II

(Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 18 december 1996

om de villkor som har ålagts den andra GSM-radiotelefonioperatören i Spanien

(Endast den spanska texten är giltig)

(97/181/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 90.3 i detta,

efter att i brev av den 23 april 1996 och den 30 maj 1996 ha givit de spanska myndigheterna respektive företaget Telefónica de España tillfälle att tillkännage sina synpunkter på kommissionens klagomål rörande det engångsbelopp som har ålagts Airtel Móvil SA, och

med beaktande av följande:

SAKFÖRHÅLLANDET

Den statliga åtgärden i fråga

(1) Den spanska regeringen har krävt ett engångsbelopp för att bevilja en andra licens för att upprätta och driva ett nät på spanskt territorium för att tillhandahålla allmänna tjänster inom mobil radiotelefoni genom det alleuropeiska digitala GSM-systemet (Global System for Mobile Communications) ("GSM-tjänst").

Denna skyldighet anges i artikel 9.4 och 9.16 (Bases) i anbudsspecifikationerna som godkändes genom ett ministerbeslut (Orden) av den 26 september 1994 [1]. Denna skyldighet gäller inte för den offentliga operatören Telefónica de España.

Företaget och de berörda tjänsterna

(2) Telefónica de España är ett spanskt offentligt företag i den mening som avses i artikel 2 i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag [2].

Spaniens regering har ett avgörande inflytande över Telefónica de España av följande tre orsaker:

i) Spanska staten är den största enskilda andelsägaren i Telefónica de España. När kommissionen inledde ärendet hade den spanska staten 31,8 % av det utgivna andelskapitalet. Spanska staten innehar för närvarande 21,6 % av det utgivna andelskapitalet. Det återstående andelskapitalet är fördelat på uppskattningsvis 300 000 andelsägare.

ii) Spanska staten har rätt att utse en företrädare med vetorätt för de beslut som fattas av bolagsstyrelsen för Telefónica de España. Enligt artikel 2.9 i det kungliga lagdekretet (Real Decreto-Ley) 6/1996 av den 7 juni 1996 [3] kommer denna rätt att upphävas från den 1 januari 1998.

[1] Boletín Oficial del Estado nr 231, 27.9.1994, s. 29778.
[2] EGT nr L 195, 29.7.1980, s. 35.
[3] Boletín Oficial del Estado nr 139, 8.6.1996, s. 18975.

iii) I enlighet med licensavtalet av den 26 december 1991 (1) har Spaniens regering rätt att direkt utse 25 % av ledamöterna i bolagsstyrelsen för Telefónica de España. Som resultat av detta förhållande och det faktum att spanska staten är den största andelsinnehavaren följer att Spaniens regering utsåg 18 av de för närvarande 25 medlemmarna av bolagsstyrelsen inklusive styrelseordföranden.

Aktieandelarna i Telefónica de España finns noterade på spanska aktiebörser såväl som på börserna i New York, London, Frankfurt och Tokyo. Om man ser till omsättningen (1 740,5 miljarder spanska pesetas under 1995) och till vinsten (133,2 miljarder pesetas under 1995) är Telefónica de España en av världens tio största telekommunikationsoperatörer. Dess arbetsstyrka består av 69 750 anställda och antalet abonnenter överstiger 16 miljoner.

Telefónica de España är således ett offentligt företag eller företag som en medlemsstat beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90.1 i EG-fördraget.

(3) Telefónica de España tillhandahåller transmissionstjänster, sluttjänster och mervärdestjänster över hela Spanien på grundval av telekommunikationslagen (Ley de Ordenación de las Telecommunicaciones) 31/1987 av den 18 december 1987 (2), samt licensavtalet. Telefónica de España hade monopol på att tillhandahålla vissa av dessa tjänster, som taltelefonitjänster som faller inom ramen för tillämpningen av artikel 1 i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (3). För andra tjänster (som GSM-tjänster) var konkurrensen begränsad. Telefónica de España har också beviljats särskilda rättigheter tillsammans med de båda offentliga företagen Ente Público Retevisión ("Retevisión") och Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos för att tillhandahålla transmissionskapacitet för telekommunikationstjänster.

Den 7 juni 1996 avskaffade man officiellt, genom det kungliga lagdekretet nr 6/1996 monopolet på området för taltelefoni och oligopolet avseende de tillhörande infrastrukturerna. Spaniens regering kan nu bevilja licenser till nya nationella och regionala operatörer. Retevisión kommer att överföra sina tillgångar på telekommunikationsområdet till en ny enhet som har fått licens för att tillhandahålla fullständiga telekommunikationstjänster och har fått mandat att sälja 80 % av sina andelar i ett begränsat anbudsförfarande. Emellertid förväntas den nya erfarenheten inte att sättas i drift förrän i mitten av 1997.

Tack vare telekommunikationsakten och licensavtalet har Telefónica de España kunnat tillhandahålla GSM-tjänster utan att ha deltagit i något anbudsförfarande. Detta beskrivs mer utförligt under punkt sju nedan. Telefónica de España har fått tillåtelse av Spaniens regering att föra över sin licens för tillhandahållande av mobila teletjänster — analoga och GSM — till Telefónica Servicios Móviles, SA. (hädanefter Telefónica Servicios Móviles) som är ett helägt dotterbolag till Telefónica de España. I detta beslut nämns endast Telefónica de España eftersom licensen för att tillhandahålla GSM-radiotelefonitjänster ursprungligen beviljades detta företag.

(4) Den digitala, cellulära mobiltelefoni som uppfyller GSM-standarden (Global System for Mobile Communications) är en tjänst som nyligen utvecklats i Europa och som möjliggör för abonnenter att såväl ringa som att motta samtal överallt inom gemenskapen samt i vissa andra europeiska länder. Tjänsten, som grundas på användningen av ett digitalt system, en kod och ett SIM-kort (Subscriber Identity Module), erbjuder större utvecklingsmöjligheter är de mer traditionella radiotelefonitjänsterna som baseras på analog teknik. Digital teknik ger en överlägsen kvalitet och möjliggör dessutom överföring av datauppgifter med hög hastighet och kodning vilket garanterar bättre skydd mot samtalsavlyssning samt utnyttjar färre frekvenser än analoga system. Därtill kommer att GSM-systemet grundas på gemensamma EG-standarder avseende gemensamma frekvensband som har godkänts på gemenskapsnivå och i motsats till analoga system som ofta inte är kompatibla från en medlemsstat till en annan är GSM-systemet tänkt att bli en av de alleuropeiska tjänster vilkas införande enligt rådets direktiv 87/371/EEG av den 25 juni 1987 (4) är ett av huvudmålen för Europeiska unionens politik på teleområdet. Slutligen finns det anledning att framhålla att den marknad som håller på att skapas för GSM-tjänster är särskilt dynamisk; enligt vissa undersökningar uppskattas det att antalet användare i Västeuropa kan komma att öka från lite över en miljon 1993 till 15–20 miljoner år 2000 (5).

(5) Rådet har antagit direktiv 87/372/EEG av den 25 juni 1987 om vilka frekvensband som skall reserveras för det samordnade införandet av allmänt

(1) Boletín Oficial del Estado nr 20, 23.1.1992, s. 2132.
(2) Boletín Oficial del Estado nr 303, 19.12.1987. Bland annat ändrad genom lag 32/1992 av den 3 december 1992.
(3) EGT nr L 192, 27.7.1990, s. 10.
(4) EGT nr L 196, 17.7.1987, s. 81.
(5) "Senario 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, oktober 1993.

tillgängligt, alleuropeisk, cellulär, digital, landbaserad mobilkommunikation inom gemenskapen (1). I detta direktiv reserveras frekvensbanden 890–915 MHz och 935–960 MHz för införandet av ett gemensamt system för digital GSM-radiotelefoni. Dessa gemensamma frekvenser gör det möjligt för flera konkurrerande operatörer att jämsides verka på marknaden. Den kommersiella driften av GSM-tjänsten inom gemenskapen påbörjades sent år 1992. Sedan dess har alla medlemsstaterna utom Luxemburg beviljat licenser till två operatörer. Luxemburg har tillkännagivit sin avsikt att följa deras exempel. Sverige har beviljat tre GSM-licenser.

Europeiska post- och telesammanslutningen (CEPT) som omfattar de reglerande myndigheterna från trettiosex länder (bl.a. Spanien) har rekommenderat att konkurrensen mellan GSM-operatörer bör uppmuntras aktivt och att konkurrenshämmande bestämmelser bör upphävas (2).

(6) Tyskland, Grekland, Frankrike, Nederländerna och Förenade kungariket har gett eller beslutat att ge en tredje operatör tillstånd att tillhandahålla tjänster inom digital, cellulär radiotelefoni på högre frekvensband grundat på DCS 1800-specifikationerna. Enligt artikel 2 i kommissionens direktiv 96/2/EG av den 16 januari 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på mobli- och personkommunikation (3) skall medlemsstaterna utfärda licenser för att driva mobilsystem enligt DCS 1800-standarden senast den 1 januari 1998. Medlemsstaterna får dessutom inte begränsa möjligheten att kombinera mobila teknologier eller system och medlemsstaterna måste under alla omständigheter ta i beaktande kravet på att upprätthålla effektiv konkurrens mellan operatörerna på marknaden i fråga.

Bakgrund

(7) Efter ändringar av telekommunikationslagen (Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) genom lag nr 32/1992 av den 3 december 1992 liberaliserades marknaden för tillhandahållande av GSM-tjänster från och med den 31 december 1993. Därför betraktas tillhandahållandet av GSM-tjänster inte längre som någon sluttjänst, för vilket särskilda rättigheter eller ensamrätt kan beviljas. GSM-tjänster betraktas nu som mervärdestjänster som skall tillhandahållas under konkurrensförhållanden.

Efter denna ändring av telekommunikationslagen (Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) antog Spaniens regering det kungliga lagdekretet 1486/1994 av den 1 juli 1994 (4) (hädanefter "det kungliga lagdekretet") om godkännande av de tekniska föreskrifterna ("Reglamento Técnico") för tillhandahållande av automatiska mobila telekommunikationstjänster med mervärde. I artikel 2 i de tekniska föreskrifterna (bilaga till det kungliga lagdekretet) fastställs att GSM-tjänster skall tillhandahållas under konkurrensförhållanden. I artikel 4 i de tekniska föreskrifterna anges att GSM-tjänster skall tillhandahållas av Telefónica de España och en konkurrerande licensinnehavare. I den första övergångsbestämmelsen i de tekniska föreskrifterna anges förfarandet för hur Telefónica de España kan erhålla licens utan anbudsförfarande.

Det kungliga lagdekretet innehåller inga uttryckliga bestämmelser om engångsbelopp för GSM-licensen. Dock anges det i artikel 4.4 a i de tekniska föreskrifterna att en av de faktorer som bör beaktas, vid bedömningen av den andra operatörens ansökan om licens, är "maximering av ekonomiska bidrag".

(8) Genom ett ministerbeslut (Orden) av den 26 september 1994 (5) antog Spaniens regering anbudsspecifikationerna och inledde anbudsförfarandet avseende beviljande av en andra driftslicens för tillhandahållande av GSM-tjänster. Den andra licensen gäller under 15 år och kan därefter förlängas med fem år. Övriga villkor för licensen anges i anbudsspecifikationerna.

I artiklarna 9 och 16 (Bases) i anbudsspecifikationerna finns bestämmelser om ett engångsbelopp på minst 50 095 miljarder pesetas att betalas till finansministeriet. Vidare ges en indikation på vilken vikt som skulle läggas vid de olika anbudsspecifikationerna. Konsekvensen av sista stycket i artikel 16 är att den som erbjuder mindre än 50 miljarder pesetas automatiskt gallras ut.

Ministeriet för offentliga arbeten, transport och miljö beviljande, genom ett ministerbeslut (Orden) av den 29 december 1994 (6), den andra licensen till Airtel Móvil SA (hädanefter Airtel Móvil) (som då hette Alianza Internacional de Redes Telefónicas, SA) trots att det engångsbelopp på 85 miljarder pesetas som erbjudits inte var det högsta (det högsta erbjudna engångsbeloppet var 89 miljarder).

(1) EGT nr 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) EGT nr L 20, 26.1.1996, s. 59.
(4) Boletín Oficial del Estado nr 168, 15.7.1994, s. 22672.
(5) Boletín Oficial del Estado nr 231, 27.9.1994, s. 29779.
(6) Boletín Oficial del Estado nr 4, 5.1.1995, s. 464.

Enligt artikel 9 (Base) i anbudsspecifikationerna var Airtel Móvil tvugna att erlägga engångsbeloppet vid det tillfälle då företaget formellt erhöll licensen i och med att licensavtalet undertecknades den 3 februari 1995. Samma dag beviljades Telefónica de España en motsvarande GSM-licens utan att erlägga något sådant belopp.

(9) I sin skrivelse av den 6 februari 1995 framförde kommissionen ett antal anmärkningar avseende det förfarande som använts för att välja ut en andra operatör och där den andra operatören hade getts mindre fördelaktiga villkor än Telefónica de España.

I en skrivelse av den 20 april 1995 svarade Spaniens regering på kommissionens anmärkningar och beskrev omständigheterna kring licensieringsförfarandet vilka enligt Spaniens regering uppväger det engångsbelopp som erlades av Airtel Móvil.

Den 1 juli 1995 började Telefónica de España att driva sin GSM-tjänst kommersiellt.

I en skrivelse av den 18 juli begärde kommissionen ett klargörande från Spaniens regering avseende rätten att utnyttja alternativa telekommunikationsnät och att direkt sammankoppla med förhyrda nätverksförbindelser, samt avseende vilken metod som skulle komma att användas för att ändra taxorna för sammankoppling med det fasta nätverket. Detta klargörande var nödvändigt för att kommissionen skulle kunna bedöma huruvida dessa faktorer innebar sådana fördelar för den andra operatören att de skulle kunna uppväga den konkurrensnackdel som tvånget att erlägga engångsbeloppet innebar.

Den 3 oktober 1995 inledde Airtel Móvil sin verksamhet.

I en skrivelse av den 27 november 1995 svarade Spaniens regering på kommissionens anmodan om klargörande och hävdade att den andra operatören själv kunde upprätta sin egen infrastruktur och även utnyttja den infrastruktur som upprättats av Retevisión och Correos y Telégrafos som ett alternativ till Telefónica de Españas nätverk. Vidare hävdades att Spaniens regering inte hade mottagit någon förfrågan om direkt sammankoppling samt att frågan om sänkta taxor skulle komma att undersökas under 1996.

Vid ett möte den 16 januari 1996 mellan Spaniens regering och kommissionen, hävdade Spaniens regering att det skulle vara omöjligt att rätta till obalansen mellan Telefónica de España och den andra operatören bara genom att ålägga Telefónica de España att erlägga samma engångsbelopp på 85 miljarder pesetas. Spaniens regering föreslog att en möjlig lösning skulle vara att sänka sammankopplingstaxorna under de 15 år som licensen gäller för. Sänkningen skulle gälla för både Telefónica de España och den andra operatören. Det hävdades att beslut om sänkningar skulle komma att fattas i september 1996 och att det skulle bli upp till 25 %-iga sänkningar av taxorna.

Kommissionen stod fast vid åsikten att detta inte skulle förändra obalansen mellan de två operatörerna.

I en skrivelse av den 23 april 1996 anmodade kommissionen formellt Spaniens regering att antingen

i) återbetala engångsbeloppet till den andra operatören eller vidta andra åtgärder för att korrigera obalansen, eller

ii) framlägga sina synpunkter på kommissionens argument.

I en skrivelse av den 30 maj 1996 anmodade kommissionen Telefónica de España att framlägga synpunkter på kommissionens skrivelse till Spaniens regering av den 23 april 1996. En kopia av skrivelsen med den formella underrättelse av den 3 april 1996 bifogades.

Vid ett möte den 28 april 1996 mellan Spaniens regering och kommissionen föreslog Spaniens regering att obalansen mellan Telefónica de España och den andra operatören skulle kunna utjämnas om Telefónica de España överförde kostnaderna för driften av TRAC-projektet (Tecnologia Rural de Acceso Celular, dvs. access till cellulär teknik för landsbygdsområden) till sin avdelning för mobiltelefoni, Telefónica Servicios Móviles. Inom ramen för denna tjänst betalar kunder i glesbygdsområden fasta taxor till Telefónica de España för sammankoppling med det fasta telenätet med hjälp av mobil analog teknik och infrastruktur. Kommissionen har undersökt detta förslag och i skrivelserna av den 29 april 1996 och den 10 maj 1996 begärde kommissionen ytterligare upplysningar för att kunna göra en fullständig bedömning av förslaget. När det inte kommit något svar på någon av skrivelserna skickade kommissionen en påminnelse den 3 juni 1996. Genom en skrivelse av den 7 juni 1996 tillhandahöll Spaniens regering en del av de upplysningar som begärts. Emellertid innehöll de inlämnade upplysningarna inte tillräckliga uppgifter om vilka de reella kostnaderna för TRAC-projektet skulle bli för Telefónica Servicios Móviles. Följaktligen kunde kommissionen inte göra någon bedömning av i vilken utsträckning förslaget skulle innebära att jämvikten mellan de båda GSM-operatörerna återställs.

Vid ett möte mellan Spaniens regering och kommissionen den 9 juli 1996 påpekade kommissionen att denna fråga inte hade lösts och Spaniens regering skulle komma med ett nytt förslag. Fram till

dags dato har kommissionen inte erhållit något svar på den formella underrättelsen av den 23 april 1996 och Telefónica de España har inte lämnat några synpunkter på den formella underrättelsen av den 23 april 1996 och Spaniens regering har inte kommit med några ytterligare förslag.

KOMMISSIONENS BEDÖMNING

Artikel 90.1

(10) I artikel 90.1 föreskrivs att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla åtgärder som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet konkurrensreglerna.

Telefónica de España är ett offentligt företag som har givits ensamrätt att driva det fasta telenätet och tillhandahålla taltelefonitjänster samt analoga mobila radiotelefonitjänster. Genom licensavtalet har Telefónica de España också rätt att driva ett mobilt GSM-radiotelefoninät, vilket är att betrakta som en särskild rättighet eftersom denne operatör inte valts ut enligt objektiva och icke-diskriminerande kriterier.

Att den andre operatören ålades att betala ett engångsbelopp utgör en statlig åtgärd enligt artikel 90.1.

Artikel 86

Den relevanta marknaden

(11) Den relevanta marknaden är marknaden för drift av digitala, cellulära, mobila radiotelefonitjänster. Denna marknad bör skiljas från marknaden för fast taltelefoni samt från marknaden för andra mobila telekommunikationstjänster.

(12) Kommissionen definerar marknaden för taltelefoni i direktiv 90/388/EEG. I direktivet görs åtskillnad mellan "tjänster som helt eller delvis består av att överföra och sända signaler på det allmänt tillgängliga telenätet" och mobila radiotelefonitjänster vilka inte omfattas av direktivet.

(13) Taltelefoni är i enlighet med det direktivet den huvudsakliga tjänst som tillhandahålls över det allmänt tillgängliga fasta telenätet, dvs. mellan definierade nätanslutningspunkter. Anslutningspunkterna definieras som "alla fysiska anslutningar och deras tekniska uppkopplingspecifikationer". När det gäller mobilkommunikation befinner sig anslutningspunkten däremot i radiogränssnittet mellan det mobila telenätets basstation och den mobila stationen, vilket innebär att det inte finns någon fysisk anslutningspunkt. Definitionen av taltelefonitjänster så som den anges i artikel 1 i direktivet är därför inte tillämplig på mobiltelefonitjänster.

(14) För att en produkt skall kunna anses utgöra en avgränsad marknad som är tillräckligt differentierad från andra marknader bör den, i enlighet med Europeiska gemenskapernas domstols rättspraxis [1] kunna individualiseras genom de särskilda egenskaper som skiljer den från andra produkter såtillvida att den endast i ringa grad är utbytbar med dem och endast utsatt för en obetydlig konkurrens från dem.

Det är tveklöst så att utbytbarheten mellan mobilradiotelefoni och telefoni som bjuds ut över ett fast nät är nästan obefintlig. De användare som tecknar ett abonnemang för en biltelefon eller en bärbar telefon avslutar vanligen inte det abonnemang som de tidigare tecknat för en telefon som installerats hemma eller på arbetet. Den mobila radiotelefonin utgör alltså en ny tjänst som kompletterar den traditionella telefonen utan att ersätta den. Denna differentiering framgår också av en mycket betydande prisskillnad.

Man kan visserligen förutse att en större utbredning av mobilradiotelefonin på sikt kommer att leda till ett enda telekommunikationssystem som omfattar olika för närvarande avgränsade marknader. Villkoren för tillämpningen av artikel 86 bör emellertid utvärderas på grundval av nuvarande efterfråga och inte på grundval av en eventuell utveckling i en obestämd framtid.

(15) Efter att ha fastslagit att mobilradiotelefonin, med hänvisning till de skäl som anges ovan, inte bör anses vara en del av marknaden för taltelefonitjänster på allmänt tillgängliga nät, återstår det att avgöra om och i vilken grad det vore berättigat att göra åtskillnad mellan cellulära mobilradiotelefonitjänster grundade på GSM-standarden, vilka är föremål för detta beslut (och som Telefónica de España i Spanien gett varumärket Movistar), och analoga, cellulära radiotelefonitjänster (som Telefónica de España i Spanien gett varumärket Moviline).

Kommissionen noterar att cellulär GSM-mobilradiotelefoni inte endast är en teknisk utveckling av det äldre konceptet med analog, cellulär radiotelefoni. Förutom de fördelar som GSM erbjuder i fråga

[1] Dom av den 14 februari 1978, mål 27/76, United Brands mot kommissionen, [1978] Rec. 207.

om röståtergivningskvalitet och effektivare användning av den tillgängliga frekvensbandbredden (som gör det möjligt att inom samma tilldelade frekvensområde öka antalet användare betydligt) erbjuder denna tjänst nya funktioner, vilka beskrivs nedan, och som motsvarar behov som endast en del av mobilradiotelefonianvändarna har:

i) GSM grundar sig på en gemenskapsstandard och är avsedd att vara alleuropeisk. Förutsatt att bilaterala avtal, så kallade "roaming agreements", har slutits mellan olika nätoperatörer, ger detta system varje användare möjlighet att ringa från sin mobiltelefon, också utanför den operatörs nationella territorium med vilken användaren har tecknat abonnemang, inom hela det territorium som medlemmarna i "GSM Memorandum of Understanding" täcker, både i Europa och i andra delar av världen. För vissa användare som, av yrkesmässiga skäl, endast använder mobila radiotelefonitjänster inom det nationella territoriet eller inom en region, är denna nya kapacitet inte av intresse. För andra kan den däremot vara ett skäl för att teckna abonnemang.

ii) Utöver överföring av taltelefoni via GSM, ger GSM-tjänsten också möjlighet till överföring av datauppgifter med hög hastighet och uppfyller därmed särskilda behov som endast en del av den faktiska potentiella kundkretsen för mobila radiotelefonitjänster har.

iii) Den digitala kodningen av meddelandena gör det möjligt att garantera ett skydd mot samtalsavlyssning som är mycket överlägset motsvarande skydd inom det analoga systemet; även detta är en fördel som berör endast en del av användarna (särskilt affärskunder).

iv) Den digitala tekniken gör det möjligt att erbjuda en hel rad avancerade teletjänster som inte kan erbjudas på ett analogt nät (eller som endast kan erbjudas till betydligt högre kostnad). Häri inbegrips nummerpresentation, röstbrevlåda (inklusive ett system för överföring av korta meddelanden – SMS), samt tjänster för krypterat tal.

Mot denna bakgrund förefaller det inte möjligt att på kort sikt helt ersätta den analoga radiotelefonin med GSM-systemet. Det är tvärtom troligt att även om man kan observera en övergång bland kunderna från det ena systemet till det andra, kommer de två systemen att fortsätta existera sida vid sida under flera år till [1] eftersom de i hög grad fyller olika behov. Det förefaller för övrigt som om vissa operatörer fortsätter att investera i det analoga nätet även i de länder där GSM-systemet är fullt funktionsdugligt.

(16) På grund av ovanstående omständigheter och under nuvarande förhållanden samt med hänsyn tagen till marknadens utvecklingsmöjligheter, finns det således anledning att betrakta GSM-radiotelefonitjänsterna som en marknad som förmodligen även utgör en avgränsad marknad i förhållande till marknaden för analog mobiltelefoni.

Slutsatserna av den rättsliga bedömningen skulle under alla omständigheter inte bli annorlunda, även om analog radiotelefoni och GSM endast skulle utgöra två delar av samma marknad. Som framgår nedan (punkt 21) skulle detta endast medföra en något annorlunda formulering av det första antagandet om överträdelse.

(17) I överensstämmelse med domstolens rättspraxis utgör denna marknad, som för närvarande sträcker sig över hela Spaniens territorium, en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

Dominerande ställning

(18) Enligt domstolens rättspraxis kan ett företag som innehar ett i lag reglerat monopol för tillhandahållande av vissa tjänster inneha en dominerande ställning i enlighet med artikel 86 i fördraget [2]. Detta är fallet med Telefónica de España och dess helägda dotterbolag Telefónica Servicios Móviles, som tills helt nyligen var de enda företag som lagenligen kunde erbjuda ett allmänt tillgängligt telenät, taltelefonitjänster och analoga radiotelefonitjänster i Spanien, det vill säga tre marknader på vilka företagen således innehar en dominerande ställning. Såsom anges ovan kommer den licens som Retevisión nyligen fick för att bedriva verksamhet på denna marknad för taltelefoni och underliggande infrastrukturer inte på länge att ha någon större inverkan på den marknadsandel som Telefónica de España har.

Missbruk av dominerande ställning

(19) Domstolen har påpekat att "ett sunt icke-snedvridet konkurrenssystem så som det föreskrivs i fördraget förutsätter att de olika rörelseidkarna garanteras lika möjligheter" [3].

Lika möjligheter för rörelseidkaren är viktigt framför allt när det gäller nya aktörer på en marknad där en dominerande aktör från en besläktad, men avgränsad, marknad håller på att etablera sig, vilket är fallet med Telefónica de España och dess dotterföretag Telefónica Servicios Móviles.

[1] Ministerbeslut av den 13 mars 1995, Boletín Oficial del Estado, nr 101, 28.4.1995, s. 12573.

[2] Dom av den 3 oktober 1985, mål C-311/84, Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) SA mot Compagnie luxemburgeoise de télédiffusion (CLT) SA och Information publicité Benelux (IPB) SA, [1985] Rec. 3261.

[3] Dom av den 19 mars 1991, mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, [1991] Rec. I-1223, punkt 51, s. 1271.

(20) Telefónica de España åtnjuter redan betydande fördelar när det gäller att uppnå en dominerande marknadsandel på marknaden för GSM-radiotelefoni:

i) En tidsmässig fördel: företaget började utveckla sitt nät före den andra opertören och kan därför erbjuda en bättre geografisk täckning; det började erbjuda sina tjänster den 1 juli 1995, medan den andra operatören började erbjuda sina tjänster den 3 oktober 1995.

ii) Potentiella kunder: i oktober 1996 hade Telefónica de España 1 235 690 abonnenter för sina analoga radiotelefonitjänster Moviline och företaget får 10 000 – 20 000 nya abonnenter varje månad. De abonnenter som redan finns hos Moviline, den analoga tjänsten, kan utgöra en bas av potentiella abonnenter för Movistar, GSM-tjänsten.

iii) Ett befintligt distributionsnät: nätet är känt hos allmänheten eftersom Telefónica de España kan bjuda ut sin GSM-tjänst genom sitt Moviline-distributionsnät.

iv) Särskilt förmånlig information: Telefónica de España har tack vare sin erfarenhet genom Moviline erhållit detaljerad information om de spanska abonnenternas telefonvanor avseende såväl användarkategorier som regioner. På grund av att företaget dessutom åtnjuter en dominerade ställning för att tillhandahålla fasta förbindelser för GSM-nätoperatörerna, kommer det också i fortsättningen att erhålla viktig information om samtalstrafiken. I verkligheten finns det för närvarande inget realistiskt alternativ till Telefónica de Españas nät för den andra operatören.

v) Stordriftsfördelar på infrastrukturområdet: Telefónica de España var fram till juni 1996 den enda licensinnehavaren på området för fast taltelefoni och är för närvarande den enda operatören på den marknaden. Fram till den 3 oktober 1995 var Telefónica de España också den enda operatören på området för mobiltelefoni. Detta innebär att Telefónica de España har haft tillgång till platser och antenner för att sätta upp ett GSM-nät som konkurrenten inte har tillgång till. Dessutom subventionerar vissa autonoma regioner utvecklingen av analoga radiotelefoninät i områden som har ett otillräckligt trådnät (TRAC-projektet).

Den andra operatören verkar under svårare förhållanden än Telefónica de España till fjöld av den engångsbetalning som nämns ovan.

Telefónica de España skulle inte, utan att bryta mot artikel 86, kunna utsträcka sin dominerande ställning på marknaden för analog tråd- eller mobiltelefoni till marknaden för GSM-radiotelefoni genom att pålägga sin konkurrent ökade kostnader, t. ex. genom att avkräva avgifter för sammankoppling som inte står i relation till kostnaderna. Samma analys skulle gälla om det fanns endast en marknad för alla tjänster inom området för radio- och mobiltelefoni och Telefónica de España stärkte sin ställning på marknaden på samma sätt.

(21) I enlighet med artikel 90.1 i EG-fördraget måste Spanien avstå från att vidta åtgärder som, genom att öka kostnaderna för marknadsinträdet för den enda konkurrenten till ett offentligt företag på en marknad som nyligen öppnats för konkurrens, i betydande grad snedvrider denna konkurrens. På grund av den ytterligare finansiella börda som läggs på det enda konkurrerande företaget kommer i själva verket Telefónica de España att stå inför valet mellan två marknadsstrategier, vilka bägge innebär en överträdelse av artikel 90.1 i förening med artikel 86. Dessa marknadsstrategier är antingen i) att utvidga eller förstärka sin dominerande ställning, eller ii) att begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling enligt artikel 86 b.

i) Utvidgning ([1]) eller förstärkning av det offentliga företagets dominerande ställning

Det engångsbelopp på 85 miljarder pesetas som den andre opertören på marknaden betalat måste med nödvändighet skrivas av mot de framtida intäkterna. Den andre operatören kommer därför att få svårigheter att kunna konkurrera med den förste operatören med hjälp av rabatterade taxor. Den förste operatören, Telefónica de España, som inte behöver skriva av motsvarande belopp, och som för övrigt, som följd av sin dominerande ställning på infrastrukturmarknaden, känner till den andre operatörens kostnadsstruktur, skulle på så sätt kunna uppmuntras till att, genom att tillämpa lägre taxor, utvidga sin nuvarande dominerande ställning på infrastrukturmarknaden och marknaden för analog mobiltelefoni till att också omfatta marknaden för GSME-mobiltelefoni. Med endast en marknad för radiotelefonitjänster, skulle Telefónica de España stärka sin dominerande ställning på marknaden i stället för att utvidga den.

Dessutom skulle Telefónica de España till exempel kunna använda besparingen på 85 miljarder pesetas till att utvidga sitt distributionsnät, tillämpa en aggressiv prissättning för sina tjänster

([1]) Se t. ex. dom av den 17 november 1992, förenade målen C-271/90, C-281/90 och C-289/90, Spanien, Belgien och Italien mot kommissionen. [1992] Rec. I-5883, punkt 36.

på GSM-marknaden i det fall den möter konkurrens från den andre operatören, ge potentiella abonnenter specialerbjudanden eller ha intensiva reklamkampanjer. Valet av denna strategi, som föranletts av den statliga åtgärden, skulle kunna hota den andre operatörens lönsamhet.

Telefónica de España befinner sig på så sätt i en situation där det skulle kunna utvidga eller förstärka sin dominerande ställning tack vare den konkurrensfördel det fått på grund av den snedvridning av kostnadsstrukturen som engångsbeloppet har medfört. Detta innebär att den statliga åtgärden strider mot artikel 90 i förening med artikel 86.

ii) Begränsning av produktion, marknader och teknisk utveckling enligt artikel 86 b

Kravet att betala in 85 miljarder pesetas kommer att försena den nya operatörens investeringar, eftersom den del av startkapitalet måste användas till att betala engångsbeloppet och därför kan användas varken för lämpliga investeringar i nätutveckling eller för att sänka taxorna. Den andre operatören måste i själva verket öka sitt kapital med cirka 40 miljarder pesetas i februari 1996 för att kunna fullfölja sin investeringsplan.

Detta skulle kunna uppmuntra Telefónica de España att försena utvecklingen av nätet för GSM-radiotelefoni och koncentrera sina insatser till det analoga Moviline-systemet. Moviline-systemet är mer attraktivt eftersom huvvuddelen av investeringarna redan är avskrivna och eftersom det har större täckningsgrad.

Initialinvesteringen för att upprätta ett GSM-nät i Spanien uppgår till cirka 250 miljarder pesetas. När engångsbetalningen läggs till initialinvesteringen ökar alltså den andre operatöners finansieringsbehov med mer än en tredjedel. Det faktum att de som ansökte om den andra licensen var medvetna om den kommande snedvridningen av konkurrensen på den spanska GSM-marknaden till förmån för Telefónica de España minskar inte obalansen. De företag som ville träda in på marknaden hade inget annat val än att ta med detta handikapp i beräkningen i sin affärsplan.

I det andra antagandet känner Telefónica de España, vilket redan påpekats, på grund av sin dominerande ställning när det gäller infrastrukturmarknaden till den andre operatörens kostnadsstruktur och skulle därmed kunna ledas att behålla högre taxor för sina GSM-tjänster än vad som skulle ha varit fallet utan den statliga åtgärden i fråga. Detta skulle kunna innebära en begränsning av produktionen, marknaden och den tekniska utvecklingen enligt artikel 86 b av GSM-tjänsten, som bygger på en mer avancerad teknik, till förmån för den äldre analoga tjänsten. Detta skulle försena utvecklingen mot personlig kommunikation som kombinerar mobila och fasta nät. Denna utveckling kan endast förverkligas om taxorna för mobilkommunikation sänks väsentligt.

Det som gör att Telefónica de España skulle kunne agera på detta sätt är att företaget dels åtnjuter en gynnsam position genom sitt monopol när det gäller Moviline-systemet och att det beviljas tillräckliga frekvensområden för att det skall kunna fortsätta med denna tjänst, dels att den spanska regeringen ekonomiskt straffar det enda företag som har licens att upprätta en konkurrerande GSM-tjänst. Den försenade lanseringen av GSM och den begränsning av den tekniska utvecklingen som orsakas av detta, som är till nackdel för konsumenterna, komma därför att bero på den statliga åtgärden i fråga, det vill säga det engångsbelopp på 85 miljarder pesetas som endast krävs av den andre operatören.

Kommissionen har gjort en liknande analys i ett ärende som berör ett engångsbelopp i Italien. Efter att utan resultat ha begärt korrigerande åtgärder, fattade kommissionen beslut 95/489/EG riktat till Italien enligt artikel 90.3 i EG-fördraget [1]. Kommissionen har sedan dess underrättats om att sådana korrigeranda åtgärder har vidtagits eller håller på att vidtas.

Enligt domstolens rättspraxis [2] föreskrivs i artikel 90.1 att medlemsstaterna inte skall vidta åtgärder som kan antas leda till att företaget bryter mot de bestämmelser som denna hänvisar till, dvs. i detta ärende särskilt dem som föreskrivs i artikel 86.

Den berörda statliga åtgärden står i bägge fallen i strid med artikel 90.1 i förening med artikel 86 i fördraget.

[1] EGT nr L 280, 23.11.1995, s. 49.

[2] Se till exempel dom av den 23 april 1991, mål C-41/90, Höfner mot Macrotron, [1991] Rec. I-1979, samt domarna av den 18 juni 1991, mål C-260/89, EPT mot Dimotiki Etairia Pliroforissis m. fl., [1991] Rec. I-2925, och av den 5 oktober 1994, mål C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle mot Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, [1994] Rec. I-5077.

(22) Det ansvar som läggs på medlemsstaterna enligt artiklarna 86 och 90.1 i fördraget kan endast åberopas om beteendet hos företaget i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. I detta fall kan handeln mellan medlemsstaterna påverkas av följande anledningar:

Det är troligt att varje utvidgning eller förstärkning av Telefónica de Españas dominerande ställning, liksom varje begränsning i produktionen, marknaderna eller den tekniska utvecklingen i samband med GSM kommer att försena sänkningen av taxorna för GSM-telefoni. Om engångsbetalningen på 85 miljarder pesetas inte hade krävts av den andre operatören, skulle priskonkurrensen ha varit större sedan GSM-tjänster infördes i Spanien och GSM-taxorna skulle ha sjunkit snabbare.

— Om GSM-taxorna inte sjunker så snabbt som de skulle ha gjort utan den statliga åtgärden i fråga, är det mindre troligt att invånarna i andra medlemsstater skaffar sig ett abonnemang hos spanska operatörer som ett alternativ till andra nationella eller utländska operatörer. Ett företag eller en individ som är etablerad i till exempel Frankrike skulle inte uppmuntras att köpa spanska SIM-kort och använda dem genom länkningsavtal ("roaming") mellan operatörerna, eftersom de spanska taxorna inte är så låga som de skulle ha varit om den andre operatören hade kunnat använda engångsbetalningen på 85 miljarder pesetas till att sänka sina taxor.

— Alla förseningar i utvecklingen mot lägre taxor skulle i sin tur försena utvecklingen av mobiltelefonitjänster, till exempel i form av förbättrade abonnemangsvillkor och mer avancerade tekniska tjänster, så som beskrivs ovan. Detta skulle avskräcka företag som är etablerade i andra medlemsstater med effektiv konkurrens och nya tjänster från att nyinvestera på marknaden för spanska telekommunikationstjänster.

— Alla förseningar i den stadiga utvecklingen mot lägre taxor skulle generellt kunna minska den internationella telefontrafiken från Spanien. Företag och enskilda med stora behov av mobil telekommunikation skulle tendera att skaffa sig abonnemang hos utländska operatörer eller använda "callback"-system för att utnyttja lägre taxor i andra medlemsstater.

— Alla begränsningar av produktion, marknader eller teknisk utveckling enligt artikel 86 b skulle kunna minska importen från andra medlemsstater av den tekniska utrustning som krävs för att investera i marknaden för mobiltelefoni och för att utveckla en effektiv infrastruktur.

De spanska myndigheternas svar

(23) De spanska myndigheterna har anfört följande till kommissionen:

— Enligt villkoren i den licens som den spanska regeringen beviljade Telefónica de España år 1991 skulle Telefónica de España få en GSM-licens utan ytterligare betalning. Därför kan den spanska regeringen inte kräva någon engångsbetalning på 85 miljarder pesetas av Telefónica de España. Dessutom hävdar den spanska regeringen, samtidigt som den avvisar kompensationsprincipen, att det relevanta beloppet för engångsbetalningen är 50,095 miljarder och inte 85 miljarder pesetas. De anser att Airtel Móvil själva ökade den ursprungsligen begärda avgiften från 50,095 miljarder till 85 miljarder pesetas utan att de var tvungna att göra detta. Den lägsta lagstadgade engångsbetalningen uppgick till 50,095 miljarder pesetas och det var därför detta belopp som borde beaktas.

— Den spanska regeringen ansåg att en möjlig lösning skulle vara att sänka avgifterna för sammankoppling under licensens 15-åriga giltighetstid.

— Slutligen föreslog den spanska regeringen att kostnaderna för TRAC-projektet skulle överföras till Telefónica Servicios Móviles.

Kommissionens bedömning

(24) Även om den andre operatören själv erbjöd sig att betala en avgift på 85 miljarder pesetas håller kommissionen inte med om att engångsbetalningen var frivillig, eftersom den var ett av kriterierna i anbudsförfarandet [1]. Varje anbudsgivare måste erbjuda en så hög engångsbetalning som möjligt inom ramen för sin affärsplan för att ha en chans att få licensen. Det gavs bara vissa indikationer på vilken relativ vikt som skulle läggas vid olika urvalskriterier. Den tydligaste indikationen gällde den lägsta

[1] Dom av den 26 april 1994, mål C-272/91, kommissionen mot Italien, [1994] Rec. I-1409, punkt 11.

tillåtna engångsbetalningen. Engångsbetalningen var alltså ett av urvalskriterierna vid anbudsförfarandet och den skulle betalas samma dag som licensen undetecknades. Det är därför uppenbart att detta är en statlig åtgärd.

Förfarandet för att välja ut den andra GSM-operatören var i själva verket inte ett anbudsförfarande som sådant. Urvalsförfarandet i Spanien var en hybrid av jämförbara bud och anbud. Ett av de kriterier som jämfördes var den engångsbetalning som anbudsgivarna erbjöd för att få den andra licensen. Det var därför svårt att veta vilket av kriterierna som var avgörande. Eftersom licensen beviljades utan att detta tydligt angavs, tyder detta på att vilket som helst av kriterierna kan ha varit av vikt.

(25) Kommissionen håller inte med om att den sänkning av avgifterna för sammankoppling som den spanska regeringen föreslagit skulle återställa de likvärdiga konkurrensvillkoren, eftersom den spanska regeringen vägrade att överväga en asymmetrisk sänkning av taxorna till förmån för enbart den andre operatören.

(26) Den lösning som den spanska regeringen föreslagit, där investeringar i TRAC-projektet skulle kompensera för den andre operatörens engångsbetalning, kan inte godtas under nuvarande omständigheter.

Bortsett från att de upplysningar som de spanska myndigheterna lämnat inte är tillräckliga för att en ordentlig bedömning skall kunna göras av den faktiska inverkan av sådana investeringar och att det inte går att säkerställa att denna lösning är något annat än en ren räkneoperation, är lösningen i detta skede oacceptabel, eftersom Telefónica de Españas tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster, vilka även omfattar avlägsna områden, redan kompenseras under nuvarande omständigheter genom de ensam- eller specialrättigheterna som beviljats Telefónica de España. Dessutom fick Telefónica de España offentliga subventioner, däribland stöd från Europeiska regionala utvecklingsfonden (ERUF), för att genomföra TRAC-systemet.

(27) Kommissionen anser att det krav som ställs enbart på den andre spanska operatören att göra engångsbetalningen på 85 miljarder pesetas i detta fall är oförenligt med artikel 90.1 i förening med artikel 86.

(28) Målet med detta förfarande är att få den spanska regeringen att vidta nödvändiga åtgärder för att undanröja snedvridningen av konkurrensen. Den mest uppenbara åtgärden skulle vara att betala tillbaka engångsbetalningen till Airtel Móvil.

Kommissionen skulle, på den spanska regeringens begäran, vara beredd att undersöka om överträdelsen kan upphöra genom att andra korrigerande åtgärder vidtas, under förutsättning att de verkligen uppväger den andre operatörens underläge.

Det ankommer på den spanska regeringen att inkomma med förslag i ärendet. Den spanska regeringen bör i varje fall tillhandahålla en sifferberäkning rörande dessa förslag som visar att de utgör en faktisk kompensation för de 85 miljarder pesetas som den andre operatören har betalat.

Att kräva en likadan betalning av Telefónica Servicios Móviles skulle emellertid inte automatiskt kunna anses vara en lämplig kompensationsåtgärd under rådande omständigheter, och i synnerhet så länge som ingen kostnadsredovisning genomförs som skulle kunna garantera att betalningsbördan endast skulle läggas på Movistar.

(29) Vissa korrigerande åtgärder har redan nämnts under bilaterala samtal med den spanska regeringen, nämligen att

i) ge Airtel Móvil tillträde till Telefónica de Españas TACS 900 kunddatabas, samtidigt som skyddet av personliga uppgifter upprätthålls,

ii) göra en översyn av villkoren för taxorna på en asymmetrisk grund för sammankoppling med Telefónica de Españas kopplade telefonnät,

iii) ge både Telefónica Servicios Móviles GSM-tjänst och Airtel Móvil icke-diskriminerande tillgång till samma antal GSM-frekvenser, inklusive den allt snabbare liberaliseringen av GSM-frekvenser som Telefónica de España för närvarande använder för sina analoga tjänster,

iv) förlänga giltighetstiden för Airtel Móvils licens i linje med det spanska beslutet nyligen i fråga om kabeltevelicenser.

Att återkalla den licens som redan beviljats Airtel Móvil kan inte heller under några omständigheter betraktas som en lämplig åtgärd för att upphäva överträdelsen. Anledningen är att detta skulle eliminera den enda existerande konkurrenten till Telefónica Servicios Móviles på GSM-marknaden och att det monopol som Telefónica de España skulle åtnjuta för analog mobiltelefoni och GSM-tjänster

under den tid som krävs för att genomföra ett nytt anbudsförfarande, skulle försvåra konkurrensen ytterligare till följd av den extra tidsfördelen.

Artikel 90.2

(30) I artikel 90.2 i fördraget föreskrivs att företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall vara underkastade konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Den spanska regeringen har inte åberopat denna bestämmelser för att rättfärdiga betalningen av engångsbelopp som ålagts den andre operatören.

Kommissionen anser, för sin del, att ett undantag artikel 90.2 inte är berättigat i detta ärende, eftersom det inte finns några faktorer som gör det möjligt för den att dra slutsatsen att inbetalningen av engångsbeloppet kan motiveras av fullgörandet, rättsligt eller i praktiken, av en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse.

SLUTSATS

(31) Med beaktande av ovanstående anser kommissionen att den konkurrensmässiga nackdel som uppstår genom kravet på betalning av engångsbeloppet, som endas ålagts den andre operatören, för beviljandet av licens att driva ett GSM-nät i Spanien, utgör en överträdelse av artikel 90.1 i fördraget i förening med artikel 86.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Spanien skall vidta nödvändiga åtgärder för att undanröja den snedvridning av konkurrensen som orsakas av det engångsbelopp som Airtel Móvil SA har ålagts att betala och säkerställa lika konkurrensvillkor för GSM-operatörerna inom mobil radiotelefoni på den spanska marknaden senast den 24 april 1997 genom att

i) återbetala det engångsbelopp som Airtel Móvil ålagts att betala, eller

ii) efter kommissionens godkännande, vidta korrigerande åtgärder som i ekonomiska termer är likvärdiga med den inbetalning som den andre GSM-operatören gjort.

De åtgärder som slutligen vidtas får inte hämma den konkurrens som införts genom licensen till en andra GSM-operatör från den 29 december 1994.

Artikel 2

Spanien skall meddela kommissionen de åtgärder som det vidtagit inom tre månader efter dagen för anmälan av detta beslut.

Artikel 3

Detta beslut riktar sig till Konungariket Spanien.

Utfärdat i Bryssel den 18 december 1996.

På kommissionens vägnar

Karel VAN MIERT

Ledamot av kommissionen