Aard van de bestreden handeling*

#### *Argumenten van partijen*

- 52 De Commissie en het Koninkrijk Spanje betogen dat de bestreden handeling geen handeling is die vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 230 EG.

- 53 Vodafone herinnert eraan dat om te bepalen of een handeling bindende rechtsgevolgen sorteert welke de belangen van de verzoeker kan raken doordat zij de rechtspositie aanmerkelijk wijzigt, gekeken moet worden naar de wezenlijke inhoud ervan, aangezien de vorm waarin handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe van geen belang is voor de vraag of daartegen beroep tot nietigverklaring openstaat (arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9; arrest Gerecht van 15 december 2005, Infront WM/Commissie, T-33/01, Jurispr. blz. II-5897, punt 89).
- 54 Vodafone betoogt in de eerste plaats dat uit de inhoud ervan en de context waarbinnen zij is vastgesteld volgt dat de bestreden handeling een goedkeuringsbeslissing is waarbij de Commissie haar fiat heeft gegeven aan de door de CMT voorgestelde maatregel en heeft besloten de tweede fase van de procedure op grond van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 niet in te leiden. Zij legt dienaangaande uit dat artikel 7, leden 3 en 4, van de richtlijn de Commissie slechts twee opties geeft na het onderzoek van een ontwerpmaatregel die te harer kennis is gebracht: of de Commissie legt de betrokken NRI de verplichting op om de ontwerpmaatregel gedurende een aanvullende periode van twee maanden niet vast te stellen, of zij stelt geen moratorium in, zodat de NRI de ontwerpmaatregel kan vaststellen. In de gevallen waarin de Commissie besluit geen moratorium in te stellen, kan zij niettemin beslissen om opmerkingen te richten aan de NRI, terwijl deze opmerkingen op een veelheid van verschillende punten, van wisselend belang, kunnen zien. De mogelijkheid een veelheid van verschillende opmerkingen te maken, doet er echter niet aan af dat de Commissie zich in wezen geplaast ziet voor een keuze tussen twee opties: de NRI te gelasten om de ontwerpmaatregel niet vast te stellen gedurende een aanvullende periode van twee maanden, of dit niet te doen, zodat hij onmiddellijk kan overgaan tot definitieve vaststelling van de ontwerpmaatregel.
- 55 Vodafone herinnert eraan dat de rol van de Commissie is om toe te zien op de uniforme toepassing van richtlijn 2002/21. Deze doelstelling kan enkel worden bereikt als de Commissie verplicht wordt elke kennisgeving te onderzoeken en in elk dossier een besluit te nemen. De Commissie heeft hoe dan ook zelf erkend dat zij in elke zaak een standpunt bepaalt. In de maand volgend op de kennisgeving gaat de Commissie over tot ofwel goedkeuring van de ontwerpmaatregel, ofwel een besluit tot inleiding van de tweede fase van de procedure.

56 In casu is de Commissie overgegaan tot een beoordeling van ontwerp-maatregel ES/2005/0330, teneinde een besluit te nemen over de vraag of er ernstige twijfels over zijn verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht waren en heeft zij, nadat zij besloten had dat die er niet waren, aan de ontwerpmaatregel haar fiat gegeven. De Commissie heeft haar rol niet alleen in de bestreden handeling, maar ook in de daarmee gepaard gaande persmededeling van 31 januari 2006 (IP/06/97) en in haar verzoek om aanvullende inlichtingen aan de CMT volgend op de kennisgeving, in die bewoordingen omschreven. Zij benadrukt het feit dat de Commissie in meerdere andere verklaringen ter omschrijving van de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21, daaronder begrepen haar website, alle brieven op grond van artikel 7, lid 3, van bedoelde richtlijn kwalificeert als „besluiten”. Vodafone verwijst voorts naar de beschikking van de Commissie van 11 mei 2006 houdende weigering van toegang tot de documenten betreffende ontwerp-maatregel ES/2005/0330, die meerdere verwijzingen bevat naar het „besluit” van de Commissie en naar het „besluitvormingsproces”. Zij vestigt er ook de aandacht op dat uit de mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s over marktanalyses uit hoofde van het regelgevingskader van de EU — Consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie [COM(2006) 28 def., blz. 5 en 10], volgt dat de Commissie, die een standpunt inneemt ten aanzien van elke maatregel waarvan kennis wordt gegeven, nagaat of de beoordeling van de NRI in overeenstemming is met het communautaire mededingingsrecht en genoegzaam met bewijsmiddelen is onderbouwd. De verbindendheid van de op grond van artikel 7 van richtlijn 2002/21 gevolgde procedure en de centrale rol van de Commissie bij de beoordeling en de verificatie van de bevindingen van de NRI’s die tot een kennisgeving overgaan, volgt ook uit aanbeveling 2003/561 en memorandum 06/59 van de Commissie van 7 februari 2006 met de titel „Elektronische communicatie: de procedure op grond van artikel 7 en de rol van de Commissie — Veelgestelde vragen”.

57 Onder verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest *Infront WM/Commissie*, punt 53 *supra*, vestigt Vodafone er de aandacht op dat de omschrijving die de Commissie zelf hanteert van haar rol en van de procedure overtuigend bewijs vormt van het feit dat een handeling bindende rechtsgevolgen sorteert en van haar vatbaarheid voor beroep in de zin van artikel 230 EG (arrest *Infront WM/Commissie*, punt 53 *supra*, punten 106 en 107). Daarenboven moeten in casu, net zoals het geval is met de beslissing die is genomen in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *Infront WM/Commissie*, punt 53 *supra*, bindende gevolgen aan de bestreden

handeling worden toegekend teneinde de door richtlijn 2002/21 nagestreefde juiste en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen. De procedure op grond van artikel 7 van richtlijn 2002/21 kan immers enkel efficiënt bijdragen aan de juiste en uniforme toepassing van richtlijn 2002/21 wanneer de Commissie gehouden is elke ontwerpmaatregel die te harer kennis wordt gebracht te beoordelen en te besluiten of de betrokken maatregel er als onverenigbaar met richtlijn 2002/21 of met het gemeenschapsrecht moeten worden „uitgefilterd”.

58 Aangaande het argument inzake het beweerde ontbreken van een dispositief in de brief van 30 januari 2006, merkt Vodafone op dat de inhoud en niet de vorm waarin een handeling is gegoten doorslaggevend is voor de vraag of een handeling bindende rechtsgevolgen sorteert (arrest Infront WM/Commissie, punt 53 supra, punt 110). Zij herinnert er in dit verband aan dat het Gerecht reeds heeft geoordeeld dat handelingen zonder een formeel dispositief, handelingen waren die vatbaar waren voor beroep (arrest Gerecht van 24 maart 1994, *Air France/Commissie*, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punten 44 en volgende).

59 Vodafone meent in ieder geval dat het gedeelte van de bestreden handeling waarin de Commissie de bewoordingen van artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 herhaalt, een dispositief vormt, waarmee de Commissie — door te bevestigen dat de CMT de ontwerpmaatregel mag vaststellen en te besluiten om de tweede fase van de procedure niet in te leiden — het enige nog resterende obstakel heeft weggenomen voor de definitieve vaststelling van ontwerpmaatregel ES/2005/0330 door de CMT. Door de bewoordingen van artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 in het dispositief van de bestreden handeling te herhalen, zonder echter de woorden „uitgezonderd in de in lid 4 genoemde gevallen”, die daar een noodzakelijk deel van vormen, te vermelden, heeft de Commissie duidelijk beslist dat de door de CMT geplande maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 viel, daar zij geen ernstige twijfels koesterde over de verenigbaarheid van de maatregel met het gemeenschapsrecht en zij besloot om de tweede fase van de procedure niet in te leiden.

60 In haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie van het Koninkrijk Spanje herinnert Vodafone eraan dat het toepasselijke regelgevende kader de Commissie een beslissende rol toebedeelt ter waarborging van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht. Artikel 7 van richtlijn 2002/21 bereikt die

doelstelling doordat het erin voorziet dat de Commissie elke voorgestelde maatregel ontvangt, beoordeelt en over zijn lot beslist binnen een juridisch bindend kader. De juridisch bindende aard van een brief op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 volgt eveneens uit een persmededeling van 20 oktober 2006 (IP/06/1439) en een toespraak van het lid van de Commissie bevoegd voor de informatiemaatschappij van 16 november 2006. De bewoordingen die de Commissie in die documenten gebruikt sluiten geheel aan bij de door Vodafone gemaakte omschrijving van de verplichting van de Commissie om elke kennisgeving te onderzoeken, vervolgens in voorkomend geval een besluit te nemen over het uitvoeren van een diepgaand onderzoek en ten slotte om haar „veto” uit te spreken over maatregelen die met het gemeenschapsrecht onverenigbaar zijn. De procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21 is niet een mechanisme voor de uitwisseling van ervaringen of dialoog tussen de bevoegde autoriteiten, maar wel degelijk een juridisch bindende goedkeuringsprocedure. Vodafone herinnert in dit verband aan de bewoordingen van artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21, volgens welke de NRI's zo veel mogelijk rekening houden met de opmerkingen van de Commissie, alsook punt 17 van aanbeveling 2003/561 op grond waarvan een NRI de Commissie moet informeren over de wijze waarop zij zoveel mogelijk rekening heeft gehouden met de op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 gemaakte opmerkingen.

<sup>61</sup> In de tweede plaats betoogt Vodafone dat de bestreden handeling, door het laatste obstakel voor de definitieve vaststelling van ontwerpmaatregel ES/2005/0330 weg te nemen en het onderzoek naar de ontwerp-maatregel op communautair niveau te beëindigen, niet enkel de rechtspositie van de CMT heeft gewijzigd, nu het haar is toegestaan om haar ontwerpmaatregelen rechtmatig vast te stellen en op haar een juridische verplichting rust om zo veel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Commissie, maar ook die van haarzelf, nu haar de procedurele rechten worden ontnomen die zij zou hebben genoten bij de inleiding van de tweede fase van de procedure.

<sup>62</sup> Vodafone meent in dit verband dat de bestreden handeling analoog is aan de handeling die de Commissie op grond van artikel 6, lid 1, sub a, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1) verricht, wanneer zij meent dat zij niet bevoegd is om een concentratie te beoordelen, of aan de handeling die zij op grond van artikel 9 van die verordening verricht wanneer zij de zaak naar de nationale autoriteiten verwijst. Zowel de ene als de andere op grond van verordening nr. 139/2004

verrichte handeling, die het onderzoek op communautair niveau beëindigt, beïnvloedt de rechtspositie van derden door hen in de eerste plaats de mogelijkheid te ontnemen dat de wettigheid van de concentratie vanuit de invalshoek van bedoelde verordening door de Commissie wordt onderzocht, en daarnaast de procedurele rechten te ontzeggen die zij zouden hebben genoten tijdens de administratieve procedure bij de Commissie (arresten Gerecht van 4 maart 1999, *Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie*, T-87/96, Jurispr. blz. II-203, punten 37-44, en 3 april 2003, *Royal Philips Electronics/Commissie*, T-119/02, Jurispr. blz. II-1433, punt 282). Die situatie is vergelijkbaar met de onderhavige zaak nu de brief van 30 januari 2006 het communautaire toezicht op de voorgestelde maatregel afrondt doordat de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21 wordt beëindigd en toe wordt gestaan dat de nationale procedure voor de definitieve vaststelling van de voorgestelde maatregel wordt voortgezet.

63 Vodafone voegt hieraan toe dat het materiële gevolg van een handeling, beoordeeld in de context van het rechtsstelsel waaronder deze valt, beslissend is voor de beantwoording van de vraag of de handeling vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 230 EG, en niet de exclusieve bevoegdheid van de Commissie. De Commissie is in het kader van richtlijn 2002/21 in ieder geval exclusief bevoegd om te beslissen of zij een moratorium afkondigt op de vaststelling van de maatregel waarvan kennis is gegeven door een NRI, door de tweede fase van de procedure in te leiden. De uitoefening van een dergelijke bevoegdheid moet ter toetsing aan de gemeenschapsrechter kunnen worden voorgelegd. In dit verband is irrelevant of de Commissie exclusief bevoegd is voor het gehele proces, wat zou kunnen leiden tot een *ex ante* vaststelling van de wettelijke maatregelen, of dat de NRI's eveneens bevoegd zijn voor bepaalde delen van het proces.

64 Vodafone roept ook de rechtspraak inzake staatssteun in volgens welke de door de Commissie genomen beslissing krachtens artikel 88, lid 3, EG om de tweede fase van de procedure niet in te leiden en de toekenning van een door een lidstaat aangemelde nieuwe steun goed te keuren naar zijn aard rechtstreeks gevolgen sorteert voor niet alleen de lidstaat, maar ook voor de voorgenomen steunbegunstigde en klagende derden. Deze laatsten blijven immers verstoken van de procedurele rechten die zij zouden hebben genoten als zij aan het diepgaand onderzoek van de Commissie naar de voorgenomen steunmaatregelen zouden hebben deelgenomen (arresten Hof van 19 mei 1993, *Cook/Commissie*, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punten 23-26,



en 15 juni 1993, *Matra/Commissie*, C-225/91, *Jurispr. blz. I-3203*, punten 17-20; arrest *Gerecht van 10 mei 2006, Air One/Commissie*, T-395/04, *Jurispr. blz. II-1343*, punten 30 en 31).

<sup>65</sup> Vodafone merkt overigens op dat haar procedurele rechten rechtstreeks uit de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht voortvloeien. Het is immers niet noodzakelijk dat procedurele rechten uitdrukkelijk door een instrument van afgeleid gemeenschapsrecht worden toegekend opdat die rechten zouden bestaan (arrest Hof van 12 februari 1992, *Nederland e.a./Commissie*, C-48/90 en C-66/90, *Jurispr. blz. I-565*, punten 44-51). Zo heeft het Hof ten aanzien van staatssteun verduidelijkt welke groep personen de procedurele rechten van artikel 88, lid 2, EG geniet, alsook de inhoud van die rechten, nog vóór zij uitdrukkelijk werden vastgelegd in verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1) (arrest Hof van 14 november 1984, *Intermills/Commissie*, 323/82, *Jurispr. blz. 3809*, punten 16 en 17). Het is in dit opzicht vaste rechtspraak dat in de uit twee fasen bestaande procedure op het gebied van staatssteun partijen zoals Vodafone in rechte zouden mogen opkomen tegen een beslissing van de Commissie om de eerste fase van de procedure te beëindigen, zulks ter waarborging van de procedurele rechten die zij tijdens de tweede fase van de procedure genieten (arresten Hof Cook/Commissie, punt 64 supra, punt 23; *Matra/Commissie*, punt 64 supra, punt 17, en van 13 december 2005, *Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Jurispr. blz. I-10737*, punt 35; arrest *Air One/Commissie*, punt 64 supra, punt 31; arrest *Royal Philips Electronics/Commissie*, punt 62 supra, punt 284).

<sup>66</sup> De waarborging van de procedurele rechten van Vodafone op nationaal niveau betekent dus niet dat zij geen procedurele rechten op communautair niveau zou kunnen laten gelden. De procedure bij de CMT en die welke op communautair niveau op grond van artikel 7 van richtlijn 2002/21 is ingeleid, zijn twee afzonderlijke procedures. De rechten die Vodafone aan het gemeenschapsrecht ontleent, zouden van toepassing kunnen zijn op de aanvullende inlichtingen waar in het kader van de nationale beroepsprocedure niet tegen op kan worden gekomen, nu deze niet vallen onder de procedure die zich voor de CMT heeft afgespeeld. Vodafone legt in dit

verband uit dat zij nimmer de gelegenheid heeft gekregen om zich uit te spreken over de aanvullende inlichtingen die door de CMT aan de Commissie zijn verstrekt bij brief van de voorzitter van de CMT van 24 januari 2006 en die van 25 januari 2006 in antwoord op het verzoek om inlichtingen van de Commissie. De Commissie geeft zelf ook de noodzaak toe om op communautair niveau procedurele rechten toe te kennen, ondanks het bestaan ervan op nationaal niveau.

67 Het feit dat artikel 4 van richtlijn 2002/21 voorziet in nationale rechten van beroep is irrelevant voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep. De beslissende rol van de Commissie bij de juiste en uniforme toepassing van richtlijn 2002/21, die erin bestaat elke maatregel waarvan kennis wordt gegeven te beoordelen en te beslissen over zijn verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht, moet door de gemeenschapsrechters kunnen worden getoetst, ongeacht eventuele nationale beroepen tegen de nationale maatregel. Vodafone verduidelijkt in dit verband dat zij het recht heeft beroep in te stellen tegen de beslissing van de Commissie om de tweede fase van de procedure niet in te leiden omdat, gezien de bewijselementen in de kennisgeving van de CMT, de enige weg die de Commissie had moeten kiezen de inleiding van de tweede fase van de procedure was. Een geheel andere vraag is of Vodafone ook reden heeft om beroep in te stellen tegen de door de CMT genomen maatregel op nationaal niveau, bijvoorbeeld omdat de CMT de feiten onjuist heeft beoordeeld, wat niet kenbaar was op grond van de kennisgeving aan de Commissie, en wat de Commissie niet had kunnen onderkennen. Vodafone merkt voorts op dat in de onderhavige zaak vragen ten gronde rijzen die niet in het kader van een nationale beroepsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld. Zij wijst in dit verband op de onverenigbaarheid van de brief van 30 januari 2006 met de beslissingen die ten aanzien van andere lidstaten zijn genomen, die ten grondslag ligt aan twee specifieke middelen die in het kader van het onderhavige beroep zijn opgeworpen. Nu de nationale en communautaire beroepsprocedures verschillende doelstellingen nastreven, is er in de onderhavige zaak geen risico van „forum shopping”. In ieder geval kan het bestaan van beroepsmogelijkheden binnen de nationale rechtsorde, eventueel bij de nationale rechter, niet de mogelijkheid uitsluiten dat de wettigheid van een door een gemeenschapsinstelling vastgesteld besluit krachtens artikel 230 EG rechtstreeks aan de gemeenschapsrechter wordt voorgelegd (arresten *Air France/Commissie*, punt 58 supra, punt 69; *Royal Philips Electronics/Commissie*, punt 62 supra, punt 290, en *Infront WM/Commissie*, punt 53 supra, punt 109).

68 Ten slotte kan het feit dat de Commissie niet dezelfde uitgebreide onderzoeksbevoegdheden bezit als die waarover zij op grond van verordening nr. 139/2004 beschikt, geen relevante factor zijn bij de bepaling of het onderhavige beroep ontvankelijk is. Vodafone herinnert er in dit verband aan dat de Commissie op grond van artikel 5 van richtlijn 2002/21 bevoegd is om van de NRI's te verlangen dat zij haar „de informatie verstrekken die zij nodig heeft om haar taken uit hoofde van het Verdrag te vervullen” (waaronder informatie die als vertrouwelijk wordt beschouwd) en dat de Commissie deze bevoegdheid in de onderhavige zaak heeft uitgeoefend. De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie zijn enkel beperkt door het feit dat de Commissie niet gehouden is, of niet het recht heeft, ten gronde onderzoek te doen naar alle feiten die aan de ontwerpmaatregel van de NRI ten grondslag liggen. De rol van de Commissie onderscheidt zich van die van de NRI of van de nationale beroepsinstantie die krachtens artikel 4 van richtlijn 2002/21 is aangewezen. Echter, binnen de grenzen van de haar ter beschikking gestelde informatie (daaronder begrepen de informatie waar zij krachtens artikel 5 van richtlijn 2002/21 om heeft gevraagd), is de Commissie gehouden te onderzoeken of een ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne markt opwerpt, te besluiten of zij ernstige twijfels over de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het gemeenschapsrecht heeft en, ingeval zij na diepgaand onderzoek van mening is dat de ontwerpmaatregel onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, deze ontwerpmaatregel te verbieden. Om deze taak te vervullen, moet de Commissie een juridisch passend toezicht uitoefenen, dat de beoordelingsruimte van een NRI eerbiedigt, maar dat de vaststelling van met het gemeenschapsrecht onverenigbare maatregelen belet.

### *Beoordeling door het Gerecht*

69 Volgens vaste rechtspraak zijn maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 230 EG te beschouwen. De vorm waarin handelingen of besluiten zijn gegoten, is in principe van geen belang voor de vraag of daartegen beroep tot nietigverklaring openstaat (arrest IBM/Commissie, punt 53 supra, punt 9; arrest Gerecht van 17 februari 2000, Stork Amsterdam/Commissie, T-241/97, Jurispr. blz. II-309, punt 49). Om vast te stellen of een bestreden handeling dergelijke gevolgen in het leven roept, moet worden gekeken naar de wezenlijke inhoud ervan (arrest Hof van 22 juni 2000, Nederland/Commissie, C-147/96, Jurispr. blz. I-4723, punt 27).

70 Teneinde in het licht van voornoemde beginselen, de juridische aard van de bestreden handeling te beoordelen en te bepalen of deze bindende rechtsgevolgen in het leven roept, moet bijgevolg zowel de inhoud ervan als de context waarin deze is vastgesteld worden onderzocht (zie in die zin beschikking van het Hof van 13 juni 1991, Sunzest/Commissie, C-50/90, Jurispr. blz. I-2917, punt 13).

### Context waarin de bestreden handeling is vastgesteld

— Door richtlijn 2002/21 respectievelijk aan de NRI's en aan de Commissie toebedeelde taken

71 De juridische context waarbinnen de bestreden handeling is vastgesteld, wordt gevormd door richtlijn 2002/21. Overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 2002/21, „wordt daarbij een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronischecommunicatiediensten, elektronischecommunicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten vastgesteld[, en legt de] richtlijn taken van de [NRI's] vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Gemeenschap te waarborgen”.

72 De gemeenschapswetgever heeft een centrale rol willen toebedelen aan de NRI's voor de bereiking van de doelstellingen van richtlijn 2002/21, waaronder, zoals volgt uit artikel 8, lid 2, van bedoelde richtlijn, de bevordering van de mededinging op de markten voor elektronische communicatie.

73 In dit verband moet eerst worden gewezen op de formele aspecten, zoals het gebruik van het juridische instrument richtlijn, die enkel tot de lidstaten is gericht. De opbouw van de richtlijn, die bestaat uit vijf hoofdstukken met als respectieve

titels „Toepassingsgebied, doelstelling en definities” (hoofdstuk 1: artikelen 1 en 2), „[NRI]” (hoofdstuk 2: artikelen 3 tot en met 7), „Taken van de [NRI’s]” (hoofdstuk 3: artikelen 8 tot en met 13), „Algemene bepalingen” (hoofdstuk 4: artikelen 14 tot en met 25) en „Slotbepalingen” (hoofdstuk 5: artikelen 26 tot en met 30), toont eveneens de centrale rol van de NRI’s aan.

- 74 Wat vervolgens de precieze, in richtlijn 2002/21 aan de NRI’s toegekende bevoegdheden betreft, zijn zij met name gehouden de markten voor elektronische communicatie die binnen hun grondgebied vallen te definiëren op grond van de beginselen van het mededingingsrecht (artikel 15, lid 3, van richtlijn 2002/21), de exploitanten aan te wijzen die op die markten over aanmerkelijke marktmacht beschikken (artikel 14 van richtlijn 2002/21) en de wettelijke verplichtingen vast te stellen die in voorkomende gevallen aan die exploitanten moeten worden opgelegd (artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21).
- 75 Bij de uitoefening van de in het vorige punt besproken bevoegdheden, krijgen de NRI’s bijstand van de Commissie. Zo bepaalt artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/21 dat „de Commissie een aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten aanneemt” en dat de aanbeveling „de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeldt waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen [...] gerechtvaardigd kan zijn”. Artikel 15, lid 2, van richtlijn 2002/21 voegt toe dat „de Commissie [...] richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht [publiceert] [...], in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht”.
- 76 Overeenkomstig artikel 14, lid 2, tweede alinea, artikel 15, lid 3, en artikel 16, lid 1, van richtlijn 2002/21, houden de NRI’s „zo veel mogelijk rekening” met de aanbeveling en de richtsnoeren van de Commissie.

77 Richtlijn 2002/21 voorziet een directere betrokkenheid van de Commissie en de overige NRI's wanneer een NRI voornemens is om „markten [te] definiëren die verschillen van de in de aanbeveling [van de Commissie] genoemde” (artikel 15, lid 3). Hetzelfde geldt wanneer de NRI — of betrokken NRI's in geval van een ruimere dan nationale markt — specifieke wettelijke verplichtingen willen opleggen, handhaven of wijzigen die passend zijn voor ondernemingen met marktmacht op een markt die niet daadwerkelijk concurrerend is (artikel 16, leden 4, 5 en 6). De betrokkenheid van de Commissie en de overige NRI's bij de procedure voor consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie is omschreven in artikel 7 van richtlijn 2002/21 en is overeenkomstig punt 15 van de considerans van deze richtlijn bedoeld „om ervoor te zorgen dat besluiten op nationaal niveau geen nadelig gevolg hebben voor de interne markt of andere doelstellingen van het Verdrag”. Het betreft een procedure die tot doel heeft om een consistente toepassing van het regelgevende kader te verzekeren.

— Verloop van de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21

78 Artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 bepaalt dat „indien de [NRI] [...] voornemens is een maatregel” bedoeld in met name de artikelen 15 of 16 van richtlijn 2002/21 te nemen en die „van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten”, de betrokken NRI „naast de raadpleging [van belanghebbenden] als bedoeld in artikel 6” „de Commissie en de [NRI's] in de andere lidstaten in kennis [moet stellen] van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel” en „de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis [stelt]”. Deze kennisgevingsverplichting die op de betrokken NRI rust, stemt overeen met de verplichting van de Commissie om de ontwerp-maatregel waarvan kennis wordt gegeven te onderzoeken om „ervoor te zorgen dat besluiten op nationaal niveau geen nadelig gevolg hebben voor de interne markt of andere doelstellingen van het Verdrag” (punt 15 van de considerans van richtlijn 2002/21).

79 In de onderhavige zaak valt ontwerpmaatregel ES/2005/0330, waarvan kennis is gegeven aan de Commissie en de overige NRI's, onder artikel 16, lid 4, van richtlijn

2002/21. De voorgestelde maatregel ziet er immers op ondernemingen aan te wijzen die aanmerkelijke marktmacht bezitten op een markt en om specifieke wettelijke verplichtingen op te leggen.

80 Opgemerkt moet worden dat artikel 7 van richtlijn 2002/21 voorziet in twee mogelijke reacties van de Commissie naar aanleiding van de kennisgeving van een ontwerpmaatregel die onder artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21 valt.

81 In het eerste geval, voorzien in artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, is de Commissie van oordeel dat de ontwerpmaatregel geen obstakel voor de interne markt vormt of geen ernstige twijfels oproept over zijn verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht en met name de doelstellingen voorzien in artikel 8 van bedoelde richtlijn. In dat geval kan Commissie „de betrokken [NRI] [haar] opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand” wanneer, zoals in de onderhavige zaak het geval is, de raadpleging van belanghebbenden voorzien in artikel 6 van richtlijn 2002/21 reeds is afgerond op het moment van kennisgeving van de ontwerpmaatregel. De Commissie heeft in de loop van de onderhavige procedure bevestigd dat, om redenen van transparantie, zij een standpunt bepaalt ten aanzien van elke kennisgeving door opmerkingen te maken of een brief te sturen ter bevestiging van het feit dat zij geen opmerkingen heeft [mededeling COM(2006) 28 def., blz. 3].

82 In het tweede geval, voorzien in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21, is de Commissie daarentegen van oordeel dat de ontwerpmaatregel „van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten” en „een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt” of „ernstige twijfels [oproept] omtrent [zijn] verenigbaarheid [...] met het gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen”. In dat geval richt zij binnen dezelfde termijn van één maand een brief aan de betrokken NRI waarin zij haar ernstige twijfels in de zin van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 uit en wordt overeenkomstig die bepaling „de vaststelling van de maatregel met nog eens twee maanden uitgesteld”. Gedurende deze tweede fase van de procedure gaat de

Commissie over tot een diepgaand onderzoek van de betrokken maatregel. Ofschoon geen enkele bepaling dit uitdrukkelijk voorziet, heeft de Commissie bevestigd dat zij in het kader van deze tweede fase belanghebbenden uitnodigt om hun opmerkingen in te dienen.

83 Uit artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 volgt dat binnen deze aanvullende termijn van twee maanden „de Commissie het besluit [kan] nemen om van de betrokken [NRI] te verlangen dat zij haar ontwerp-maatregel intrekt”. Een dergelijk besluit „gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerp-maatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerp-maatregel”. De Commissie kan ook tot de conclusie komen dat de maatregel uiteindelijk geen problemen aangaande zijn verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht stelt. In dat geval trekt zij overeenkomstig punt 14 van aanbeveling 2003/561 haar bezwaren in. De inleiding van de tweede fase van de procedure leidt dus niet noodzakelijk tot een vetobesluit van de Commissie.

84 Opgemerkt moet worden dat de rol van de overige NRI's na kennisgeving van een ontwerpmaatregel, in tegenstelling tot die van de Commissie, beperkt is tot het maken van opmerkingen op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21. De overige NRI's hebben immers niet de bevoegdheid om van de kennisgevende NRI te verlangen dat deze haar ontwerpmaatregel intrekt.

— Juridische aard van een brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21

85 De in de onderhavige zaak bestreden handeling is een brief met opmerkingen van de Commissie, gestoeld op artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21.



- 86 Vodafone meent dat de bestreden handeling bindende rechtgevolgen sorteert die haar belangen kunnen aantasten in de zin van de hiervoor in punt 69 aangehaalde rechtspraak.
- 87 In de eerste plaats beweert zij dat de Commissie met de vaststelling van de bestreden handelingen ontwerpmaatregel ES/2005/0330 heeft goedgekeurd en heeft besloten om niet de aanvullende opschorting van twee maanden voorzien in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 te gelasten en de in diezelfde bepaling voorziene tweede fase van de procedure in te leiden, waardoor zij verstoken is gebleven van haar procedurele rechten.
- 88 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 2002/21 de NRI's met name de verplichting oplegt om de mededinging bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten te bevorderen. Ontwerpmaatregel ES/2005/0330, die onder artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21 valt, is erop gericht deze doelstelling te bereiken door de oplegging van specifieke wettelijke verplichtingen aan de drie in Spanje actieve exploitanten van openbare mobiele communicatienetwerken voor elektronische communicatie die volgens de CMT gezamenlijk aanmerkelijke marktmacht bezitten.
- 89 In het kader van de procedure die leidt tot de vaststelling door de NRI van een definitieve maatregel op grond van artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21, geeft de betrokken NRI overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 kennis van haar ontwerpmaatregel aan de Commissie en de overige NRI's teneinde hen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken (punt 15 van de considerans van richtlijn 2002/21). De procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 vormt aldus een procedure van raadpleging en samenwerking tussen de kennisgevende NRI aan de ene kant en de overige NRI's en de Commissie aan de andere kant.
- 90 Zoals aangegeven in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2002/21 heeft de interventie van de Commissie en de overige NRI's in het kader van de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21 zeker tot doel „om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Gemeenschap te waarborgen”.

91 Deze omstandigheid betekent echter niet dat de door de Commissie op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 gemaakte opmerkingen bindende rechtsgevolgen sorteren.

92 Ofschoon het juist is dat richtlijn 2002/21 de Commissie een belangrijke rol toebeedelt in de procedures die beogen een geharmoniseerde toepassing van het regelgevende kader in de gehele Gemeenschap te waarborgen, doet dit er in de eerste plaats niet aan af dat overeenkomstig artikel 7, lid 2, en artikel 8, lid 3, sub d, van richtlijn 2002/21, de NRI's toezien op de consistente toepassing van het regelgevende kader door op transparante wijze onderling en met de Commissie samen te werken. De NRI's vervullen dus ook een sleutelrol bij de consistente toepassing van het regelgevend kader in de Gemeenschap, zulks op basis van samenwerking met de Commissie en de overige NRI's.

93 Daarnaast moet worden vastgesteld dat de rechtsgevolgen van een brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 duidelijk zijn aangegeven in lid 5 van bedoelde bepaling, luidens welke de kennisgevende NRI „zoveel mogelijk rekening [houdt] met opmerkingen van andere [NRI's] en van de Commissie”. Deze bewoordingen geven uiting aan de niet-bindende aard van een brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 van de Commissie. Bijgevolg moet worden opgemerkt dat artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 geen overwicht toekent aan de opmerkingen van de Commissie ten opzichte van die van de overige NRI's. In dit opzicht bepaalt punt 17 van aanbeveling 2003/561 dat „wanneer een [NRI] die van de Commissie of andere [NRI's] overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG [...] gemaakte opmerkingen heeft ontvangen, de ontwerpmaatregel goedkeurt, [...] zij, op verzoek van de Commissie, de Commissie en de overige [NRI's] [informeert] over de wijze waarop zij zoveel mogelijk rekening heeft gehouden met de gemaakte opmerkingen”. In het geval dat de opmerkingen van een NRI en die van de Commissie tegenstrijdig zouden zijn, schendt de kennisgevende NRI bijgevolg artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 niet door, na een zorgvuldig onderzoek van de verschillende opmerkingen, de aanpak voorgesteld door de andere NRI en niet de door de Commissie voorgestelde te volgen.

- 94 Als overigens de Commissie, zoals Vodafone beweert, bevoegd zou zijn om de nationale maatregel waarvan kennis is gegeven in het kader van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 goed te keuren, volstaat het in een dergelijk geval niet dat de NRI zo veel mogelijk rekening houdt met de „beschikking” van de Commissie nu krachtens artikel 249 EG een dergelijke beschikking in al zijn onderdelen verbindend is voor degene aan wie zij is gericht.
- 95 Dat de Commissie, in de omstandigheden genoemd in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21, de tweede fase van de procedure, die kan uitmonden op een vetobesluit van de Commissie, kan inleiden, impliceert in de tweede plaats nog niet dat het de brief met krachtens artikel 7, lid 3, van bedoelde richtlijn door de Commissie gemaakte opmerkingen is die de NRI het recht geeft om de voorgenomen nationale maatregel vast te stellen.
- 96 Het is van belang in dit verband op te merken dat in de onderhavige zaak de kennisgeving van ontwerpmaatregel ES/2005/0330 van de CMT aan de Commissie en aan de overige NRI's een maatregel bedoeld in artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21 is. Deze bepaling staat de betrokken NRI rechtstreeks toe om de betrokken maatregel vast te stellen nu zij erin voorziet dat een NRI die vaststelt dat een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, nagaat „welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht [...] hebben” en „de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen [oplegt]”. Zelfs als de Commissie in de omstandigheden genoemd in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 van de betrokken NRI kan verlangen dat deze de ontwerpmaatregel waarvan kennis is gegeven intrekt wanneer de maatregel de interne markt belemmert of met het gemeenschapsrecht en met name de politieke doelstellingen die de NRI's moeten eerbiedigen onverenigbaar is, is voor de uitoefening door de NRI van de rechtstreeks aan artikel 16, lid 4, van richtlijn 2002/21 ontleende bevoegdheden geenszins de „goedkeuring” van de Commissie nodig. Geen enkele bepaling van richtlijn 2002/21 voorziet overigens dat het feit dat de Commissie de tweede fase van de procedure niet inleidt, gelijkgesteld moet worden aan een goedkeuring van de ontwerpmaatregel waarvan kennis is gegeven, waardoor het de NRI wordt toegestaan te handelen.

97 In het licht van de raadgevende rol die aan de Commissie en aan de overige NRI's in het kader van de procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 is toebedeeld, is in de derde plaats een brief met op grond van deze bepaling door de Commissie gemaakte opmerkingen een voorbereidende gemeenschapshandeling die past binnen de procedure die leidt tot de vaststelling van een nationale maatregel door de betrokken NRI. Het is vaste rechtspraak dat voorbereidende handelingen niet vatbaar zijn voor een zelfstandig beroep tot nietigverklaring (arrest Nederland/Commissie, punt 69 supra, punt 35; arrest Gerecht van 19 oktober 2006, Buendía Sierra/Commissie, T-311/04, Jurispr. blz. II-4137, punt 98).

98 Een interventie van de Commissie op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 leidt niet tot de vaststelling van een definitieve gemeenschapshandeling die vatbaar is voor een rechtstreeks beroep bij de gemeenschapsrechter.

99 Anders dan Vodafone beweert, betekent het recht op effectieve rechtsbescherming niet dat bij het Gerecht beroep moet openstaan tegen een brief met opmerkingen krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21.

100 In dit verband moet worden opgemerkt dat artikel 4 van richtlijn 2002/21 de lidstaten verplicht om in een beroepsmogelijkheid bij een onafhankelijke instantie tegen de beslissingen van hun NRI's te voorzien. Er is in verduidelijkt dat wanneer de beroepsinstantie geen rechtcollege is, het „mogelijk [moet] zijn tegen die beslissingen beroep in te stellen bij een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 van het Verdrag”.

101 Richtlijn 2002/21 voert bijgevolg een sluitend systeem van rechterlijke bescherming in.

- 102 Wanneer de rol van de Commissie, zoals in de onderhavige zaak, beperkt is tot raadpleging in het kader van de procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, die in beginsel leidt tot de vaststelling van een beslissing door de betrokken NRI, staat in de eerste plaats beroep open bij de betrokken nationale rechter die overeenkomstig artikel 234 EG prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof over de uitlegging van het toepasselijke communautaire regelgevende kader. Benadrukt moet worden dat Vodafone tegen de beslissing van de CMT een beroep aanhangig heeft gemaakt bij het Tribunal Supremo. Gegeven dat de prejudiciële procedure van artikel 234 EG ook betrekking kan hebben op niet-bindende gemeenschapshandelingen (zie in die zin arresten Hof van 13 december 1989, Grimaldi, C-322/88, Jurispr. blz. 4407, punt 8, en 8 april 1992, Wagner, C-94/91, Jurispr. blz. I-2765, punten 16 en 17), kan de betrokken nationale rechter dankzij een dergelijke verwijzing met name nagaan of de brief met opmerkingen van de Commissie op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 gestoeld is op een juiste uitlegging van het gemeenschapsrecht.
- 103 Daarnaast is het zo dat wanneer de Commissie haar bevoegdheid tot het uitspreken van een veto krachtens artikel 7, lid 4 gebruikt, de procedure niet leidt tot een nationale beslissing, maar de vaststelling van een gemeenschapshandeling met bindende rechtsgevolgen en een beroepsgang bij het Gerecht.
- 104 In de tweede plaats tracht Vodafone de verbindendheid van de brief van de Commissie op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 aan te tonen door het vetorecht dat de Commissie krachtens artikel 7, lid 4, van bedoelde richtlijn bezit naar voren te schuiven, om zo te trachten het bewijs te leveren dat zij bij de besluitvorming in het kader van artikel 7 betrokken is.
- 105 De Commissie kan in dit verband op grond van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 „het besluit nemen om van de betrokken nationale regelgevende instantie te verlangen dat zij haar ontwerp-maatregel intrekt”. Ofschoon de daadwerkelijke uitoefening van het vetorecht bindende rechtsgevolgen sorteert doordat de betrokken NRI niet langer het recht heeft om de voorgenomen maatregel vast te stellen, moet ervan uit worden gegaan dat de niet-uitoefening van het vetorecht vergelijkbaar is met het niet vaststellen van een beslissing, wat geen enkel bindend rechtsgevolg in het leven roept (zie in die zin arrest Hof van 13 juli 2004, Commissie/Raad, C-27/04, Jurispr. blz. I-6649, punten 31-34).

106 Hieruit volgt dat als de Commissie enkel opmerkingen overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 maakt en geen vetorecht uitoefent, zoals in de onderhavige zaak, de interventie van de Commissie verstoken blijft van bindende rechtsgevolgen. Als de NRI besluit om de nationale maatregel definitief vast te stellen, zijn de uit deze maatregel voortvloeiende bindende rechtsgevolgen toe te schrijven aan de betrokken NRI en niet aan de opmerkingen van de Commissie of de niet-inleiding van de procedure van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21.

107 Op dit punt onderscheiden de procedures van artikel 7, leden 3 en 4, van richtlijn 2002/21 zich van procedures inzake staatssteun en concentratiecontrole, waarvan het rechtskader er uitdrukkelijk in voorziet dat wanneer de Commissie haar bevoegdheden niet binnen een bepaalde termijn uitoefent, dit gelijk wordt gesteld aan een impliciete goedkeuring. Als immers de Commissie niet binnen een termijn van twintig werkdagen c.q. twee maanden na aanmelding van de concentratie of de steunmaatregel een beslissing heeft genomen, wordt de concentratie of steunmaatregel geacht met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te zijn, zulks overeenkomstig artikel 10, lid 6, van verordening nr. 139/2004 en artikel 4, lid 6, van verordening nr. 659/1999. Geen enkele bepaling van richtlijn 2002/21 voorziet er evenwel in dat de niet-oefening door de Commissie van de bevoegdheid die zij krachtens artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 heeft, gelijkgesteld moet worden aan een impliciete goedkeuring van de nationale maatregel. Bij gebreke van een gemeenschapsbepaling die een termijn stelt na afloop waarvan een impliciete beslissing wordt geacht te zijn genomen en die de inhoud van die beslissing regelt, kan de niet-vaststelling van een beslissing door een gemeenschapsinstelling niet worden beschouwd als een handeling die vatbaar is voor een beroep krachtens artikel 230 EG (zie in die zin arrest Commissie/Raad, punt 105 supra, punten 32 en 34).

108 In de derde plaats beroept Vodafone zich meerdere malen op het arrest Infront WM/Commissie, punt 53 supra, ter ondersteuning van haar betoog dat de brief van 30 januari 2006 een voor een beroep vatbare handeling in de zin van artikel 230 EG is.

109 Het feit dat het Gerecht het beroep in het arrest Infront WM/Commissie, punt 53 supra, ontvankelijk heeft verklaard, betekent nog niet dat tot ontvankelijkheid van het onderhavige beroep kan worden geconcludeerd.

110 Zoals er immers eerst aan moet worden herinnerd was in de zaak die tot het arrest *Infront WM/Commissie*, punt 53 *supra*, aanleiding heeft gegeven, de bestreden handeling een brief van de Commissie die gegrond was op artikel 3 bis van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23), gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, blz. 60). Richtlijn 89/552 heeft tot doel het vrij verkeer van televisie-uitzendingen binnen de Gemeenschap te faciliteren, rekening houdend met de met name culturele en sociologische specificiteit van omroepprogramma's. Zij bood de lidstaten de mogelijkheid om maatregelen te treffen ter bescherming van het recht op informatie en ter verzekering van een ruime toegang voor het publiek tot heruitzendingen van al dan niet nationale evenementen die van groot belang voor de samenleving waren. In die context was erin voorzien dat de lidstaten het recht behielden om met het gemeenschapsrecht verenigbare maatregelen te nemen teneinde een regeling te treffen voor de uitoefening van de uitsluitende rechten op de heruitzending van dergelijke binnen hun bevoegdheid vallende evenementen door de omroeplichamen. De door een lidstaten genomen of voorgenomen maatregelen moesten met het oog op de wederzijdse erkenning ervan door de overige lidstaten op de voet van artikel 3 bis, lid 3, van richtlijn 89/552, bij de Commissie worden gemeld. Artikel 3 bis, lid 2, van de richtlijn bepaalde in dit opzicht dat de Commissie binnen een termijn van drie maanden na aanmelding moest nagaan of deze overheidsmaatregelen met het gemeenschapsrecht verenigbaar waren. De door de Commissie goedgekeurde maatregelen werden in het Publicatieblad bekendgemaakt.

111 De bestreden handeling in de zaak die tot het arrest *Infront WM/Commissie*, punt 53 *supra*, aanleiding heeft gegeven, betrof een brief van de Commissie waarbij zij de bij haar op grond van artikel 3 bis van richtlijn 89/552 gemelde maatregelen van het Verenigd Koninkrijk verenigbaar verklaarde. Volgens het Gerecht „sorteer[de] [deze brief] dus rechtsgevolgen voor de lidstaten voor zover daarin [werd] verklaard dat de betrokken nationale maatregelen in het Publicatieblad [zouden] worden bekendgemaakt, aangezien deze bekendmaking tot gevolg [had] dat het in artikel 3 bis, lid 3, van [...] richtlijn [89/552] bepaalde mechanisme van wederzijdse erkenning in werking [trad]” (punt 95). Het Gerecht benadrukt in dit verband dat overeenkomstig artikel 3 bis, leden 2 en 3, van richtlijn 89/552 „de wederzijdse erkenning van de meegedeelde maatregelen afhankelijk [was] van het onderzoek naar de verenigbaarheid van deze maatregelen met het gemeenschapsrecht” (punt 101).

- 112 In het kader van de procedure voorzien in artikel 7 van richtlijn 2002/21, gaat het er voor de kennisgevende NRI echter niet om door middel van de kennisgeving rechtsgevolg te sorteren in de overige lidstaten. Deze wordt gedaan in het kader van de procedure van raadpleging en samenwerking tussen de NRI's en de Commissie, teneinde een consistente toepassing van het regelgevende kader te verzekeren. De opmerkingen die de Commissie maakt in een brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, zoals de bestreden handeling in de onderhavige zaak, sorteren geen bindende rechtsgevolgen, noch ten aanzien van de kennisgevende NRI noch ten aanzien van de overige NRI's. Net zoals het geval is met de opmerkingen van de overige NRI's, betreft het enkel opmerkingen waarmee de kennisgevende NRI zo veel mogelijk rekening moet houden.
- 113 In de vierde plaats moet ook het argument van Vodafone worden verworpen dat de brief van 30 januari 2006 een impliciete beslissing was om de tweede fase van de procedure van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 niet in te leiden en bijgevolg vatbaar moet zijn voor beroep teneinde de procedurele rechten waarover zij in die tweede fase zou hebben beschikt te waarborgen.
- 114 Zelfs als het Hof er uitzonderlijk toe is gebracht om een besluit om een procedure in te leiden als een voor beroep vatbare handeling te kwalificeren (zie wat het besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden betreft arrest Hof van 9 oktober 2001, Italië/Commissie, C-400/99, Jurispr. blz. I-7303), moet worden vastgesteld dat de gemeenschapsrechter tot nu toe nog nooit een besluit om geen procedure in te leiden als een voor beroep vatbare handeling heeft gekwalificeerd.
- 115 Zelfs als wordt verondersteld dat de waarborging van procedurele rechten van een belanghebbende van invloed zou kunnen zijn op de vatbaarheid voor beroep van een beslissing om een bepaalde procedure niet in te leiden, moet worden onderzocht of Vodafone op grond van richtlijn 2002/21 over procedurele rechten beschikte die het Gerecht moet waarborgen.



- 116 In de eerste plaats voorziet artikel 6 van richtlijn 2002/21 erin dat de NRI's, wanneer zij voornemens zijn om maatregelen in overeenstemming met bedoelde richtlijn te nemen die aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben, „de belanghebbenden in staat [moeten] stellen om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel”.
- 117 Vervolgens stelt artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/21 een recht op een effectieve rechtsgang bij de nationale rechters tegen de beslissingen van de NRI's in.
- 118 De procedurele rechten die artikel 6 van richtlijn 2002/21 in het kader van de procedure bij de NRI aan belanghebbenden toekent, moeten derhalve door de nationale rechters worden gewaarborgd.
- 119 Artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 kent belanghebbenden geen aanvullende procedurele rechten toe aangezien die procedure niet leidt tot de vaststelling van een gemeenschapshandeling met bindende rechtsgevolgen. De procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 betreft derhalve uitsluitend de verhoudingen tussen de betrokken NRI enerzijds en de overige NRI's en de Commissie, die opmerkingen mogen indienen, anderzijds. In de context van deze procedure wordt de Commissie evenwel in kennis gesteld van de opmerkingen van belanghebbenden die in de nationale procedure zijn ingediend, opdat zij op dienstige wijze een standpunt zou kunnen bepalen. Overeenkomstig punt 6, sub f, van aanbeveling 2003/561, moet de kennisgevende NRI immers de Commissie „de resultaten van voorafgaande openbare raadpleging die door de [NRI] is uitgevoerd” overleggen.

120 De aanpak van de gemeenschapswetgever, die beoogt de procedurele rechten van belanghebbenden op nationaal niveau te doen eerbiedigen, vindt zijn verklaring in het feit dat in het rechtskader dat door richtlijn 2002/21 is geschapen, de maatregelen die de belangen van de op de markt voor elektronische communicatie werkzame ondernemingen aantasten, met name die welke in artikel 16 van de richtlijn zijn genoemd, door de NRI's worden genomen en niet door de Commissie.

121 Aangaande de procedure die van toepassing is wanneer de Commissie ernstige twijfels uit over de verenigbaarheid van een maatregel waarvan kennis is gegeven met het gemeenschapsrecht, moet eerst worden vastgesteld dat artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 geen uitsluitel geeft over de eventuele deelname van belanghebbenden aan die procedure. Ook al bevestigt de Commissie dat de inleiding van de tweede fase van de procedure op grond van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 op de webpagina's van de Commissie wordt bekendgemaakt, waarbij belanghebbenden worden uitgenodigd om binnen vijf werkdagen hun opmerkingen in te dienen, tast de niet-inleiding van een dergelijke procedure de procedurele rechten van een belanghebbende niet aan. De niet-inleiding van de procedure op grond van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 impliceert immers dat de eindbeslissing in het dossier op nationaal niveau zal worden genomen. De procedurele rechten waarover partijen beschikken wanneer de Commissie haar optreden beperkt tot het maken van opmerkingen op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 worden door de nationale rechter gewaarborgd. Als Vodafone bijgevolg meent, zoals zij in het kader van het derde middel heeft gedaan, dat zij geen opmerkingen heeft kunnen indienen over essentiële inlichtingen, namelijk die welke pas voor het eerst in de procedure bij de Commissie zijn overgelegd, dan kan zij dit middel bij de nationale rechter inroepen.

122 Bijgevolg kan geen schending van de procedurele rechten op communautair niveau worden ingeroepen wanneer de Commissie, zoals in de onderhavige zaak, zich ertoe beperkt niet-bindende opmerkingen te maken op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21.

- 123 De rechtspraak over concentratiecontrole en staatssteun waarnaar Vodafone verwijst ontbeert elke relevantie voor de onderhavige zaak.
- 124 In de eerste plaats ziet het beroep in de door Vodafone ingeroepen rechtspraak niet op de nietigverklaring van een beslissing om de tweede fase van de procedure niet in te leiden. Het beroep betrof immers de nietigverklaring van een handeling met bindende rechtsgevolgen die volgens elk van de betrokken verzoeksters met voorbij gaan aan hun procedurele rechten was vastgesteld.
- 125 Wat de controle van staatsteun betreft is de vraag naar de eerbiediging van de procedurele rechten ingeroepen in het kader van een beroep gericht tegen een onder artikel 4, lid 3, van verordening nr. 659/1999 vallende beslissing om geen bezwaar te maken (arresten Cook/Commissie en Matra/Commissie, punt 64 supra; arrest Air One/Commissie, punt 64 supra, punten 30 en 31). Een dergelijke beslissing sorteert bindende rechtsgevolgen nu zij uitdrukkelijk verklaart dat de betrokken steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is.
- 126 Wat de controle van concentraties betreft is de vraag naar de eerbiediging van de procedurele rechten opgeworpen in het kader van een beroep gericht tegen een beschikking van de Commissie op grond van artikel 6, lid 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 (PB L 395, blz. 1) (thans artikel 6, lid 1, sub a, van verordening nr. 139/2004), waarin wordt vastgesteld dat de gemelde operatie geen concentratie is (arrest Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, punt 62 supra) of een beschikking gegrond op artikel 9, lid 1, van verordening nr. 4064/89 (thans artikel 9, lid 1, van verordening nr. 139/2004) tot verwijzing van de concentratie naar de nationale autoriteit voor de controle ervan (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, punt 62 supra). Dergelijke beschikkingen sorteren eveneens bindende rechtsgevolgen nu zij een wijziging van de op een betrokken operatie toepasselijke rechtsregels tot gevolg hebben, te weten artikel 81

EG en de autonome en onderscheiden procedure die bij verordening nr. 1/2003 is ingesteld (arrest *Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie*, punt 62 supra, punt 41) of de nationale regelgeving over concentraties (arresten *Gerecht Royal Philips Electronics/Commissie*, punt 62 supra, punt 282, en 30 september 2003, *Cableuropa e.a./Commissie*, T-346/02 en T-347/02, *Jurispr. blz. II-4251*, punten 59 en 60).

127 In de onderhavige zaak verklaart de bestreden handeling evenwel niet uitdrukkelijk dat de maatregel waarvan kennis is gegeven verenigbaar is met het gemeenschapsrecht en leidt zij evenmin tot een wijziging in het recht dat op de maatregel waarvan kennis is gegeven van toepassing is. Het door richtlijn 2002/21 geschapen rechtskader was vóór de kennisgeving van de maatregel aan de Commissie van toepassing en blijft onafhankelijk van het door de Commissie ingenomen standpunt in haar brief van 30 januari 2006 van toepassing. De bestreden handeling sorteert bijgevolg geen bindende rechtsgevolgen zodat de oplossingen die in de in het vorige punt aangehaalde arresten zijn gevonden niet *mutatis mutandis* op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast.

128 In de tweede plaats is van belang dat de controle van staatsteun en van concentraties met een communautaire dimensie overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG (zie in die zin arrest Hof van 22 maart 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, *Jurispr. blz. 595*, punt 9) c.q. artikel 21, lid 2, van verordening nr. 139/2004 onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie vallen. Afgezien van het toezicht door de gemeenschapsrechter, kan dus enkel zij zich uitspreken over de verenigbaarheid van een dergelijke concentratie of staatssteun met de gemeenschappelijke markt. Hieruit volgt dat het enkel op communautair niveau is dat belanghebbenden op dienstige wijze hun eventuele opmerkingen kunnen maken. In de onderhavige zaak volstaat het, gelet op het feit dat de in richtlijn 2002/21 bedoelde maatregelen in beginsel op nationaal niveau worden genomen, en niet door de Commissie, dat de belanghebbenden op nationaal niveau worden gehoord, tenminste als de Commissie haar optreden beperkt tot het maken van opmerkingen op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21. Niets belet de belanghebbenden immers om voor de nationale autoriteiten en rechters de vraag naar de verenigbaarheid van de voorgenomen maatregel met het gemeenschapsrecht op te werpen.

129 De argumenten die Vodafone ontleent aan de waarborging van de procedurele rechten kunnen dus niet leiden tot een kwalificatie van de bestreden handeling als een voor beroep krachtens artikel 230 EG vatbare handeling.

130 In de vijfde plaats benadrukt Vodafone dat de Commissie de op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 geschreven brieven in meerdere documenten als „besluit” heeft gekwalificeerd. Zij verwijst in dit verband naar de persmededeling van 31 januari 2006 (IP/06/97) betreffende de bestreden handeling, het verzoek om aanvullende inlichtingen aan de CMT, de weigering van 11 mei 2006 om op grond van verordening nr. 1049/2001 toegang tot documenten te verlenen, mededeling COM(2006) 28 def. (blz. 5 en 10), aanbeveling 2003/561 en memorandum 06/59 van 7 februari 2006, de persmededeling van 20 oktober 2006 (IP/06/1439) en de toespraak van het lid van de Commissie bevoegd voor de informatiemaatschappij van 16 november 2006.

131 Vastgesteld moet echter worden dat het door de Commissie gemaakte gebruik van het begrip „besluit” in deze documenten, waarvan sommige bestemd zijn voor het grote publiek, niet verwijst naar het juridische begrip „beschikking” zoals gedefinieerd in artikel 249 EG. De Commissie beweert immers in geen enkel van de in het vorige punt aangehaalde documenten dat de opmerkingen op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 bindende rechtsgevolgen sorteren of de NRI's binden.

132 Integendeel, de persmededeling van 31 januari 2006 betreffende de bestreden handeling bevestigt dat de op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 gemaakte opmerkingen van de Commissie geen bindende rechtsgevolgen hebben. In haar persmededeling brengt de Commissie immers naar voren dat „het mechanisme voor raadpleging van artikel 7 niet een goedkeuringsregeling inhoudt”.

- 133 Zelfs als de in punt 130 aangehaalde documenten een verkeerde voorstelling van zaken zouden hebben gegeven van de rol van de Commissie in het kader van de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21, wat niet het geval is, dan zou deze omstandigheid hoe dan ook geen invloed hebben op het toepasselijke regelgevende kader volgens welk de Commissie op grond van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 slechts „opmerkingen” maakt waarmee de kennisgevende NRI „zo veel mogelijk rekening houdt”.
- 134 Hieruit volgt dat uit de context waarbinnen de bestreden handeling is vastgesteld blijkt dat deze geen bindende rechtsgevolgen sorteert.

#### Inhoud van de bestreden handeling

- 135 Het is nog van belang de inhoud van de bestreden handeling te onderzoeken teneinde te beoordelen of deze er, ondanks het toepasselijke regelgevende kader, niet toch op gericht is bindende rechtsgevolgen te sorteren.
- 136 Uit de inhoud van de brief van 30 januari 2006 volgt dat de Commissie geenszins de bedoeling heeft gehad daaraan bindende rechtsgevolgen te verbinden.
- 137 Zo heeft de Commissie in het eerste commentaar dat zij heeft geleverd in de bestreden handeling, op het punt van de concurrentievoorwaarden op de retailmarkt, opgemerkt dat de CMT niet een collectieve machtspositie op de retailmarkt had vastgesteld en in dat verband opgemerkt dat „voor de vaststelling van [gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht] op de wholesalemarkt voor toegang en mobiele gespreksopbouw, het niet onontbeerlijk [was] om tot een [gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht] op de retailmarkt te komen”. De Commissie heeft zich vervolgens gebogen over de „concurrentie[voorwaarden] op de retailmarkt” en onderzocht of deze afdoend waren voor de vaststelling van gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht

op de wholesalemarkt. Zij heeft voorts opmerkingen geplaatst bij „het niveau van de opbrengsten op de retailmarkt” dat de CMT moest aantonen om te concluderen tot het bestaan van een prikkel tot stilzwijgende afstemming op de wholesalemarkt en aangegeven dat een „vaststelling van een collectieve machtspositie aanleiding [gaf] tot bijzonder complexe vragen van economische aard”, alvorens op te merken dat, hoewel de overgelegde algemene gegevens „waardevol en instructief waren, de gegevens over het verloop van de prijs op een meer specifiek niveau betere aanwijzingen zou opleveren”. Bijgevolg heeft de Commissie de CMT uitgenodigd om „met het oog op een toekomstige analyse van de markt”, het verloop van de retailprijs per marktsegment en/of consumentenprofiel te onderzoeken. Zij heeft ten slotte opgemerkt dat de retailmarkt een reeks kenmerken leek te vertonen die de exploitanten voldoende zouden stimuleren om aan exploitanten van virtuele mobiele netwerken collectief toegang te weigeren.

138 Het eerste commentaar in de bestreden handeling heeft hoogstens een invloed op de rechtspositie van de CMT ten aanzien van de marktanalyse die zij in de toekomst zal moeten uitvoeren. Het heeft echter geen invloed op de rechtspositie van de CMT ten aanzien van de vaststelling van de maatregel waarvan zij kennis had gegeven aan de Commissie (en aan de overige NRI's) en nog minder op de rechtspositie van Vodafone.

139 Met het tweede commentaar, dat betrekking heeft op het punt van samenloop, heeft de Commissie in de bestreden handeling opgemerkt dat de CMT ten aanzien van het punt van samenloop had vastgesteld dat dit transparant was en bestond in een weigering derden toegang tot de wholesalemarkt te verlenen. Ofschoon de CMT op de retailmarkt geen punt van samenloop had geïdentificeerd, wat niet onontbeerlijk was, heeft de Commissie het in de bestreden handeling plausibel geacht dat, gelet op de gelijklopende commerciële strategieën van de drie netwerkexploitanten, de minste afwijking naar een meer agressieve concurrentie op prijs eenvoudig aan het licht zou komen.

140 De inhoud van het tweede commentaar laat zien dat dit er evenmin op is gericht bindende rechtsgevolgen te sorteren.

141 Met het derde commentaar, dat betrekking heeft op het disciplineringsmechanisme, merkt de Commissie op dat aangaande de wholesalemarkt, dit mechanisme „in werking [kon] worden gesteld”, maar dat „de CMT overtuigendere gegevens had kunnen overleggen” over de vraag „of dit mechanisme nog onmiddellijker in werking zou kunnen treden en een voldoende krachtige prikkel [was] om de afwijkende onderneming te disciplineren”. Zij heeft daar vervolgens aan toegevoegd dat „de NRI’s worden uitgenodigd om in hun marktanalyses na te gaan of de andere, niet-afwijkende exploitanten van mobiele netwerken eenvoudig een overeenkomst konden sluiten met een [exploitant van virtuele mobiele netwerken], wier toetreding en specifieke commerciële strategie een disciplinerend effect zou kunnen hebben op de mobiele netwerkexploitant die is afgeweken”. De Commissie heeft de mogelijkheden voor disciplinerende op de retailmarkt, die eveneens door de CMT zijn vermeld, onderzocht. Zij heeft geoordeeld dat er in algemene zin geloofwaardige disciplineringsmechanismen op die markt aanwezig waren.

142 Dit commentaar in de bestreden handeling wijzigt evenmin de rechtspositie van de CMT ten aanzien van de vaststelling van de maatregel waarvan zij kennis had gegeven aan de Commissie (en aan de overige NRI’s) en nog minder de rechtspositie van Vodafone.

143 Met het vierde commentaar, dat betrekking heeft op het nauwgezette toezicht op de markt en de toetreding van een vierde mobiele netwerkexploitant, heeft de Commissie in de bestreden handeling opgemerkt dat Xfera nog niet tot de markt was toegetreden en heeft zij een uitnodiging gedaan aan „de Spaanse autoriteiten om na te denken over gepaste maatregelen ter verzekering van een efficiënte benutting van het beschikbare spectrum”. De Commissie heeft de CMT de raad gegeven om nauwgezet toezicht te houden op de gevolgen van een mogelijke toetreding van Xfera in 2006 voor de duurzaamheid van de collectieve machtspositie en daaraan toegevoegd dat elk „concreet bewijs van ontwikkelingen op de retailmarkt, die niet zijn terug te voeren op wettelijke maatregelen op de relevante markt, dat twijfels oproept over de duurzaamheid van de collectieve machtspositie tot een nieuwe analyse van de relevante markt noopt”. Zij heeft eraan herinnerd dat overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 van een dergelijke analyse aan haar kennis zou moeten worden gegeven.



- 144 Dit commentaar in de bestreden handeling wijzigt evenmin de rechtspositie van de CMT ten aanzien van de vaststelling van de maatregel waarvan zij aan de Commissie (en de overige NRI's) kennis had gegeven en nog minder de rechtspositie van Vodafone. Het legt enkel een verplichting aan CMT op goed toezicht te houden op de markttoetreding van de vierde mobiele netwerkexploitant en om in voorkomend geval een nieuwe marktanalyse te verrichten. Het feit dat van een dergelijke analyse kennis moet worden gegeven aan de Commissie (en de overige NRI's) volgt rechtstreeks uit artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, welk artikel een verplichting tot voorafgaande kennisgeving oplegt ter zake van marktanalyses die vallen onder artikel 16 van bedoelde richtlijn.
- 145 In de afsluiting van de brief heeft de Commissie ten slotte onderstreept dat de aanvullende inlichtingen die de CMT haar had overgelegd tijdens het proces van kennisgeving doorslaggevend waren geweest voor haar beoordeling van de kennisgeving van de CMT en heeft zij deze laatste gevraagd „om de definitieve maatregelen te stelen op de meest recent beschikbare gegevens”.
- 146 Dit element lijkt meer een aanbeveling of een raad dan een juridische bindende verplichting. In elk geval tast dit commentaar de rechtspositie van verzoekster niet aan.
- 147 Uit de analyse van de verschillende door de Commissie in de bestreden handeling geuite commentaren blijkt dus niet dat die erop waren gericht bindende rechtsgevolgen te sorteren. In elk geval moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak enkel het dispositief van een handeling rechtsgevolg kan hebben, wat ook de motieven voor een dergelijke handeling waren (arrest Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 31, en 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 186). De bestreden handeling bevat geen enkel dispositief.

148 Volgens Vodafone vormt evenwel de volgende verklaring aan het einde van de bestreden handeling het dispositief ervan: „Overeenkomstig artikel 7, lid 5, van richtlijn [2002/21], moet de CMT zoveel mogelijk rekening houden met de door de overige NRI's en de door de Commissie gemaakte opmerkingen en mag zij het eindontwerp van de maatregel goedkeuren en deze in voorkomend geval aan de Commissie meedelen.” Zij ontleent een argument aan de omissie in dit citaat van de woorden „uitgezonderd in de in lid 4 genoemde gevallen”, welke in artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 voorkomen.

149 In dit verband volstaat het vast te stellen dat de weergave van artikel 7, lid 5, van richtlijn 2002/21 enkel een bevestiging is van de niet-bindende aard van de bestreden handeling (zie punt 93 supra). De omissie waarnaar Vodafone verwijst wordt verklaard door het feit dat de bestreden handeling geheel in het kader van de procedure van artikel 7, lid 3, is te plaatsen en dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 niet zijn vervuld. Enkel de inleiding van een procedure op grond van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 zou in de onderhavige zaak hebben kunnen leiden tot de vaststelling van een maatregel met bindende rechtsgevolgen.

150 Hieruit volgt dat noch de inhoud van de bestreden handeling noch de juridische context waarbinnen zij is vastgesteld, aantonen dat deze een handeling met bindende rechtsgevolgen vormt. Het betreft bijgevolg niet een handeling die vatbaar is voor beroep krachtens artikel 230 EG. Derhalve moet het onderhavige beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

151 Het Gerecht is hoe dan ook van oordeel dat zelfs als de bestreden handeling een voor beroep vatbare handeling zou zijn, Vodafone om de volgende redenen niet procesbevoegd zou zijn.

## 2. *Procesbevoegdheid van Vodafone*

### *Argumenten van partijen*

- 152 De Commissie en het Koninkrijk Spanje betogen dat Vodafone niet rechtstreeks door de bestreden handeling wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG.
- 153 Vodafone meent dat zij rechtstreeks door de bestreden handeling wordt geraakt. Bij de vaststelling van haar besluit zou de CMT automatisch rekening hebben gehouden met de inhoud van de bestreden handeling. De mogelijkheid dat de CMT geen gevolg zou geven aan de bestreden handeling is zuiver theoretisch en er is geen twijfel mogelijk over haar voornemen om overeenkomstig de opmerkingen van de Commissie te handelen (arresten Hof van 23 november 1971, Bock/Commissie, 62/70, Jurispr. blz. 897; 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie, 11/82, Jurispr. blz. 207, punten 8-10, en 5 mei 1998, Dreyfus/Commissie, C-386/96 P, Jurispr. blz. I-2309, punt 44; arrest Cableuropa e.a./Commissie, punt 126 supra, punt 66). Het feit dat de CMT voornemens was om de voorgenomen maatregel meteen nadat zij het fiat van de Commissie had gekregen ten uitvoer te leggen, volgt uit het feit dat zij op 31 januari 2006, de dag nadat de Commissie de bestreden handeling had vastgesteld, en voordat de CMT bijeen was gekomen om de voorgenomen maatregel vast te stellen, een persmededeling heeft doen uitgaan waarin zij aangaf dat zij na verkregen goedkeuring van haar analyse door de Commissie, de voorgenomen wettelijke verplichtingen zou opleggen ter verzekering van de toegang van derden tot de netwerken van de drie mobiele netwerkexploitanten.
- 154 Vodafone stelt in dit verband een analogie vast tussen het onderhavige geval en de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Bock/Commissie, punt 153 supra, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de door de Commissie aan een lidstaat gegeven machtiging om een invoervergunning te weigeren de verzoekster in die zaak rechtstreeks raakte, aangezien de bevoegde Duitse autoriteiten haar ervan in kennis hadden gesteld dat zij haar aanvraag zouden afwijzen zodra zij van de Commissie een passende machtiging zouden hebben ontvangen (punt 7 van het arrest).

155 Volgens Vodafone kan de procedure in de onderhavige zaak ook worden vergeleken met de procedures inzake concentratiecontrole en staatsteun, aangezien de beslissing van de Commissie in die procedures ook niet verplicht tot tenuitvoerlegging van de concentratie of de steunmaatregel, maar slechts het laatste obstakel voor de vaststelling van de aangemelde maatregel wegneemt, wat er niet aan in de weg staat dat het besluit van de Commissie rechtstreekse gevolgen heeft, waaronder ten opzichte van derden (arrest Gerecht van 4 juli 2006, *easyJet/Commissie*, T-177/04, Jurispr. blz. II-1931, punt 32). Zij wijst er nog op dat de bestreden handeling haar rechtspositie rechtstreeks raakt door haar de procedurele rechten te ontnemen die zij in de tweede fase van het onderzoek zou hebben gehad.

156 Ten slotte is Vodafone door de bestreden handeling individueel geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, wat overigens niet door de Commissie zou zijn betwist. Vodafone benadrukt in dit verband dat zij onderdeel uitmaakt van een groep van slechts drie ondernemingen waarop specifiek wordt gedoeld in de bestreden handeling, dat zij voorwerp is van de oplegging van verplichtingen inzake ex ante toezicht krachtens artikel 16 van richtlijn 2002/21 en dat zij daarnaast een belanghebbende in de zin van artikel 6 van bedoelde richtlijn is. Zij merkt ook op dat zij heeft deelgenomen aan de administratieve procedure bij de Commissie ten tijde van de eerste fase van het onderzoek van ontwerpmaatregel ES/2005/0330, opmerkingen over de ontwerpmaatregel heeft ingediend en het recht zou hebben gehad om deel te nemen aan de diepgaande procedure bij de Commissie in geval van inleiding van de tweede fase van de procedure.

### *Beoordeling door het Gerecht*

157 Volgens vaste rechtspraak kunnen natuurlijke personen enkel krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep instellen tegen een handeling of beschikking die voor hen rechtsgevolgen heeft, als zij door die handeling of beschikking niet alleen rechtstreeks maar ook individueel worden geraakt (arresten Hof van 15 juli 1963, *Plaumann/Commissie*, 25/62, Jurispr. blz. 207, 230, en 25 juli 2002, *Unión de Pequeños*

Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 44; zie in die zin ook arrest Royal Philips Electronics/Commissie, punt 62 supra, punten 272 en 291).

158 Een natuurlijk of rechtspersoon wordt enkel rechtstreeks geraakt wanneer de bestreden communautaire maatregel rechtstreeks gevolgen heeft voor de rechtspositie van de betrokken persoon en de uitvoering ervan zuiver automatisch en alleen op grond van de communautaire regeling gebeurt, zonder dat daarvoor nadere regels moeten worden gesteld (arresten Dreyfus/Commissie, punt 153 supra, punt 43; Royal Philips Electronics/Commissie, punt 62 supra, punt 272; beschikking Gerecht van 9 januari 2007, Lootus Teine Osühing/Raad, T-127/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 39).

159 Dit is met name het geval wanneer de mogelijkheid dat degenen tot wie de maatregel is gericht, geen gevolg zullen geven aan de communautaire handeling, louter theoretisch is en het buiten twijfel staat, dat zij vastbesloten zijn daaraan consequenties te verbinden (arresten Piraiki-Patraiki e.a./Commissie, punt 153 supra, punten 8-10, en Dreyfus/Commissie, punt 153 supra, punt 44; arresten Gerecht van 15 september 1998, Oleifici Italiani en Fratelli Rubino/Commissie, T-54/96, Jurispr. blz. II-3377, punt 56, en Royal Philips Electronics/Commissie, punt 62 supra, punt 273).

160 Dit is in de onderhavige zaak niet het geval, gezien de centrale rol die de NRI's vervullen bij de bereiking van de doelstellingen van richtlijn 2002/21 (zie punten 72-74 supra). De procedure van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 vormt immers een procedure voor raadpleging en samenwerking tussen de NRI's en de Commissie in het kader waarvan niet enkel de Commissie, maar ook de overige NRI's krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21, opmerkingen kunnen maken over de ontwerp-maatregel waarvan kennis is gegeven. Zelfs als de CMT overeenkomstig artikel 7, lid 5, „zo veel mogelijk rekening [moet houden] de opmerkingen van de overige [NRI's] en die van de Commissie”, beschikt zij over speelruimte bij de bepaling van de inhoud van

de definitieve maatregel zodat de op artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 gestoelde gemeenschapshandeling niet kan worden beschouwd als rechtstreeks gevolgen hebbend voor de rechtspositie van de betrokken ondernemingen.

<sup>161</sup> Vodafone kan niet staande houden dat de mogelijkheid van de NRI om de maatregel niet vast te stellen nadat de Commissie haar opmerkingen heeft gemaakt louter theoretisch zou zijn. Immers, zelfs als het zeer waarschijnlijk is dat de betrokken NRI de betrokken ontwerpmaatregel vaststelt, staat het enkel aan haar om tot de vaststelling van die maatregel te besluiten en de inhoud ervan te bepalen.

<sup>162</sup> Vooropgesteld dat deze een voor beroep vatbare handeling vormt, verschillen de rechtsgevolgen van de bestreden handeling in de onderhavige zaak dus wezenlijk van de rechtsgevolgen van een beschikking van de Commissie waarbij een steunmaatregel of een concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar wordt verklaard. Degene aan wie een dergelijke beschikking is gericht, beschikt immers over geen enkele bewegingsvrijheid meer bij de vaststelling van de inhoud van de definitieve maatregel, terwijl degene tot wie de opmerkingen overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 zijn gericht, dergelijke bewegingsvrijheid behoudt.

<sup>163</sup> De situatie van de CMT in de onderhavige zaak verschilt ook wezenlijk van die van de Duitse autoriteiten in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Bock/Commissie, punt 153 supra. In die zaak hadden de Duitse autoriteiten de Commissie immers verzocht om machtiging te verlenen voor de weigering een invoervergunning toe te kennen. De Duitse autoriteiten hadden de verzoekster te kennen gegeven dat haar verzoek zou worden afgewezen zodra ze in het bezit zouden zijn van de machtiging van de Commissie. De door de Commissie toegekende machtiging tastte

bijgevolg de rechtspositie van verzoekster rechtstreeks aan. In de onderhavige zaak moet er, in het licht van de bewegingsruimte waarover de CMT beschikt bij de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling, hoe beperkt die ook is, van uit worden gegaan dat deze de rechtspositie van Vodafone niet rechtstreeks aantast.

164 Het argument van Vodafone dat zij rechtstreeks door de bestreden handeling wordt geraakt vanwege de procedurele rechten die haar zouden zijn ontnomen door het besluit om de tweede fase van de in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/21 voorziene procedure niet in te leiden, kan evenmin slagen.

165 Gelet op het feit dat de in artikel 16 van richtlijn 2002/21 voorziene maatregelen door de NRI's worden genomen, kent artikel 6 van bedoelde richtlijn aan belanghebbenden procedurele rechten toe in het kader van de procedure bij de NRI, welke rechten de nationale rechters overeenkomstig artikel 4 van de richtlijn moeten waarborgen. Belanghebbenden kunnen in het kader van deze nationale procedure hun opmerkingen maken over de eventuele onverenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt.

166 De onderhavige zaak onderscheidt zich dus van de zaken betreffende staatssteun en concentratiecontrole waarnaar Vodafone verwijst. Daar immers de Commissie exclusief bevoegd is om de verenigbaarheid van een steunmaatregel of van een concentratie met een communautaire dimensie met de gemeenschappelijk markt te beoordelen, kan de niet-inleiding van de tweede fase van de procedure belanghebbenden de mogelijkheid ontnemen om bij de bij uitsluiting bevoegde autoriteit hun opmerkingen in te dienen. In de onderhavige zaak heeft Vodafone echter opmerkingen kunnen indienen bij de tot vaststelling van de definitieve beslissing bevoegde autoriteit, namelijk de CMT, en heeft zij zich bij de nationale rechters op een schending van haar procedurele rechten kunnen beroepen. De niet-inleiding van de tweede fase van de procedure heeft haar bijgevolg niet de procedurele rechten waarover zij krachtens richtlijn 2002/21 beschikte, ontnomen.

167 Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat Vodafone niet rechtstreeks door de bestreden handeling is geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, CE.

168 Hieruit volgt dat, zelfs als moet worden verondersteld dat de bestreden handeling een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 230 EG was, Vodafone niet de door de vierde alinea van die bepaling vereiste procesbevoegdheid bezat.

169 In het licht van het voorgaande, moet het onderhavige beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

## **Kosten**

170 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien Vodafone in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

171 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Het Koninkrijk Spanje zal dus zijn eigen kosten dragen.



HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer)

beschikt:

- 1) **Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.**
  
- 2) **Vodafone España, SA en Vodafone Group plc zullen naast hun eigen kosten ook de kosten van de Commissie dragen.**
  
- 3) **Het Koninkrijk Spanje zal zijn eigen kosten dragen.**

Luxemburg, 12 december 2007.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer

M. Vilaras

## Inhoud

Toepasselijke bepalingen .....	II - 5157
1. Richtlijn 2002/21/EG .....	II - 5157
2. Aanbeveling 2003/561/EG .....	II - 5163
Aan het geding ten grondslag liggende feiten .....	II - 5165
Procesverloop en conclusies van partijen .....	II - 5171
In rechte .....	II - 5173
1. Aard van de bestreden handeling .....	II - 5173
Argumenten van partijen .....	II - 5173
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5181
Context waarin de bestreden handeling is vastgesteld .....	II - 5182
— Door richtlijn 2002/21 respectievelijk aan de NRI's en aan de Commissie toebedeelde taken .....	II - 5182
— Verloop van de procedure van artikel 7 van richtlijn 2002/21 .....	II - 5184
— Juridische aard van een brief krachtens artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/21 .....	II - 5186
Inhoud van de bestreden handeling .....	II - 5200
2. Procesbevoegdheid van Vodafone .....	II - 5205
Argumenten van partijen .....	II - 5205
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5206
Kosten .....	II - 5210
II - 5212	