II

(Säädökset, joita ei tarvitse julkaista)

KOMISSIO

KOMISSION PÄÄTÖS,

tehty 18 päivänä joulukuuta 1996,

GSM-matkapuhelintoiminnan toiselle toiminnan harjoittajalle Espanjassa asetetuista ehdoista

(Ainoastaan espanjankielinen teksti on todistusvoimainen)

(97/181/EY)

EUROOPAN YHTEISÖJEN KOMISSIO, joka

ottaa huomioon Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja erityisesti sen 90 artiklan 3 kohdan,

on varannut Espanjan viranomaisille kirjeellä 23 päivältä huhtikuuta 1996 ja Telefònica de España S.A:lle kirjeellä 30 päivältä toukokuuta 1996 tilaisuuden esittää huomautuksensa komission väitteistä, jotka koskevat Airtel Móvil S.A:lle määrättyä aloitusmaksua,

sekä katsoo seuraavaa:

ASIASELOSTUS

Kyseessä oleva kansallinen toimenpide

(1) Espanjan hallitus asetti aloitusmaksun toisen toimiluvan myöntämiselle sellaisen yleisen matkapuhelinverkon luomiseen ja ylläpitämiseen Espanjassa, jossa käytetään yleiseurooppalaista digitaalista GSM-järjestelmää (global system for mobile communications), jäljempänä 'GSM-palvelut'.

Tämä edellytys on vahvistettu 26 päivänä syyskuuta 1994 tarjousmenettelyssä noudatettavista perusteissa tehdyn ministeriön päätöksen ([1]) (Orden) 9 artiklan 4 kohdassa ja 16 artiklassa. Edellytykstä ei sovelleta Telefónica de España S.A:han, jäljempänä Telefónica de España, joka on julkinen toiminnan harjoittaja.

Yritys ja palvelut, joita asia koskee

(2) Telefónica de España on espanjalainen julkinen yritys jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta 25 päivänä kesäkuuta 1980 annetun komission direktiivin 80/723/ETY ([2]) 2 artiklan mukaan.

Espanjan hallituksella on määräysvalta Telefónica de Españassa kolmesta syystä:

i) Espanjan valtio on Telefónica de Españan suurin yksittäinen osakkeenomistaja. Kun komissio aloitti tämän asian käsittelyn, Espanjan valtiolla oli 31,8 prosenttia liikkeelle lasketusta osakepääomasta. Tällä hetkellä sillä on 21,16 prosenttia liikkeelle lasketusta osakepääomasta. Loput osakkeet jakautuvat noin 300 000 osakkeenomistajan kesken.

ii) Espanjan hallituksella on oikeus nimittää Telefónica de Españan hallitukseen edustaja, jolla on veto-oikeus päätöksiin. Tämä asema poistetaan 7 päivänä kesäkuuta 1996 annetun kuninkaallisen laki-asetuksen (Real Decreto-Ley) 6/1996 ([3]) 2 artiklan 9 kohdan nojalla vasta 1 päivästä tammikuuta 1998 alkaen.

([1]) Boletin Oficial del Estado (BOE) N:o 231, 27.9.1994, s. 29778.

([2]) EYVL N:o L 195, 29.7.1980, s. 35.

([3]) BOE N:o 139, 8.6.1996, s. 18975.

iii) Joulukuun 26 päivänä 1991 tehdyn toimilupasopimuksen, jäljempänä 'toimilupasopimus' (1), perusteella Espanjan hallituksella on oikeus nimittää suoraan 25 prosenttia Telefónica de Españan hallituksen jäsenistä. Tämän johdosta ja sen vuoksi, että Espanjan valtion on suurin osakkeenomistaja, Espanjan hallitus nimitti nykyisistä 25:stä hallituksen jäsenestä 18 mukaan lukien hallituksen puheenjohtajan.

Telefónica de Españan osakkeet on noteerattu Espanjan sekä New Yorkin, Lontoon, Frankfurtin ja Tokion pörsseissä. Liikevaihdot (1 740,557 miljardia Espanjan pesetaa vuonna 1995) ja tuloksen (133,2 miljardia Espanjan pesetaa vuonna 1995) osalta Telefónica de España on yksi maailman kymmenestä suurimmasta teletoiminnan harjoittajasta. Sillä on 69 570 työntekijää ja yli 16 miljoonaa tilaajaa.

Telefónica de España on näin ollen julkinen yritys tai yritys, jolle jäsenvaltio on myöntänyt erityis- tai yksinoikeuden EY:n yhteisön perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä.

(3) Telefónica de España tarjoaa siirto-, loppu- ja lisäarvopalveluita televiestinnän alalla kaikkialla Espanjassa 18 päivänä joulukuuta 1987 annetun televiestintälain 31/1987 (Ley de Ordenación de las Telecommunications, jäljempänä 'LOT') (2) ja toimilupasopimuksen nojalla. Telefónica de España on ollut näiden palvelujen, esimerkiksi puhelintoiminnan palvelujen, monopolitarjoaja kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun komission direktiivin 90/338/ETY (3) 1 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä. Muiden palveluiden (kuten GSM-palvelut) osalta esiintyy rajoitettua kilpailua. Telefónica de Españalle on myös myönnetty erityisoikeus yhdessä kahden julkisen yrityksen Ente Público Retevisiónin ja Organismo Autónomo de Correos y Telégrafosin kanssa tarjota televiestintäalan lähetyskapasiteettia.

Monopoli puhelintoiminnassa tai harvain vallitsemat markkinat vastaavien infrastruktuurien alalla poistettiin muodollisesti 7 päivänä kesäkuuta 1996 annetulla kuninkaallisella asetuksella (Real Decreto-Levy) 6/1996. Espanjan hallituksella on nyt mahdollisuus myöntää toimilupa uusille kansallisille tai alueellisille toiminnan harjoittajille. Retevisión siirtää televiestintäalan omaisuutensa uudelle yritykselle, jolla on lupa tarjota täydellisiä telepalveluja ja jolle on annettu valtuudet myydä 80 prosenttia osakkeistaan rajoitetussa tarjousmenettelyssä. Uuden yrityksen ei kuitenkaan odoteta olevan toimintakykyinen ennen vuoden 1997 puoliväliä.

LOT:n ja toimilupasopimuksensa nojalla Telefónica de España on voinut tarjota GSM-palveluita osallistumatta tarjousmenettelyyn. Tätä on kuvailtu tarkemmin jäljempänä 7 kohdassa. Telefónica de Españan on saanut Espanjan hallitukselta luvan siirtää sillä olevan matkapuhelinpalveluiden tarjoamista koskevan toimiluvan — analogiset ja GSM-palvelut — Telefónica Servicios Móviles S.A:lle, jäljempänä 'Telefónica Servicios Móviles', joka on sen 100-prosenttisesti omistama tytäryhtiö. Kaikki viittaukset tässä päätöksessä ovat viittauksia Telefónica de Españaan, koska lupa GSM-matkapuhelinpalvelujen harjoittamiseen oli alunperin myönnetty Telefónica de Españalle.

(4) Euroopassa hiljattain on kehitetty digitaalinen solukkojärjestelmäinen matkapuhelin, joka on GSM-standardin kanssa yhteensopiva ja antaa tilaajille mahdollisuuden sekä lähettää että vastaanottaa puheluja kaikkialla yhteisössä sekä joissakin muissa Euroopan maissa. Tämä järjestelmä, jossa käytetään digitaaliteknologiaa, koodia ja tilaajakohtaista korttia, tarjoaa paljon suuremmat mahdollisuudet kuin perinteinen analoginen matkapuhelinjärjestelmä. Digitaalinen teknologia tarjoaa korkeamman laadun, nopeamman tiedonsiirron ja luottamuksellisuutta parantavan tiedonvälityksen suojan, ja siinä taajuuksia käytetään taloudellisemmin kuin analogisissa järjestelmissä. Lisäksi GSM-järjestelmä perustuu yhteisön tasolla hyväksyttyjä yhtenäisiä taajuusalueita koskeviin yhteisön yhteisiin standardeihin, ja toisin kuin analogiset järjestelmät, joiden kohdalla jäsenvaltioiden järjestelmät ovat usein keskenään yhteensopimattomia, se on yleiseurooppalaista tuotantoa, jonka edistäminen 25 päivänä kesäkuuta 1987 annetun neuvoston suosituksen 87/371/ETY (4) mukaan on yksi Euroopan unionin televiestintäpolitiikan päätavoitteista. Lopuksi GSM-palvelujen kehittyvät markkinat ovat erityisen dynaamiset; joidenkin tutkimusten mukaan käyttäjien määrä Länsi-Euroopassa nousisi vuoden 1993 vähän yli yhdestä miljoonasta 15—20 miljoonaan vuonna 2000. (5)

(5) Neuvosto on 25 päivänä kesäkuuta 1987 antanut taajuusalueista, jotka varataan yleiseurooppalaisen yleisen solukkojärjestelmäisen digitaalisen maanpäällisen matkaviestinliikenteen yhteen sovitettuun

(1) BOE N:o 20, 23.1.1992, s. 2132.
(2) BOE N:o 303, 19.12.1987; laki on muutettu muun muassa 3.12.1992 annetulla lailla 32/1992.
(3) EYVL N:o L 192, 24.7.1990, s. 10.
(4) EYVL N:o L 196, 17.7.1987, s. 81.
(5) "Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010". EUTELIS consult, lokakuu 1993.

käyttöönottoon yhteisössä direktiivin 87/372/ETY ([1]). Siinä varataan taajuusalueet 890/915 ja 935/960 MHz yhteisen digitaalisen GSM-matkapuhelinjärjestelmän käyttöönottamiseen. Nämä yhteiset taajuusalueet tekevät mahdolliseksi useiden kilpailevien toiminnan harjoittajien samanaikaisen toiminnan. GSM-palveluja alettiin tarjota yhteisössä kaupalliselta pohjalta vuoden 1992 lopussa. Sen jälkeen kaikki jäsenvaltiot Luxemburgia lukuun ottamatta ovat myöntäneet toimiluvan kahdelle toiminnan harjoittajalle, kun taas Luxemburg on ilmoittanut aikovansa noudattaa tätä esimerkkiä. Ruotsi on myöntänyt kolme GSM-toimilupaa.

Euroopan posti- ja telehallintojen konferenssi (CEPT), joka on 36 maan (Espanja mukaan lukien) kansallisten sääntelyviranomaisten muodostama elin, on suositellut, että kilpailua GSM-palveluiden tarjoajien välillä olisi aktiivisesti rohkaistava ja kilpailua rajoittava sääntely olisi poistettava. ([2])

(6) Saksa, Kreikka, Ranska, Alankomaat ja Yhdistynyt kuningaskunta ovat antaneet tai päättäneet antaa kolmannelle toiminnan harjoittajalle toimiluvan digitaalisten solukkojärjestelmäisten matkapuhelinpalvelujen tarjoamiseen korkeammalla taajuusalueella DCS 1800 -eritelmien perusteella. Direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta matkapuhelin- ja henkilöviestinnän osalta 16 päivänä tammikuuta 1996 annetun komission direktiivin 96/2/EY ([3]) 2 artiklan nojalla jäsenvaltioiden on viimeistään 1 päivään tammikuuta 1998 mennessä myönnettävä lupia matkapuhelinjärjestelmän ylläpitämiseen DCS-standardin mukaan. Lisäksi jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa matkapuhelinteknologioiden tai -järjestelmien yhdistelemistä, ja niiden on kaikissa olosuhteissa otettava huomioon tehokkaan kilpailun varmistaminen kilpailevien toiminnan harjoittajien välillä asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla.

Tausta

(7) LOT:hen 3 päivänä joulukuuta 1992 annetulla lailla 32/1992 tehtyjen muutosten seurauksena markkinat GSM-palveluiden tarjoamiselle vapautettiin 31 päivästä joulukuuta 1993 alkaen. Tämän vuoksi GSM-palveluiden tarjoamista ei pidetä enää "loppupalveluna", johon voidaan myöntää erityis- ja yksinoikeuksia. GSM-palveluita pidetään nyt "lisäarvopalveluina", joiden tarjonnassa pitäisi olla kilpailua.

LOT:hen tehdyn muutoksen seurauksena Espanjan hallitus antoi 1 päivänä huhtikuuta 1994 kuninkaallisen asetuksen (Real Decroto) 1486/1994 ([4]), jäljempänä 'kuninkaallinen asetus', jossa hyväksytään matkapuhelinalan automaattisten televiestinnän lisäarvopalvelujen tarjoamista koskevat tekniset säännökset ("Reglamento Técnico"). Teknisten säännösten 2 artiklassa (kuninkaallisen asetuksen liite) todetaan, että GSM-palvelujen tarjonnassa on oltava kilpailua. Teknisten säännösten 4 artiklassa säädetään, että GSM-palveluja tarjoavat Telefónica de España ja yksi kilpaileva toimiluvan haltija. Teknisiä säännöksiä koskevassa ensimmäisessä siirtymäsäännöksessä on menettely, jota Telefónica de España noudattaa saadakseen toimiluvan osallistumatta tarjousmenettelyyn.

Kuninkaallisessa asetuksessa ei nimenomaisesti säädetä GSM-lupaa koskevasta aloitusmaksusta. Teknisten säännösten 4 artiklan neljännen kohdan a alakohdassa todetaan kuitenkin, että toisen toiminnan harjoittajan hakemusta harkittaessa huomioon otettavista tekijöistä yksi on mahdollisimman suuren taloudellisen hyödyn saaminen.

(8) Espanjan hallitus 26 päivänä syyskuuta 1994 tehdyllä ministeriön päätöksellä ([5]) hyväksyi tarjousmenettelyssä noudatettavat perusteet ja aloitti tarjousmenettelyn toimiluvan myöntämiseksi toiselle toiminnan harjoittajalle GSM-palvelujen tarjoamiseen. Toisen toiminnan harjoittajan toimilupa on voimassa 15 vuotta ja sitä voidaan sen jälkeen jatkaa viidellä vuodella. Muut luvan myöntämisen ehdot on lueteltu tarjousmenettelyssä noudatettavissa perusteissa.

Tarjousmenettelyssä noudatettavien perusteiden 9 ja 16 artiklassa määrätään valtiovarainministeriölle maksettavan aloitusmaksun vähimmäismääräksi 50,095 miljardia Espanjan pesetaa. Joitakin tietoja annettiin siitä suhteellisesta painoarvosta, joka eri perusteille annetaan. 16 artiklan viimeisen kohdan nojalla 50 miljardia pesetaa alhaisemmat tarjoukset hylätään ilman eri toimenpiteitä.

Julkisista töistä, liikenteestä ja ympäristöstä vastaava ministeriö myönsi toisen toimiluvan 29 päivänä joulukuuta 1994 tehdyllä ministeriön päätöksellä ([6]) (Orden) Airtel Móvil S.A:lle, jäljempänä Airtel Móvil, (joka tuolloin tunnettiin nimellä "Alianza Internacional de Redes Telefónicas S.A.") huolimatta siitä, että sen tarjoama 85 miljardin pesetan aloitusmaksu ei ollut korkein tarjottu aloitusmaksu (korkein tarjottu aloitusmaksu oli 89 miljardia pesetaa).

([1]) EYVL N:o L 196, 17.7.1987, s. 85.
([2]) "Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services". CEPT/ECTRA (92) 57, s. 17.
([3]) EYVL N:o L 20, 26.1.1996, s. 59.
([4]) BOE N:o 168, 15.7.1994, s. 22672.
([5]) BOE N:o 231, 27.9.1994, s. 29779.
([6]) BOE N:o 4, 5.1.1995, s. 464.

Tarjousmenettelyssä noudatettavien perusteiden 9 artiklan mukaan Airtel Móvilin oli maksettava aloitusmaksu ennen kuin se muodollisesti sai toimiluvan allekirjoittamalla lupasopimuksen 3 päivänä helmikuuta 1995. Samana päivänä Telefónica de España sai vastaavan GSM-luvan maksamatta aloitusmaksua.

(9) Komissio ilmaisi 6 päivänä helmikuuta 1995 lähettämällään kirjeellä epäilynsä toisen toiminnan harjoittajan valitsemisessa noudatetun menettelyn suhteen, joka sisälsi toiselle toiminnan harjoittajalle epäedullisia ehtoja Telefónica de Españaan verrattuna.

Espanjan hallitus vastasi kirjeellä 20 päivältä huhtikuuta 1995 komissiolle esittäen ne olosuhteet toimilupamenettelyssä, jotka Espanjan hallituksen mukaan korvasivat Airtel Móvilin maksaman aloitusmaksun.

Telefónica de España aloitti GSM-palvelujensa kaupallisen tarjoamisen 1 päivänä heinäkuuta 1995.

Komissio pyysi kirjeessään 18 päivältä heinäkuuta 1995 Espanjan hallitukselta selvitystä oikeudesta käyttää vaihtoehtoisia televiestintäverkkoja, oikeudesta luoda suora yhteys vuokralinjaverkkoihin ja menetelmistä, joita käytetään kiinteiden verkkojen yhteystariffien tarkistamisessa. Tiedot pyydettiin, jotta komissio voisi arvioida, antavatko nämä tekijät toiselle toiminnan harjoittajalle sellaisia etuja, jotka ylittävät aloitusmaksun määräämisen aiheuttaman kilpailullisen haitan.

Airtel Móvil aloitti toimintansa 3 päivänä lokakuuta 1995.

Espanjan hallitus vastasi komissiolle kirjeellä 27 päivänä marraskuuta 1995, jossa se totesi, että toinen toiminnan harjoittaja loisi oman infrastruktuurinsa ja käyttäisi myös Retevisiónin ja Correos y Telégrafosin infrastruktuuria vaihtoehtona Telefónica de Españan verkolle. Lisäksi hallitus ilmoitti, ettei se ollut saanut pyyntöä suoran yhteyden luomisesta ja että tariffien alentamista tutkittaisiin vuonna 1996.

Espanjan hallituksen ja komission 16 päivänä tammikuuta 1996 pitämässä kokouksessa Espanjan hallitus totesi, että olisi mahdotonta korjata epätasapainoa Telefónica de Españan ja toisen toiminnan harjoittajan välillä määräämällä Telefónia de Españalle samansuuruinen 85 miljardin pesetan aloitusmaksu. Espanjan hallitus ehdotti mahdollisena ratkaisuna sitä, että yhteistariffeja voitaisiin alentaa niinä 15 vuotena, jotka toimilupa on voimassa. Tätä alennusta sovellettaisiin sekä Telefónica de Españan että toisen toiminnan harjoittajaan. Hallitus totesi, että tämä saatettaisiin päätökseen syyskuussa 1996 ja että se merkitsisi 25 prosentin alennusta näihin tariffeihin.

Komissio katsoi, ettei tämä ehdotus vaikuttaisi kahden toiminnan harjoittajan välillä vallitsevaan epätasapainoon.

Komissio antoi kirjeellään 23 päivältä huhtikuuta 1996 Espanjan hallitukselle virallisen ilmoituksen joko:

i) palauttaa aloitusmaksu toiselle toiminnan harjoittajalle tai toteuttaa muita korjaavia toimenpiteitä tai

ii) esittää huomautuksensa komission esittämien väitteiden osalta.

Komissio pyysi kirjeellä 30 päivältä toukokuuta 1996 Telefónica de Españaa esittämään huomautuksensa komission Espanjan hallitukselle 23 päivänä huhtikuuta 1996 lähettämän kirjeen osalta. Jäljennös virallisesta huomautuskirjeestä 23 päivältä huhtikuuta 1996 liitettiin mukaan.

Espanjan hallituksen ja komission 28 päivänä huhtikuuta 1996 pitämässä kokouksessa Espanjan hallitus ehdotti, että epätasapaino Telefónica de Españan ja toisen toiminnan harjoittajan välillä voidaan korjata, jos Telefónica de España siirtää sille TRAC-hankkeesta ("Tecnologia Rural de Acceso Celular") aiheutuvat kustannukset matkapuhelintoimintaa harjoittavalle sivuliikkeelleen Telefónica Servicios Móvilesille. Osana tätä palvelua Telefónica de España veloittaa harvaan asutuilla ylänköalueilla asuvilta kiinteän puhelinmaksun puhelinyhteyksistä yleiseen kiinteään verkkoon analogista matkapuhelinteknologiaa ja -infrastruktuuria käyttäen. Komissio tutki tätä ehdotusta ja pyysi kirjeissään 29 päivältä huhtikuuta ja 10 päivältä toukokuuta 1996 lisätietoja saattaakseen päätökseen arviointinsa ehdotuksesta. Komissio lähetti 3 päivänä kesäkuuta 1996 muistutuskirjeen, kun se ei saanut vastausta kumpaankaan kirjeeseen. Espanjan hallitus toimitti kirjeessään 7 päivältä kesäkuuta 1996 joitakin pyydetyistä tiedoista. Toimitetut tiedot eivät kuitenkaan olleet riittäviä TRAC-järjestelmän Telefónica Servicios Móvilesille aiheuttamien todellisten kustannusten osalta. Tämän vuoksi komissio ei pystynyt arvioimaan, missä määrin tämä ehdotus palauttaisi kahden GSM-toiminnan harjoittajan välille yhdenvertaiset toimintamahdollisuudet.

Espanjan hallituksen ja komission 9 päivänä heinäkuuta 1996 pitämässä kokouksessa komissio korosti, että kysymystä ei ollut ratkaistu ja että Espanjan hallituksen olisi esitettävä uusi ehdotus.

Tähän päivään mennessä komissio ei ole saanut vastausta 23 päivänä huhtikuuta 1996 lähettämäänsä viralliseen huomautukseen, Telefónica de España ei ole esittänyt huomautuksia 23 päivänä huhtikuuta 1996 lähetetyn virallisen huomautuksen osalta, eikä Espanjan hallitus ole tehnyt uusia ehdotuksia.

KOMISSION ARVIO

Perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohta

(10) Perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohdassa määrätään, että jäsenvaltiot eivät saa toteuttaa eivätkä pitää voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa kyseisen sopimuksen, etenkin sen kilpailua koskevien määräysten kanssa.

Telefónica de España on julkinen yritys, jolle on myönnetty yksinoikeus kiinteän televiestintäverkon ylläpitämiseen sekä puhelin- ja analogisten matkapuhelinpalvelujen tarjoamiseen. Toimilupasopimuksessa myönnetään Telefónica de Españalle myös oikeus ylläpitää GSM-matkapuhelinverkkoa, mikä on erityisoikeus, koska toiminnan harjoittajaa ei nimetty puolueettomien ja syrjimättömien perusteiden mukaisesti.

Aloitusmaksun määrääminen toiselle toiminnan harjoittajalle on valtion toimenpide 90 artiklan 1 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä.

Perustamissopimuksen 86 artikla

Asian kannalta merkitykselliset markkinat

(11) Asian kannalta merkitykselliset markkinat ovat digitaalisen solukkojärjestelmäisen matkapuhelintoiminnan palvelujen markkinat. Nämä markkinat olisi erotettava tavanomaisen puhelintoiminnan sekä muiden matkaviestintäpalveluiden markkinoista.

(12) Komissio on määritellyt puhelintoiminnan markkinat direktiivissä 90/388/ETY. Direktiivissä tehdään ero "palvelujen, joiden tarjoaminen on kokonaan tai osittain viestien välitystä tai reititystä yleisessä televerkossa", ja matkaviestinpalveluiden välillä, jotka on jätetty direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

(13) Mainitussa direktiivissä tarkoitetaan puhelintoiminnalla pääasiallista yleisessä kiinteässä verkossa eli määriteltyjen verkon liityntäpisteiden välillä tarjottua palvelua. Näillä liityntäpisteillä tarkoitetaan "fyysistä liitäntää ja sen teknistä liitäntäeritelmää". Matkaviestinnän osalta liitäntä sitä vastoin tapahtuu radioteitse matkaviestinverkon tukiaseman ja matkaviestimen välillä, minkä vuoksi fyysistä liityntäpistettä ei ole. Tämän vuoksi direktiivin 1 artiklassa annettua puhelintoiminnan määritelmää ei voida soveltaa matkapuhelinpalveluihin.

(14) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan, jotta tuotetta voitaisiin pitää riittävän erillisiin markkinoihin kuuluvana, sen on oltava yksilöitävissä erityispiirteidensä perusteella, jotka erottavat sen muista tuotteista siten, ettei se ole helposti korvattavissa niillä ja että siihen kohdistuu näiden tuotteiden taholta vain vähäistä kilpailua. ([1])

On selvää, että matkapuhelinpalvelujen ja kiinteän verkon kautta tarjottavien puhelinliikennepalvelujen keskinäinen korvattavuus on lähes olematonta: autopuhelimen tai kannettavan puhelimen tilaajat eivät yleensä pura kotiinsa tai työpaikalleen asennetusta puhelimesta aiemmin tekemäänsä tilaussopimusta. Matkapuhelinpalvelu on siis uusi palvelu, joka täydentää mutta ei korvaa tavanomaista puhelinta. Tämä ero näkyy myös huomattavana hintaerona.

On tosin ajateltavissa, että matkapuhelinten yleistyminen johtaa pitkällä aikavälillä yhtenäisen televiestintäjärjestelmän muodostumiseen, johon kuuluisi useita nykyisin erillisiä markkinoita. Kuitenkin 86 artiklan soveltamisen edellytyksiä on arvioitava tämänhetkisen kysynnän perusteella eikä määrittelemättömässä tulevaisuudessa mahdollisesti esiintyvien kehityssuuntien mukaan.

(15) Jos matkapuhelinpalvelujen ei edellä esitettyjen syiden perusteella katsota kuuluvan kiinteän verkon kautta tarjottavien puhelintoimintapalvelujen markkinoihin, on vielä ratkaistava, onko, ja jos on, niin missä määrin, syytä erottaa tämän päätöksen aiheena olevat GSM-standardiin perustuvat solukkojärjestelmäiset matkapuhelinpalvelut, joita tämä päätös koskee (Espanjassa tätä harjoittaa Telefónica de España nimellä Movistar) analogista teknologiaa käyttävistä solukkojärjestelmäisistä matkapuhelinpalveluista (tätä harjoittaa Telefónica de España nimellä Moviline).

Komissio kiinnittää huomiota siihen, että solukkojärjestelmäinen GSM-matkapuhelinjärjestelmä ei ole yksinomaan aiemmin kehitetyn analogisen matkapuhelinjärjestelmän teknisesti pidemmälle kehitetty versio. Sen lisäksi, että GSM-järjestelmän

([1]) Tuomio 14.2.1978 asiassa 27/76, United Brands v. komissio (Kok. 1978, s. 207).

avulla saavutetaan parempi äänentoiston laatu ja voidaan hyödyntää tehokkaammin käytettävissä olevaa taajuusaluetta (minkä vuoksi käyttäjien määrää samalla sallitulla taajuusalueella voidaan huomattavasti lisätä), se tarjoaa uusia toimintoja, jotka vastaavat vain tiettyjen matkapuhelimen käyttäjien tarpeita:

i) yhteisön standardiin perustuvia GSM-palveluita on mahdollista käyttää Euroopan laajuisesti; jos verkkojen toiminnanharjoittajat ovat tehneet nimellä "roaming agreements" kutsuttuja kahdenvälisiä sopimuksia, kuka tahansa järjestelmän käyttäjä voi soittaa omasta puhelinlaitteestaan myös sen toiminnanharjoittajan kansallisen alueen ulkopuolella, jonka kanssa hän on tehnyt tilaussopimuksensa, sekä kaikkien GSM Memorandum of Understanding -pöytäkirjan osapuolina olevien maiden alueella Euroopassa ja muissa maanosissa. Tämä uusi mahdollisuus ei kiinnosta niitä käyttäjiä, jotka käyttävät matkapuhelinpalveluja ammatillisista syistä ainoastaan omassa maassa tai tietyllä alueella. Toisille käyttäjille tämä mahdollisuus sen sijaan voi olla syy tilauspäätöksen tekemiseen;

ii) äänen siirron ohella GSM-palvelut tekevät mahdolliseksi siirtää suuria määriä tietoja, mikä myös vastaa ainoastaan matkapuhelinpalvelujen tosiasiallisen tai mahdollisen asiakaskunnan tietyn osan erityistarpeita;

iii) sanomien digitaalisen koodauksen ansiosta voidaan varmistaa tietojen huomattavasti parempi salassa pysyminen analogiseen järjestelmään verrattuna; tämäkin etu kiinnostaa vain tiettyjä käyttäjiä (erityisesti liikeasiakkaita);

iv) digitaalitekniikan avulla on mahdollista tarjota laaja valikoima edistyneitä telepalveluita, joita ei voitaisi tarjota analogisessa verkossa (tai jotka voitaisiin tarjota siinä ainoastaan huomattavasti korkeammin kustannuksin).

Näin ollen analogisen matkapuhelinjärjestelmän täydellinen korvautuminen GSM-järjestelmällä ei ole odotettavissa lyhyellä aikavälillä. Sitä vastoin on todennäköistä, että vaikka asiakaskunnan siirtymistä järjestelmästä toiseen tapahtuu, näitä kahta järjestelmää käytetään edelleen rinnakkain useiden vuosien ajan [1], koska ne vastaavat hyvin erilaisiin tarpeisiin. Lisäksi vaikuttaa siltä, että sellaisissakin maissa, joissa GSM-järjestelmä on jo täysin toiminnassa, jotkut toiminnan harjoittajat investoivat edelleen analogiseen verkkoon. Nämä seikat erottavat GSM- ja analogiset markkinat toisistaan.

(16) Edellä mainittujen tekijöiden perusteella, nykyisissä olosuhteissa ja erityisesti ottaen huomioon markkinoiden kehittymismahdollisuudet GSM-matkapuhelinpalveluja olisi siis selvästikin pidettävä analogisten matkapuhelinpalvelujen markkinoista erillisinä markkinoina.

Joka tapauksessa oikeudellisen arvioinnin perusteella tehdyt päätelmät eivät kuitenkaan olisi erilaisia, vaikka analogiset matkapuhelimet ja GSM-puhelimet muodostaisivat vain samojen markkinoiden kaksi lohkoa. Kuten jäljempänä (21 kohdassa) todetaan, tämä merkitsisi ainoastaan ensimmäisen väärinkäyttöolettaman muotoilua hieman toisella tavoin.

(17) Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan nämä markkinat, jotka tällä hetkellä ovat koko Espanjan laajuiset, muodostavat yhteismarkkinoiden merkittävän osan.

Määräävä asema

(18) Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan yrityksellä, jolla on lakisääteinen monopoli tiettyjen palvelujen tarjoamisessa, voi olla perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettu määräävä asema [2]. Tämä koskee Telefónica de Españaa ja sen kokonaan omistamaa tytäryhtiötä Telefónica Servicios Móvilesia, jotka viime aikoihin asti olivat ainoat yritykset, jotka laillisesti saivat tarjota Espanjassa televerkkoja, puhelintoiminnan ja analogisen matkapuhelintoiminnan palveluja yleisölle. Niillä on siis määräävä asema näillä kolmella markkinalla. Kuten edellä on todettu, Retevisiónille hiljattain myönnetyllä luvalla toimia puhelintoiminnan ja siihen liittyvän infrastruktuurin markkinoilla ei ole lähiaikoina vaikutusta Telefónica de Españan markkinaosuuteen.

Määräävän aseman väärinkäyttö

(19) Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että vääristymätön kilpailujärjestelmä, sellaisena kuin siitä määrätään perustamissopimuksessa, voidaan taata ainoastaan, jos erilaisille taloudellisille toimijoille varmistetaan yhdenvertaiset mahdollisuudet [3].

Yhdenvertaisten mahdollisuuksien varmistaminen on erityisen tärkeää, kun uusi toiminnan harjoittaja on tulossa markkinoille, joille läheisillä, mutta kuitenkin erillisillä markkinoilla määräävässä asemassa oleva toiminnan harjoittaja on parhaillaan sijoittautumassa, kuten Telefónica de Españan ja sen tytäryhtiön Telefónica Servicios Móvilesin tapauksessa.

[1] Ministeriön päätös (Orden), 13 päivältä maaliskuuta 1995, Boletin Oficiel del Estado n:o 101, 28.4.1995, s. 12573.

[2] Tuomio 3.10.1985 asiassa 311/84, Centre belge d'études de marché — Telemarketing (CBEM) SA v. Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA ja Information publicité Benelux SA (Kok. 1985, s. 3261).

[3] Asia C-202/88, Ranska v. komissio, tuomio 19.3.1991 (Kok. 1991, s. I-1223, 51 kohta s. 1271).

(20) Telefónica de Españalla on jo huomattava etulyöntiasema määräävän markkinaosuuden hankkimisessa GSM-matkapuhelintoiminnan markkinoilla:

i) ajallinen etu: se aloitti verkkonsa kehittämisen ennen toista toiminnan harjoittajaa ja voi sen vuoksi tarjota paremman maantieteellisen kattavuuden; se aloitti palvelujensa tarjoamisen 1 päivänä heinäkuuta 1995, kun taas toinen toiminnan harjoittaja aloitti palvelujensa tarjoamisen 3 päivänä lokakuuta 1995;

ii) mahdolliset asiakkaat: Telefónica de Españan analogisella matkapuhelinjärjestelmällä, Movilinella, oli vuoden 1996 lokakuussa 1 235 690 tilaajaa, ja se sai joka kuukausi 10 000—20 000 uutta tilaajaa; analogisen palvelun Movilinen tämänhetkisiä tilaajia voidaan pitää GSM-palvelun Movistarin mahdollisena asiakaskuntana;

iii) olemassa oleva jakeluverkko: verkko on yleisön tuntema, koska Telefónica de España voi markkinoida GSM-palvelunsa Movilinen jakeluketjunsa kautta;

iv) erityistiedot: Telefónica de España on hankkinut Movilinesta saamansa kokemuksen kautta erityistietoja espanjalaisten puhelimenkäyttötavoista käyttäjäryhmittäin ja alueittain. Lisäksi, koska sillä on määräävä asema kiintieden yhteyksien toimittamisessa GSM-palvelujen tarjoajien verkkoihin, se voi edelleen saada tärkeitä tietoja puhelintoiminnasta; todellisuudessa tällä hetkellä toisella toiminnan harjoittajalla ei ole muuta vaihtoehtoa kuin käyttää Telefónica de Españan verkkoa;

v) huomattavat säästöt infrastruktuurin osalta: Telefónica de España oli kesäkuuhun 1996 asti ainoa, jolla oli lupa kiinteiden puhelintoiminnan palvelujen tarjoamiseen, ja se on tällä hetkellä ainoa aktiivinen toiminnan harjoittaja alalla. Telefónica de España oli 3 päivään lokakuuta 1995 asti ainoa toiminnan harjoittaja matkapuhelintoiminnan alalla. Tämän johdosta Telefónica de Españalla on ollut GSM-verkkonsa perustamiseen käytettävissään sellaisia väyliä ja antenneja, joita sen kilpailijalla ei ole saatavilla. Lisäksi tietyt autonomiset yhteisöt ovat tukeneet analogisten puhelinliikenneverkkojen kehittämistä kyseisillä alueilla, joilla tavanomainen puhelinverkko on riittämätön (TRAC-hankkeen kautta).

Vastakohtana tälle toinen toiminnan harjoittaja toimii aiemmin mainitun aloitusmaksun vuoksi edellä kuvaillun mukaisesti ankarampien rajoitusten alaisena kuin Telefónica de España.

Jos Telefónica de España laajentaisi sillä tavanomaisen puhelintoiminnan ja analogisen matkapuhelinjärjestelmän markkinoilla olevaa määräävää asemaa GSM-matkapuhelintoiminnan markkinoille lisäämällä kilpailijansa kustannuksia vaatimalla esimerkiksi sellaisia yhteysmaksuja, jotka eivät olisi kustannusten vuoksi perusteltuja, tämä rikkoisi 86 artiklan määräyksiä. Sama arviointi soveltuisi, jos kaikille matkapuhelinpalveluille olisi yhdet markkinat ja Telefónica de España vahvistaisi asemaansa näillä markkinoilla samalla tavalla.

(21) EY:n perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohdan mukaan Espanjan on pidättäydyttävä toteuttamasta toimenpiteitä, jotka julkisen yrityksen ainoan kilpailijan kustannuksia lisäämällä tämän tullessa äskettäin kilpailulle avatuille markkinoille vääristäisivät huomattavasti kilpailua näillä markkinoilla. Jos ainoalle kilpailijalle asetettaisiin ylimääräisiä kustannuksia, Telefónica de España voisi itse asiassa valita kahden liiketoimintastrategian välillä, joista kumpikin olisi 90 artiklan 1 kohdan vastainen, yhdessä 86 artiklan kanssa. Nämä liiketoimintastrategiat ovat joko i) määräävän aseman laajentaminen tai vahvistaminen tai ii) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen 86 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitetussa merkityksessä.

i. Julkisen yrityksen määräävän aseman laajentaminen ([1]) tai vahvistaminen

Toisen toiminnan harjoittajan olisi katettava markkinoille pääsemiseksi suorittamansa 85 miljardin pesetan aloitusmaksu tuloistaan. Tästä syystä toisen toiminnan harjoittajan olisi vaikeaa kilpailla ensimmäisen toiminnan harjoittajan kanssa tariffinalennuksin. Ensimmäistä toiminnan harjoittajaa, Telefónica de Españaa, jonka ei tarvinnut suorittaa tätä aloitusmaksua ja joka lisäksi tuntee toisen verkon ylläpitäjän kustannusrakenteen sillä tällä hetkellä infrastruktuurin osalta olevan määräävän aseman vuoksi, kannustettaisiin alihinnoittelemalla tariffit käyttämään hyväksi nykyistä määräävää asemaansa infrastruktuurin ja analogisten matkapuhelinten alalla laajentaakseen määräävän asemansa GSM-matkapuhelintoiminnan markkinoille. Jos on ainoastaan yhdet matkapuhelinpalveluiden markkinat, Telefónica de España määräävä asema vahvistuisi näillä markkinoilla laajentumisen sijaan.

Lisäksi Telefónica de España voisi käyttää 85 miljardin pesetan säästöä laajentaakseen jakeluverkkoaan, harjoittaakseen aggressiivista hinnoittelua GSM-markkinoilla, joilla toinen toiminnan harjoittaja kilpailee sen kanssa, tehdäkseen erikoistarjouksia mahdollisille tilaajille ja/tai

([1]) Katso esimerkiksi yhdistetyt asiat C-271/90, C-281/90 ja C-289/90, Espanjan kuningaskunta, Belgian kuningaskunta ja Italian tasavalta v. komissio, tuomio 17.11.1992 (Kok. 1992 s. I-5833, 36 kohta).

esimerkiksi tehokkaisiin mainoskampanjoihin. Tämän valtion toimenpiteestä johtuvan strategian valitseminen voisi uhata toisen toiminnan harjoittajan taloudellista elinkelpoisuutta.

Näin ollen Telefónica de España on sellaisessa asemassa, että se voisi laajentaa tai vahvistaa määräävää asemaansa aloitusmaksusta johtuvan kustannusrakenteen vääristymisen sille suoman kilpailullisen edun vuoksi. Tämä tekee valtion toimenpiteestä perustamissopimuksen 90 artiklan vastaisen, yhdessä 86 artiklan kanssa.

ii. Tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen 86 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla

Uuden markkinoille tulijan 85 miljardin pesetan rahoitustarve viivästyttää investointeja, koska sen on käytettävä osa alkupääomastaan aloitusmaksun suorittamiseen, eikä se näin ollen voisi asianmukaisesti investoida tätä määrää verkkonsa kehittämiseen tai tariffinalennuksiin. Toisen toiminnan harjoittajan pitäisi itse asiassa korottaa pääomaansa noin 40 miljardilla pesetalla helmikuussa 1996 pystyäkseen noudattamaan investointisuunnitelmaansa.

Tämä saattaisi rohkaista Telefónica de Españaa lykkäämään GSM-verkkonsa kehittämistä ja keskittämään ponnistelunsa Moviline-järejstelmään. Itse asiassa analoginen Moviline-järjestelmä on sille houkuttelevampi, koska suurin osa investoinneista on jo poistettu ja sillä on parempi kate.

Alkuinvestointi GSM-verkon perustamiseen Espanjaan on noin 250 miljardia pesetaa. Aloitusmaksu alkuinvestointeihin lisättynä lisää näin ollen toisen toiminnan harjoittajan rahoitustarvetta enemmän kuin kolmanneksella. Se seikka, että toisen toimiluvan hakijat olivat tietoisia tulevasta kilpailun vääristymisestä Espanjan GSM-markkinoilla Telefónica de Españan hyväksi, ei pienennä tästä johtuvaa eriarvoisuutta. Yrityksillä, jotka toivoivat pääsevänsä markkinoille, ei ollut muuta vaihtoehtoa kuin ottaa tämä haitta huomioon liiketoimintasuunnitelmassaan.

Toisen olettaman mukaan Telefónica de España, joka kuten jo mainittiin, tuntee toisen toiminnan harjoittajan kustannusrakenteen sillä infrastruktuurimarkkinoilla olevan määräävän aseman vuoksi, voisi näin ollen tuntea houkutusta säilyttää GSM-palvelujensa tariffit korkeampina kuin ne olisivat ilman kyseistä valtion toimenpidettä. Näin toimiessaan se rajoittaisi tuotantoa, tulosta tai teknistä kehitystä 86 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla GSM-palvelujen osalta, joissa käytetään edistyneempää tekniikkaa vanhempia analogisia palveluja suosivalla tavalla.

Se, että Telefónica de España voisi käyttäytyä tällä tavoin, olisi seurausta siitä, että yhtäältä sillä on etulyöntiasema Moviline-järjestelmässä olevan monopoliasemansa ansiosta ja sille on myönnetty riittävästi taajuusalueita, jotta se voi jatkaa tätä palvelua, ja toisaalta Espanjan hallitus rankaisee taloudellisesti ainutta yritystä, jolle on annettu toimilupa perustaa kilpaileva GSM-palvelu. GSM-palvelujen viivästynyt laajentuminen ja siitä johtuva kuluttajia vahingoittava teknisen kehityksen rajoittuminen johtuu sen vuoksi pelkästään kyseisestä valtion toimenpiteestä eli ainoastaan toiselle toiminnan harjoittajalle asetetusta 85 miljardin pesetan maksusta.

Komissio on noudattanut samanlaista arviointia aloitusmaksua Italiassa koskevassa tapauksessa. Vaadittuaan tuloksetta korjaavia toimenpiteitä komissio on tehnyt EY:n perustamissopimuksen 90 artiklan 3 kohdan nojalla Italialle osoitetun päätöksen 95/489/EY [1]. Komissiolle on myöhemmin ilmoitettu, että korjaavat toimenpiteet on toteutettu tai niitä ollaan toteuttamassa.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan [2] perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohdassa määrätään, etteivät jäsenvaltiot saa toteuttaa sellaisia toimenpiteitä, joiden seurauksena yritys saattaisi rikkoa määräyksiä, joihin siinä viitataan, ja kyseisessä erityistapauksessa etenkin 86 artiklan määräyksiä.

Kyseinen valtion toimenpide on kumman tahansa edellä esitetyn olettaman perusteella perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohdan vastainen, yhdessä 86 artiklan toisen kohdan b alakohdan kanssa.

[1] EYVL N:o L 280, 23.11.1995, s. 49.

[2] Katso asia C-41/90, *Höfner v. Macrotron*, tuomio 23.4.1991 (Kok. 1991, s. I-1979) sekä asiat C-260/89, Euiniki Radiophonia Tileorassi Anonimi v. Dimotiki Etairia Pliroforissis ja ym., tuomio 18.6.1991 (Kok. 1991 s. I-2925) ja asia C-323/93, *Société civile agricole d'insémination de la Crespelle v. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne* (Kok. 1994 s. I-5077).

(22) Jäsenvaltion perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohtaan ja 86 artiklaan perustuva velvollisuus syntyy vain siinä tapauksessa, että kyseessä olevan yrityksen virheellinen toiminta saattaa vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tässä tapauksessa vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan saattaisi esiintyä seuraavista syistä:

Telefónica de Españan määräävän aseman laajentaminen tai vahvistaminen sekä GSM-palveluiden tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittuminen millä tavoin tahansa on omiaan viivyttämään GSM-puhelinten tariffien tasaista alentamista. Itse asiassa, jos toiselle toiminnan harjoittajalle määrättyä 85 miljardin pesetan aloitusmaksua ei olisi, hintakilpailu olisi ollut voimakkaampaa GSM-palvelujen käynnistämisestä lähtien Espanjassa ja GSM-tariffit olisivat laskeneet nopeammin.

— Jos GSM-tariffit eivät laske niin nopeasti kuin ne olisivat tehneet ilman kyseistä valtion toimenpidettä, muissa jäsenvaltioissa asuvat tilaavat pienemmällä todennäköisyydellä palvelunsa espanjalaisilta toiminnan harjoittajilta vaihtoehtona muille kansallisille tai ulkomaisille toiminnan harjoittajille. Esimerkiksi ranskalainen yritys tai yksityishenkilö ei olisi kiinnostunut ostamaan espanjalaista SIM-korttia tai tilaamaan kortilla puheluja toiminnan harjoittajien välisten sopimusten perusteella, koska Espanjan tariffit eivät olisi niin alhaisia kuin ne olisivat olleet, jos toinen toiminnan harjoittaja olisi voinut käyttää 85 miljardin pesetan aloitusmaksun tariffien alentamiseen.

— Viivästykset tariffien alentamisessa viivästyttää vuorostaan matkapuhelinpalvelujen, esimerkiksi parempien tilausehtojen ja -edellytysten sekä edellä kuvailtujen kehittyneempien teknisten palvelujen kehittämistä. Tämä vähentäisi muihin jäsenvaltioihin, joissa on tehokasta kilpailua ja joissa on syntynyt uusia palveluja, sijoittautuneiden yritysten halukkuutta investoida Espanjan telemarkkinoille.

— Viivästykset tariffien tasaisessa alentamisessa voivat yleisesti vähentää Espanjasta tapahtuvan kansainvälisen puhelinliikenteen määrää. Yritykset ja yksityishenkilöt, joiden maktapuhelinpalvelujen tarve on suuri, tekisivät tilauksensa ulkomaisilta toiminnan harjoittajilta tai turvautuisivat vastapuhelujärjestelmän käyttöön pystyäkseen käyttämään hyväkseen muiden jäsenvaltioiden alempia tariffeja.

Espanjan viranomaisten vastaus

(23) Espanjan viranomaiset ovat tehneet komissiolle seuraavat ehdotukset:

— Espanjan hallituksen Telefónica de Españalle vuonna 1991 myöntämän toimiluvan ehtojen mukaan Telefónica de España saisi GSM-toimiluvan ilman lisämaksua. Sen vuoksi Espanjan hallitus ei voi määrätä Telefónica de Españalle 85 miljardin pesetan aloitusmaksua. Lisäksi Espanjan hallitus väitti korvausperiaatteen hyläten, että aloitusmaksun todellinen määrä oli 50,095 miljardia pesetaa 85 miljardin pesetan sijasta. Ne väittivät, että Airtel Móvil oli nostanut pyydettyä alkuperäistä maksua 50,095 miljardista pesetasta 85 miljardiin pesetaan ilman mitään velvoitetta tehdä niin. Aloitusmaksun lakisääteinen vähimmäismäärä oli 50,095 miljardia ja tämä oli asian kannalta merkityksellinen määrä.

— Espanjan hallitus katsoi, että mahdollinen ratkaisu olisi yhteystariffin alentaminen toimiluvan 15 vuoden voimassaoloajaksi.

— Lopuksi Espanjan hallitus ehdotti myös TRAC-hankkeen kustannusten siirtämistä Telefónica Servicios Móvilesille.

Komission arvio

(24) Vaikka toinen toiminnan harjoittaja itse oli ehdottanut 85 miljardin pesetan aloitusmaksua, komissio ei hyväksy väitettä, että aloitusmaksu oli vapaaehtoinen, koska tämä oli yksi valintaperusteista tarjousmenettelyssä [1]. Jokaisen tarjouksen tehneen täytyi tarjota korkein mahdollinen sen liiketoimintasuunnitelman sallima aloitusmaksu toimiluvan saamiseksi. Viranomaiset antoivat joitakin viitteitä

[1] Asia C-272/91, komissio v. Italia, tuomio 26.4.1994 (Kok 1994, s. I-1409, 11 kohta).

siitä suhteellisesta painoarvosta, joka eri valintaperusteilla olisi. Tiedot olivat selvimmät aloitusmaksun vähimmäismäärän tärkeyden osalta. Aloitusmaksu oli näin ollen yksi valintaperusteista tarjousmenettelyssä, ja se oli maksettava sinä päivänä, jona toimilupa allekirjoitettiin. Sen vuoksi aloitusmaksu oli selkeä valtion toimenpide.

Toisen GSM-toiminnan harjoittajan valintamenettely ei itse asiassa ollut todellinen tarjouskilpailumenettely. Espanjassa valinta tapahtui sekamuotoisella menettelyllä, jossa yhdistettiin tarjousten vertailumenettely ja tarjouskilpailu. Yksi perusteista, joita vertailtiin, oli hakijoiden toisesta toimiluvasta tarjoama aloitusmaksu. Sen vuoksi on vaikeaa tietää, mikä peruste oli olennainen. Se tosiseikka, että toimilupa myönnettiin selkeitä ohjeita antamatta, viittaa siihen, että mikä tahansa perusteista on saattanut olla tärkeä.

(25) Komissio katsoo, että Espanjan hallituksen ehdottama yhteystariffien alentaminen ei palauta yhdenvertaisia toimintamahdollisuuksia, koska Espanjan hallitus kieltäytyi harkitsemasta ainoastaan toisen toiminnan harjoittajan hyväksi tehtävää epäsymmetristä tariffinalennusta.

(26) Espanjan hallituksen tarjoamaa ratkaisua, jonka mukaan TRAC-hanke korvaisi toisen toiminnan harjoittajan aloitusmaksun, ei voida hyväksyä nykyisissä olosuhteissa.

Ottamatta huomioon sitä seikkaa, etteivät Espanjan viranomaisten toimittamat tiedot anna mahdollisuutta kunnollisen arvioinnin tekemiseen tällaisten investointien todellisesta merkityksestä ja ettei voida varmistaa, että ratkaisu olisi muuta kuin puhtaasti kirjanpidollinen toimi, ratkaisua ei voida hyväksyä tässä vaiheessa, koska Telefónica de Españalla oleva velvoite tarjota palveluja kaikkialla syrjäiset alueet mukaan lukien on näissä olosuhteissa korvattu antamalla Telefónica de Españalle erityis- tai yksityisoikeus. Lisäksi TRAC-järjestelmää toteuttaessaan Telefónica de España on saanut julkista tukea mukaan lukien Euroopan aluekehitysrahaston (EAKR) tuki.

(27) Komissio katsoo, että tässä tapauksessa ainoastaan toiselle espanjalaiselle toiminnan harjoittajalle asetettu velvoite maksaa 85 miljardin pesetan aloitusmaksu on ristiriidassa 90 artiklan 1 kohdan vastainen yhdessä 86 artiklan kanssa.

(28) Tämän menettelyn tarkoituksena on saada Espanjan hallitus toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet kilpailun vääristymisen poistamiseksi. Selvin toimenpide olisi maksun palauttaminen Airtel Móvilille.

Komissio on myös Espanjan hallituksen sitä pyytäessä valmis tutkimaan mahdollisuuksia rikkomisen lopettamiseksi toteuttamalla muita korjaavia toimenpiteitä edellyttäen, että niillä asianmukaisesti tasapainotetaan toisen toiminnan harjoittajan epäedullinen asema.

Espanjan hallituksen tehtävänä on tehdä tältä osin ehdotuksia. Espanjan hallituksen olisi joka tapauksessa toimitettava tällaisia ehdotuksia koskevat numerotiedot, jotka osoittavat niiden asianmukaisesti korvaavan toisen toiminnan harjoittajan maksaman 85 miljardin pesetan aloitusmaksu.

Saman maksun määrääminen Telefónica Servicios Móvilesille ei kuitenkaan olisi riittävä korvaus nykyisissä olosuhteissa erityisesti niin kauan kuin ei ole toteutettu sellaista kustannuslaskentaa, jonka perusteella olisi mahdollista varmistaa, että tällainen velvoite koskee ainoastaan Movistaria.

(29) Seuraavat korjaavat toimenpiteet on jo mainittu Espanjan hallituksen kanssa käydyissä kahdenvälisissä neuvotteluissa:

i) Airtel Móvilille pääsyn myöntäminen Telefónica de Españan TACS 900-asiakastietokantaan säilyttäen samalla henkilötietojen luottamuksellisuus;

ii) tariffiehtojen tarkistaminen asymmetriseltä pohjalta liittämisessä Telefónica de Españan puhelinverkkoon;

iii) Telefónica Servicios Móvilesille ja Airtel Móvilille yhdenvertaisen pääsyn antaminen samaan määrään GSM-taajuuksia ja Telefónica de Españan tällä hetkellä analogisiin palveluihinsa käyttämien GSM-taajuuksien nopeutettu vapauttaminen;

iv) Airtel Móvilin toimiluvan voimassaoloajan jatkaminen kaapelitelevisiolupia koskeneen Espanjassa äskettäin tehdyn päätöksen mukaisesti.

Lisäksi ratkaisu Airtel Móvilelle jo myönnetyn toimiluvan peruuttaminen ei ole missään olosuhteissa sopiva ratkaisu rikkomisen oikaisuun. Tämä johtuu siitä, että tällä tavoin GSM-markkinoilta poistettaisiin Telefónica Servicios Móvilesin ainoa kilpailija ja koska monopoli, joka Telefónica de Españalla olisi analogisessa puhelintoiminnassa ja

GSM-palveluissa uuden tarjouskilpailumenettelyn ajan, tekisi kilpailun vielä vaikeammaksi Telefónica de Españan näin saaman ajallisen lisäedun vuoksi.

Perustamissopimuksen 90 artiklan 2 kohta

(30) Perustamissopimuksen 90 artiklan 2 kohdassa määrätään, että yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sovelletaan kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Espanjan hallitus ei ole vedonnut tähän määräykseen perusteluksi ainoastaan toiselle toiminnan harjoittajalle määrättyä aloitusmaksua.

Komissio katsoo, ettei tässä tapauksessa ole takeita poikkeuksen saamisesta 90 artiklan 2 kohdan nojalla, koska minkään osatekijän perusteella ei voida osoittaa, että aloitusmaksu olisi oikeutettu laillisesta tai tosiasiallisesta syytä, että palvelulla olisi yleistä taloudellista merkittävyyttä.

PÄÄTELMÄ

(31) Edellä esitetyn huomioon ottaen komissio katsoo, että ainoastaan toiselle toiminnan harjoittajalle määrätystä aloitusmaksusta, joka toiminnan harjoittajan on maksettava saadakseen toimilupa GSM-verkon ylläpitämiseen Espanjanssa, aiheutuva epäedullinen kilpailuasema rikkoo perustamissopimuksen 90 artiklan 1 kohtaa, yhdessä 86 artiklan kanssa.

ON TEHNYT TÄMÄN PÄÄTÖKSEN:

1 artikla

Espanjan on toteutettava tarvittavat toimenpiteet Airtel Móvilin S.A:lle määrätystä aloitusmaksusta aiheutuvan kilpailun vääristymän poistamiseksi ja varmistettava yhtäläiset toimintaedellytykset GSM-matkapuhelintoiminnan harjoittajille. Espanjan markkinoille viimeistään 24 päivänä huhtikuuta 1997:

i) palauttamalla Airtel Móvilin S.A:lle sen maksama aloitusmaksu; tai

ii) toteuttamalla komission suostumuksen saatuaan korjaavia toimenpiteitä, jotka taloudellisesti vastaavat toiselle GSM-toiminnan harjoittajalle asetettua velvoitetta.

Tosiasiallisesti toteutettavat toimenpiteet eivät saa vaikuttaa kilpailuun, joka perustuu toiselle GSM-toiminnan harjoittajalle 29 päivänä joulukuuta 1994 myönnettyyn lupaan.

2 artikla

Espanjan on ilmoitettava komissiolle toteuttamansa toimenpiteet kolmen kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksi antamisesta.

3 artikla

Tämä päätös on osoitettu Espanjan kuningaskunnalle.

Tehty Brysselissä 18 päivänä joulukuuta 1996.

Komission puolesta

Karel VAN MIERT

Komission jäsen