II

*(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)*

# COMMISSIE

## BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

**van 18 december 1996**

**betreffende de aan de tweede exploitant van GSM-radiotelefonie in Spanje opgelegde voorwaarden**

**(Slechts de tekst in de Spaanse taal is authentiek)**

(97/181/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inzonderheid op artikel 90, lid 3,

Na per brief van 23 april 1996 de Spaanse autoriteiten en per brief van 30 mei 1996 de onderneming Telefónica de España SA in de gelegenheid te hebben gesteld om hun opmerkingen te maken met betrekking tot de bezwaren van de Commissie aangaande de aan Airtel Móvil SA opgelegde aanvangsbetaling,

Overwegende hetgeen volgt:

### DE FEITEN

#### De betrokken nationale maatregel

(1) De Spaanse regering heeft een aanvangsbetaling opgelegd als voorwaarde voor de toekenning van een tweede concessie voor de totstandbrenging en exploitering, op het Spaanse grondgebied, van een netwerk voor een openbare mobiele radiotelefoniedienst via het GSM (Global System for Mobile Communications) geheten paneuropese digitale systeem, hierna „GSM-dienst" genoemd.

Deze verplichting was opgenomen in artikel 9, lid 4, en in artikel 16 van het lastenkohier dat werd goedgekeurd bij ministerieel besluit van 26 september 1994 [1] doch geldt niet voor de openbare exploitant Telefónica de España.

#### De onderneming en de betrokken diensten

(2) Telefónica de España is een openbaar bedrijf zoals omschreven in artikel 2 van Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven [2].

De Spaanse regering heeft om drie redenen doorslaggevende zeggenschap over Telefónica de España:

i) de Spaanse staat is de grootste aandeelhouder van Telefónica de España. Op het tijdstip waarop de Commissie de procedure in deze zaak heeft ingeleid, bezat de Spaanse staat 31,8 % van het uitgegeven aandelenkapitaal. Thans heeft deze 21,16 % van de uitgegeven aandelen in handen. De overige aandelen zijn over ongeveer 300 000 aandeelhouders gespreid;

ii) de Spaanse regering heeft het recht om een vertegenwoordiger aan te duiden die het recht van veto heeft over de beslissingen van de raad van bestuur van Telefónica de España. Overeenkomstig artikel 2, lid 9, van koninklijk wetsbesluit 6/1996 van 7 juni 1996 [3] zal die functie eerst met ingang van 1 januari 1998 worden afgeschaft;

[1] BOE nr. 231 van 27. 9. 1994, blz. 29778.
[2] PB nr. L 195 van 29. 7. 1980, blz. 35.
[3] BOE nr. 139 van 8. 6. 1996, blz. 18975.

iii) krachtens de overeenkomst van 26 december 1991 die de concessie van dientsverlening tussen de centraleoverheidsdiensten en Telefónica de España beheerst (1), hierna „programmaovereenkomst" genoemd, beschikt de Spaanse regering over het recht om rechtstreeks 25 % van de leden van de raad van bestuur van Telefónica de España aan te duiden. Ingevolge dit recht en wegens het feit dat de Spaanse staat de grootste aandeelhouder is, werden 18 van de 25 huidige leden van de raad van bestuur, met inbegrip van de voorzitter, door de Spaanse regering aangeduid.

De aandelen van Telefónica de España zijn zowel op de Spaanse aandelenbeurzen als op die van New York, London, Frankfurt en Tokio genoteerd. In termen van omzet factureerde Telefónica de España 1 740,557 miljoen pta in 1995 met een winst van 133,200 miljoen pta. Daarmee behoort Telefónica de España tot de tien grootste telecommunicatieexploitanten ter wereld. Zij telt 69 570 werknemers en meer dan 16 miljoen abonnees.

Telefónica de España is bijgevolg een openbaar bedrijf of een onderneming waaraan de lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 90, lid 1, van het EG-Verdrag verleent.

(3) Op grond van de telecommunicatiewet 31/1987 van 18 december 1987 (2), hierna „de LOT" genoemd en de programmaovereenkomst verleent Telefónica de España in heel Spanje telecommunicatiediensten op het gebied van „transmissie", „eindgebruik" en „met toegevoegde waarde". Voor een aantal van die diensten (zoals spraaktelefoniediensten in de zin van artikel 1 van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie (3) was Telefónica de España de monopolieleverancier, terwijl er voor andere diensten (zoals GSM-diensten) reeds een beperkte concurrentie bestaat. Aan Telefónica de España samen met Ente Público Retevisión („Retevisión") en het Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, allebei openbare bedrijven, werden ook bijzondere rechten verleend om voor telecommunicatiediensten transmissiecapaciteit te leveren.

Op 7 juni 1996 werd het monopolie inzake spraaktelefonie en het oligopolie inzake corresponderende infrastructuur bij koninklijk wetsbesluit 6/1996 formeel afgeschaft. De Spaanse regering kan thans concessies verlenen aan nieuwe nationale of regionale exploitanten. Retevisión zal haar telecommunicatieactiviteiten aan een nieuw lichaam overdragen, waaraan een vergunning werd verleend om alle telecommunicatiediensten te verrichten en werd verplicht om 80 % van haar aandelen langs de weg van een beperkte inschrijving te privatiseren. Echter wordt niet verwacht dat het nieuwe lichaam vóór medio 1997 operationeel zal zijn.

Uit hoofde van de LOT en de programmaovereenkomst heeft Telefónica de España GSM-diensten kunnen verlenen zonder aan een of andere aanbestedingsprocedure te moeten deelnemen. In overweging 7 wordt hierop nader ingegaan. De Spaanse regering heeft aan Telefónica de España toestemming gegeven om haar licentie voor de verstrekking van mobiele — analoge en GSM- — telefoniediensten aan Telefónica Servicios Móviles SA, hierna „Telefónica Servicios Móviles" genoemd, een volledige dochteronderneming van Telefónica de España, over te dragen. Alle verwijzingen in deze beschikking worden geacht Telefónica de España te betreffen aangezien de licentie voor de exploitatie van GSM-radiotelefoniediensten oorspronkelijk aan deze was verleend.

(4) De digitale cellulaire mobiele telefonie volgens de GSM-norm is een dienst die recentelijk in Europa werd ontwikkeld en die het mogelijk maakt om van ongeacht welke plaats binnen de Gemeenschap en in sommige andere Europese landen oproepen te doen en te worden opgeroepen. Deze dienst, gebaseerd op het gebruik van digitale technologie, een code en een SIM (Subscriber Identity Module)-kaart, biedt meer mogelijkheden dan de meer traditionele radiotelefoniediensten die op basis van analoge technologie werken. De digitale technologie biedt immers niet alleen een betere kwaliteit maar ook de mogelijkheid van datatransmissie met hoge bitsnelheid; zij biedt een encryptiesysteem met een grotere vertrouwelijkheidsgraad en behoeft minder frequenties dan de analoge systemen. Daarnaast berust het GSM-systeem op gemeenschappelijke, communautaire normen in het kader van frequentiebanden die op communautair niveau zijn goedgekeurd en, in tegenstelling tot de analoge systemen die vaak tussen de verschillende lidstaten niet-compatibel zijn, kan het een van de paneuropese diensten worden waarvan de bevordering, overeenkomstig Aanbeveling 87/371/EEG van de Raad (4) een van de voornaamste beleidsdoelstellingen van de Europese Unie op het gebied van telecommunicatie vormt. Tenslotte zij erop gewezen dat de ontluikende markt van GSM-diensten bijzonder dynamisch is: volgens bepaalde studies zou het aantal gebruikers in West-Europa van iets meer dan een miljoen in 1993 tot 15 à 20 miljoen in het jaar 2000 kunnen stijgen (5).

(5) De Raad heeft op 25 juni 1987 Richtlijn 87/372/EEG inzake de voor een gecoördineerde invoering van openbare paneuropese digitale cellulaire mobiele communicatie te land in de Gemeenschap

(1) BOE nr. 20 van 23. 1. 1992, blz. 2132.
(2) BOE nr. 303 van 19. 12. 1987, in het bijzonder gewijzigd bij wet 32/1992 van 3 december 1992.
(3) PB nr. L 192 van 24. 7. 1990, blz. 10.
(4) PB nr. L 196 van 17. 7. 1987, blz. 85.
(5) „Scenario Mobile Communications up tot 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010", EUTELIS Consult, oktober 1993.

beschikbaar te stellen frequentiebanden (1) vastgesteld, waarbij de frequenties van 890-915 Mhz en 935-960 Mhz voor de invoering van het gemeenschappelijke systeem van digitale mobiele GSM-radiotelefonie worden gereserveerd. Deze gemeenschappelijke frequenties maken het mogelijk om verscheidene exploitanten met elkaar te laten concurreren. De commercialisering van de GSM-dienst nam in de Gemeenschap eind 1992 een aanvang; sindsdien hebben alle lidstaten met uitzondering van Luxemburg aan twee marktdeelnemers licenties verleend. Luxemburg heeft aangekondigd dat dat land dat ook zal doen. Zweden heeft drie GSM-licenties verleend.

De CEPT („Conférence Européenne des Postes et Télécommunications") die de nationale regelgevende overheden van 36 landen (waaronder Spanje) groepeert, heeft aanbevolen om de mededinging tussen exploitanten van GSM-diensten actief te bevorderen en de wettelijke hinderpalen af te schaffen (2).

(6) Duitsland, Griekenland, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk hebben reeds een vergunning verleend aan een derde marktdeelnemer om digitale cellulaire radiotelefoondiensten op een hogere frequentieband, overeenkomstig de DCS 1800-normen te exploiteren, of hebben besloten daartoe over te gaan. Uit hoofde van artikel 2 van Richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (3) dienen de lidstaten in elk geval vóór 1 januari 1998 vergunningen voor de exploitatie van mobiele systemen volgens de DCS 1800-norm toe te wijzen. Bovendien mogen de lidstaten geen beperkingen stellen aan combinaties van mobiele technologieën en systemen, en moet in alle omstandigheden rekening worden gehouden met de verplichting te zorgen voor daadwerkelijke mededinging tussen de onderscheiden exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren.

**Voorgeschiedenis**

(7) Overeenkomstig wet 32/1992 van 3 december 1992 tot wijziging van de LOT werd de markt voor GSM-diensten met ingang van 31 december 1993 geliberaliseerd. Dientengevolge wordt de verstrekking van GSM-diensten niet langer beschouwd als een „eindgebruik"-dienst waarvoor bijzondere of uitsluitende rechten kunnen worden verleend. GSM-diensten worden thans beschouwd als diensten „met toegevoegde waarde" hetgeen betekent dat daarbij de mededinging moet spelen.

Na deze wijziging van de LOT heeft de Spaanse regering koninklijk besluit 1486/1994 van 1 juli 1994 aangenomen (4), hierna „het KB" genoemd, dat de technische reglementering voor de verstrekking van mobiele automatische telecommunicatiediensten „met toegevoegde waarde" vaststelt. In artikel 2 van de technische reglementering (bijlage bij het KB) is bepaald dat er voor de verstrekking van GSM-diensten mededinging dient te zijn. Volgens artikel 4 van de technische reglementering zullen de GSM-diensten worden verstrekt door Telefónica de España en door een concurrerende licentiehouder. De eerste overgangsbepaling van de technische reglementering stelt de procedure vast volgens welke Telefónica de España een licentie kan verkrijgen zonder aan een aanbestedingsprocedure te moeten deelnemen.

In het KB is niet uitdrukkelijk in een aanvangsbetaling voor de GSM-licentie voorzien. In artikel 4, lid 4, onder a), van de technische reglementering is echter bepaald dat „een zo hoog mogelijke financiële bijdrage" één van de elementen is waarmee bij de toewijzing van de licentie aan een tweede exploitant rekening zal worden gehouden.

(8) Bij ministerieel besluit van 26 september 1994 (5) keurde de Spaanse regering het lastenkohier goed en besliste zij om voor de toekenning van een tweede licentie voor de verstrekking van GSM-diensten een aanbesteding uit te schrijven. De concessie van de tweede exploitant geldt voor 15 jaar en kan daarna met vijf jaar worden verlengd. De overige concessievoorwaarden zijn in het lastenkohier opgenomen.

Volgens de artikelen 9 en 16 van het lastenkohier moet aan de Schatkist een aanvangsbetaling van minstens 50 095 miljoen pta worden betaald. Voorts worden enige aanwijzingen gegeven over het relatieve gewicht van de verschillende elementen van het lastenkohier. Het laatste lid van artikel 16 had tot gevolg dat inschrijvingen voor bedragen lager dan 50 miljard pta automatisch zouden worden geëlimineerd.

Het Ministerie van Openbare Werken, Vervoer en Milieu heeft de concessie voor de tweede exploitant bij ministerieel besluit van 29 december 1994 (6) aan Airtel Móvil SA, hierna „Airtel Móvil" genoemd, toegekend (toen „Alianza Internacional de Redes Telefónicas SA" genoemd), niettegenstaande het feit dat haar aanvangsbetaling van 85 miljard pta lager lag dan het bod van de andere gegadigde (89 miljard pta).

(1) PB nr. L 196 van 17. 7. 1987, blz. 85.
(2) „Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services", CEPT/ECTRA (92) 57, blz. 17.
(3) PB nr. L 20 van 26. 1. 1996, blz. 59.
(4) BOE nr. 168 van 15. 7. 1994, blz. 22672.
(5) BOE nr. 231 van 27. 9. 1994, blz. 29779.
(6) BOE nr. 4 van 5. 1. 1995, blz. 464.

Volgens artikel 9 van het lastenkohier diende Airtel Móvil de volledige aanvangsbetaling te storten op het tijdstip waarop zij de concessieovereenkomst zou ondertekenen, te weten op 3 februari 1995. Diezelfde dag werd aan Telefónica de España een gelijkaardige GSM-licentie verleend zonder dat deze hiervoor ook maar enige betaling diende te verrichten.

(9) Bij schrijven van 6 februari 1995 verklaarde de Commissie bedenkingen te hebben met betrekking tot de voor de selectie van een tweede exploitant gevolgde procedure waarbij voor die tweede exploitant minder gunstige voorwaarden golden dan die voor Telefónica de España.

In een brief van 20 april 1995 lichtte de Spaanse regering de Commissie toe dat de omstandigheden waarin de concessie was verleend, de door Airtel Móvil verrichte aanvangsbetaling zouden compenseren.

Op 1 juli 1995 ving Telefónica de España aan met de commerciële exploitatie van haar GSM-dienst.

In een brief van 18 juli 1995 heeft de Commissie aan de Spaanse regering verduidelijkingen gevraagd over het recht om alternatieve telecommunicatienetwerken te gebruiken, over het recht op rechtstreekse doorverbinding met gehuurde lijnnetwerken en over de methodologie die bij de herziening van de tarieven voor interconnectie met het vaste netwerk zou worden gebruikt. Die verduidelijkingen waren nodig om de Commissie in staat te stellen na te gaan of deze elementen aan de tweede exploitant voordelen verschaffen die een tegenwicht vormen voor het concurrentienadeel als gevolg van het opleggen van de aanvangsbetaling aan de tweede exploitant.

Op 3 oktober 1995 namen de activiteiten van Airtel Móvil een aanvang.

Bij schrijven van 27 november 1995 antwoordde de Spaanse regering de Commissie dat de tweede exploitant zijn eigen infrastructuur kon creëren en als andere mogelijkheid dan het netwerk van Telefónica de España ook van de infrastructuur van Retevisión en deze van Correos y Telégrafos gebruik kon maken, dat de Spaanse regering geen verzoek had ontvangen om rechtstreekse interconnectie en dat in 1996 het probleem van tariefverminderingen zou worden behandeld.

In een vergadering van de Spaanse regering met de Commissie op 16 januari 1996 verklaarde de Spaanse regering dat het niet mogelijk was om het onevenwicht tussen Telefónica de España en de tweede exploitant weg te werken door van Telefónica de España een identieke aanvangsbetaling van 85 miljard pta te eisen. Een mogelijke oplossing bestond er volgens de Spaanse autoriteiten in dat de interconnectietarieven zouden worden verminderd voor de 15-jarige looptijd van de concessie. Die vermindering zou zowel voor Telefónica de España als voor de tweede exploitant gelden. Zij verklaarden tevens dat vanaf september 1996 er een verlaging van die tarieven met 25 % zou komen.

De Commissie bleef op haar standpunt dat dit voorstel geen verandering in het onevenwicht tussen de twee exploitanten zou brengen.

Bij schrijven van 23 april 1996 werd de Spaanse regering door de Commissie formeel aangemaand om:

i) hetzij de aanvangsbetaling aan de tweede exploitant terug te betalen of andere corrigerende maatregelen te nemen,

ii) hetzij haar opmerkingen inzake de argumenten van de Commissie in te dienen.

Bij brief van 30 mei 1996 verzocht de Commissie Telefónica de España haar opmerkingen in te dienen over haar brief van 23 april 1996 aan de Spaanse regering waabij een kopie werd gevoegd van de betrokken aanmaningsbrief van 23 april 1996.

In een vergadering op 28 april 1996 van de Spaanse regering met de Commissie werd door de Spaanse regering geopperd dat het onevenwicht tussen Telefónica de España en de tweede exploitant zou kunnen worden weggewerkt indien Telefónica de España de kosten voor de exploitatie van het „TRAC" („Technología Rural de Acceso Celular")-project naar haar afdeling voor mobiele telefonie, Telefónica Servicios Móviles, zou overbrengen. Het gaat hier om een dienstverlening waarbij Telefónica de España aan klanten in schaarsbevolkte gebieden in het binnenland vaste telefoontarieven aanrekent voor verbindingen met het openbare vaste telefoonnet met gebruikmaking van mobiele analoge technologie en infrastructuur. Dit voorstel werd door de Commissie onderzocht en bij brieven van 29 april 1996 en van 10 mei 1996 verzocht zij om bijkomende inlichtingen om haar beoordeling van het voorstel te kunnen vervolledigen. Toen die brieven zonder antwoord bleven, zond de Commissie op 3 juni 1996 een herinneringsbrief. In een schrijven van 7 juni 1996 gaf de Spaanse regering een aantal van de gevraagde inlichtingen. Die inlichtingen bevatten echter onvoldoende gegevens over de reële kostprijs van het TRAC-systeem voor Telefónica Servicios Móviles. Derhalve was de Commissie niet in staat om te beoordelen in hoeverre dit voorstel gelijke mededingingsvoorwaarden tussen de beide GSM-exploitanten zou scheppen.

In een op 9 juli 1996 gehouden vergadering van de Spaanse regering met de Commissie legde de Commissie er de nadruk op dat deze zaak nog niet was opgelost en dat de Spaanse regering een nieuw voorstel zou moeten doen. Tot op heden heeft de

Commissie geen antwoord ontvangen op haar aanmaningsbrief van 23 april 1996, werden door Telefónica de España over voornoemde brief geen opmerkingen ingediend en door de Spaanse regering geen verdere voorstellen gedaan.

## BEOORDELING VAN DE COMMISSIE

### Artikel 90, lid 1

(10) In artikel 90, lid 1, is bepaald dat met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, de lidstaten geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van het Verdrag en met name met die op het gebied van de mededingingsregels.

Telefónica de España is een overheidsbedrijf waaraan exclusieve rechten zijn toegewezen voor de exploitatie van het vaste telecommunicatienet en voor het aanbieden van spraaktelefoondiensten en van mobiele analoge radiotelefoondiensten. De programmaovereenkomst geeft Telefónica de España ook het recht om een netwerk voor GSM-radiotelefonie te exploiteren, dat als een bijzonder recht moet worden beschouwd aangezien die exploitant niet op grond van objectieve en niet-discriminerende criteria werd aangewezen.

Het opleggen van een aanvangsbetaling aan de tweede exploitant is een overheidsmaatregel in de zin van artikel 90, lid 1.

### Artikel 86

*De relevante markt*

(11) De relevante markt is die van de digitale cellulaire mobiele radiotelefoondiensten. Deze markt dient te worden onderscheiden van die van de vaste spraaktelefonie alsmede van die van alle overige diensten van mobiele telefooncommunicatie.

(12) De Commissie heeft de markt van de spraaktelefonie omschreven in haar Richtlijn 90/388/EEG. In deze richtlijn wordt het onderscheid gemaakt tussen „de diensten die geheel of gedeeltelijk bestaan in de overdracht en routering van signalen" over het openbare telecommunicatienet en de diensten van mobiele radiotelefonie die niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

(13) Spraaktelefonie in de zin van die richtlijn is de voornaamste dienst die wordt geleverd op het vaste openbare net, dit wil zeggen tussen gedefinieerde netwerkaansluitpunten. Deze aansluitpunten worden omschreven als „het geheel van fysieke verbindingen, met hun technische toegangsspecificaties". Bij de mobiele communicaties bevindt het aansluitingspunt zich daarentegen op de radio-interface tussen het basisstation van het mobiele net en het mobiele station, hetwelk betekent dat er geen fysiek aansluitpunt is. De omschrijving van spraaktelefoondiensten zoals die in artikel 1 van de richtlijn is opgenomen kan daarom niet op de mobiele telefoondiensten worden toegepast.

(14) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen [1] moet een product, om als product van een voldoende gedifferentieerde markt te kunnen gelden, zich op grond van zijn bijzondere kenmerken dermate duidelijk van andere producten onderscheiden, dat vervanging hierdoor slechts in beperkte mate mogelijk is en de concurrentie ervan nauwelijks merkbaar.

Het is duidelijk dat er vrijwel geen onderlinge verwisselbaarheid bestaat tussen mobiele radiotelefonie en telefonie die vanuit het vaste net wordt aangeboden: de gebruikers die een abonnement nemen voor een autotelefoon of voor een draagbare telefoon beëindigen normalerwijs niet het abonnement dat zij destijds voor een bij hen thuis of op hun arbeidsplaats geïnstalleerde telefoon hebben genomen. De mobiele radiotelefonie vormt dus een nieuwe dienst die de traditionele telefoondienst aanvult, doch deze niet vervangt. Deze differentiëring uit zich ook in een aanzienlijk prijsverschil.

Het is weliswaar mogelijk dat op termijn een grotere verspreiding van de mobiele radiotelefonie tot één enkel telecommunicatiesysteem zal leiden dat de verschillende, thans nog onderscheiden markten omvat. De toepassingsvoorwaarden van artikel 86 moeten evenwel worden beoordeeld op basis van de huidige vraag en niet op die van zich in een nog onbepaalde toekomst mogelijk aftekenende evoluties.

(15) Al dient om de hierboven vermelde redenen te worden geoordeeld dat de mobiele radiotelefonie niet behoort tot de markt van de spraaktelefonie die vanuit het vaste net wordt aangeboden, dan nog staat te beoordelen of en in welke mate het gerechtvaardigd zou zijn een onderscheid te maken tussen de diensten van op de GSM-norm berustende cellulaire mobiele radiotelefoondiensten (in Spanje door Telefónica de España op de markt brengt onder de naam „Movistar"), die het voorwerp van de onderhavige beschikking vormen, en de diensten van analoge cellulaire radiotelefonie (die Telefónica de España in Spanje op de markt brengt onder de naam „Moviline").

In dit verband merkt de Commissie op dat de cellulaire mobiele GSM-radiotelefonie meer is dan een technische ontwikkeling van de oudere analoge cellulaire radiotelefonie. Naast de voordelen van het GSM-systeem op het gebied van kwaliteit van de weergave van de stem of inzake een beter gebruik van het beschikbare spectrum (dat het

[1] Arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands tegen Commissie, Jurisprudentie 1978, blz. 207.

mogelijk maakt om het aantal gebruikers voor een zelfde frequentie aanzienlijk te verhogen) biedt deze dienst nieuwe mogelijkheden die slechts aan de behoeften van een gedeelte van de gebruikers van mobiele radiotelefonie beantwoorden:

i) gebaseerd op een communautaire norm heeft de GSM-dienst een paneuropese roeping. Wanneer tussen netwerkexploitanten roaming agreements worden gesloten, geeft dit systeem de gebruikers de mogelijkheid om via hun telemicrofoon te bellen, zelfs buiten het nationale grondgebied van de exploitant bij wie zij zich hebben geabonneerd en dit vanaf eender welk punt op het grondgebied van de leden van de GSM-„Memorandum of Understanding", in Europa en in andere delen van de wereld. Gebruikers die om beroepsredenen slechts binnen het nationale grondgebied of binnen een regionaal kader van mobiele radiotelefoondiensten gebruik maken, hebben geen belang bij deze nieuwe mogelijkheden. Voor de anderen kan het daarentegen een reden zijn om zich te abonneren;

ii) de GSM-dienst biedt naast stemoverdracht ook de mogelijkheid om grote hoeveelheden gegevens te verzenden; die functie beantwoordt aan specifieke behoeften van slechts een deel van de daadwerkelijke of potentiële klanten van mobiele radiotelefoondiensten;

iii) de digitale codering van de boodschappen maakt het mogelijk om een veel hoger vertrouwelijkheidsniveau te waarborgen dan dat van het analoge systeem, een voordeel dat ook slechts voor een deel van de gebruikers (met name het zakenleven) interessant is;

iv) de digitale technologie maakt het mogelijk om een gamma van geavanceerde telecommunicatiediensten te bieden die niet (of alleen tegen een veel hogere kostprijs) op basis van een analoog netwerk kunnen worden aangeboden, onder meer geavanceerde oproepidentificatie, spraakcommunicatie (met inbegrip van „SMS": diensten voor korte berichten) en veiligheidsoproepdiensten.

Trouwens is op korte termijn niet voorzien in een simpelweg vervangen van de analoge radiotelefonie door het GSM-systeem. Integendeel, het meest waarschijnlijke is dat, zelfs wanneer de klanten van het ene systeem naar het andere zouden overschakelen, de twee systemen gedurende vele jaren naast elkaar zullen blijven bestaan [1] aangezien zij aan zeer uiteenlopende behoeften beantwoorden. Het blijkt overigens dat zelfs in de landen waar het GSM-systeem reeds ten volle operationeel is, bepaalde exploitanten in het analoge netwerk blijven investeren. Door die factoren kunnen de GSM- en de analoge markten worden onderscheiden.

(16) Op grond van voorgaande overwegingen en gelet op de huidige omstandigheden en de evolutiemogelijkheden van de markt, moet derhalve worden geoordeeld dat de diensten van GSM-radiotelefonie klaarblijkelijk ook een markt vormen die van die van de analoge radiotelefonie onderscheiden is.

In elk geval zouden de conclusies van de juridische beoordeling niet anders luiden indien de analoge radiotelefonie en de GSM twee segmenten van eenzelfde markt zouden vormen. Zoals hierna (overweging 21) is uiteengezet, zou zulks enkel betekenen dat de eerste hypothese van misbruik lichtjes verschillend zou worden geformuleerd.

(17) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vormt deze markt, die het hele grondgebied van Spanje bestrijkt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

*Machtspositie*

(18) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kan een onderneming die voor de verstrekking van bepaalde diensten een wettelijk monopolie bezit, een machtspositie innemen in de zin van artikel 86 [2]. Dit is het geval voor Telefónica de España en haar volledige dochtermaatschappij Telefónica Servicios Móviles, die tot voor kort de enige ondernemingen waren die wettelijk gerechtigd waren om in Spanje aan het publiek het netwerk voor telecommunicatie, spraaktelefonie en analoge radiotelefonie aan te bieden. Deze vormen bijgevolg drie markten waarop zij een machtspositie innemen. Zoals hierboven werd opgemerkt, zal het enige tijd vergen alvorens de recente vergunning voor Retevisión om op de markten voor spraaktelefonie en de ondersteunende infrastructuur werkzaam te zijn een merkbare invloed op het marktaandeel van Telefónica de España heeft.

*Misbruik van machtspositie*

(19) Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft erop gewezen dat een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het EEG-Verdrag, slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers [3].

Die gelijke kansen zijn vooral van belang met betrekking tot de nieuwe marktdeelnemers in een markt waarin een exploitant met een machtspositie zich op een nabije maar onderscheiden markt aan het vestigen is, zoals het geval is met Telefónica de España en haar dochteronderneming Telefónica Servicios Móviles.

[1] Ministerieel besluit van 13 maart 1995, BOE nr. 101 van 28. 4. 1995, blz. 12573.

[2] Arrest van 3 oktober 1985, SA, Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM tegen SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB)), zaak C-311/84, Jurisprudentie 1985, blz. 3261.

[3] Arrest van 19 maart 1991, zaak C-202/88, Frankrijk tegen Commissie, Jurisprudentie 1991, blz. I-1223, rechtsoverweging 51.

(20) Telefónica de España beschikt reeds over belangrijke troeven om op de markt van de GSM-radiotelefonie een dominant marktaandeel te verwerven:

i) een voorsprong: zij is vóór de tweede exploitant met de ontwikkeling van haar netwerk begonnen en kan dus een groter geografisch bereik aanbieden; zij is met haar dienstverlening op 1 juli 1995 begonnen, terwijl de tweede exploitant daarmee op 3 oktober 1995 is gestart;

ii) potentiële klanten: Telefónica de España had in oktober 1996 met haar dienst van analoge radiotelefonie 1 235 690 abonnees en zij krijgt er 10 000 tot 20 000 nieuwe abonnees per maand bij; de huidige abonnees van Moviline, de analoge dienst, kunnen als potentiële klanten voor Movistar, de GSM-dienst, worden beschouwd;

iii) een bestaand distributienet: het net is bekend bij het publiek, daar Telefónica de España immers haar GSM-dienst via haar Movilinedistributeurs kan commercialiseren;

iv) specifieke informatie: Telefónica de España beschikt door haar met Moviline opgedane ervaring over specifieke kennis over de gewoonten van de Spaanse abonnees op het gebied van het telefoonverkeer, dit zowel per gebruikersgroep als per regio. Aangezien zij bovendien een overheersende positie inneemt voor de levering van de vaste verbindingen voor de GSM-netten, zal Telefónica de España belangrijke informatie over de verkeersstromen blijven vergaren. In werkelijkheid bestaat er thans voor de tweede exploitant geen echt alternatief en kan deze niet anders dan van het netwerk van Telefónica de España gebruik maken;

v) schaalvoordelen op het gebied van infrastructuur: tot juni 1996 was Telefónica de España de enige onderneming met een vergunning voor vaste-spraaktelefoniediensten en is zij thans de enige exploitant die op die markt actief is. Telefónica de España was tot 3 oktober 1995 ook de enige exploitant van mobiele telefonie. Als gevolg daarvan had Telefónica de España de beschikking over lokaties en antennes voor de oprichting van haar GSM-net die voor haar concurrent niet toegankelijk zijn. Daarenboven wordt de ontwikkeling van het analoge radiotelefoonnet gesubsidieerd door bepaalde autonome gemeenschappen in de gebieden die ontoereikend door het vaste net van Telefónica de España worden bestreken (via het TRAC-project).

De omstandigheden waaronder de tweede exploitant moet werken, liggen daarentegen, zoals uiteengezet, als gevolg van de hiervoor vermelde aanvangsbetaling moeilijker dan die waaronder Telefónica de España opereert.

Telefónica de España zou haar machtspositie op de markt van kabeltelefonie of analoge mobiele telefonie niet naar de markt van de GSM-radiotelefonie kunnen uitbreiden door de kosten van haar concurrent te doen stijgen (bijvoorbeeld door een interconnectietarief op te leggen dat niet door de kosten van interconnectie worden gerechtvaardigd) zonder artikel 86 van het Verdrag te schenden. Dezelfde analyse zou opgaan indien er één markt mobieleradiotelefoniediensten zou zijn en Telefónica de España haar positie op die markt op dezelfde wijze zou versterken.

(21) Uit hoofde van artikel 90, lid 1, dient Spanje zich te onthouden van maatregelen die de intredekosten voor de enige concurrent van een overheidsbedrijf op een recent voor de mededinging opengestelde markt zouden doen stijgen en op significante wijze die mededinging zouden vervalsen. Gelet op de aan haar enige concurrent opgelegde bijkomende financiële lasten heeft Telefónica de España in feite de keuze tussen twee commerciële strategieën die elk van beide een schending van artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86 opleveren: i) de uitbreiding of versteviging van haar machtspositie of ii) de beperking van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder b).

i) De uitbreiding (1) of versteviging van de machtspositie van het overheidsbedrijf

De door de tweede exploitant op die markt verrichte aanvangsbetaling van 85 miljard pta zal noodzakelijkerwijs uit de ontvangsten moeten worden gehaald. De tweede exploitant zal het derhalve moeilijk hebben om met de eerste exploitant te concurreren door een korting op de tarieven toe te passen. De eerste exploitant, Telefónica de España, die niet dezelfde betaling dient te verrichten en die overigens wegens haar overheersende positie op de markt van de infrastructuur de kostenstructuur van de tweede exploitant kent, zou aldus kunnen worden aangemoedigd om door aanrekening van lagere tarieven haar huidige machtspositie op de markt van de infrastructuur en op die van de analoge mobiele telefonie tot die van de GSM-radiotelefonie uit te breiden. Indien er slechts één markt voor radiotelefoniediensten is, zou er geen uitbreiding doch wel een versterking van de machtspositie van Telefónica de España op die markt zijn.

Bovendien zou Telefónica de España de besparing van 85 miljard pta kunnen gebruiken om bijvoorbeeld haar distributienetwerk uit te breiden, op de markt voor GSM-diensten waar zij

(1) Zie bijvoorbeeld het arrest van 17 november 1992, gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/90, Koninkrijk Spanje, Koninkrijk België en Spaanse Republiek tegen Commissie, Jurisprudentie 1992, blz. I-5833, rechtsoverweging 36.

concurreert met de tweede exploitant, een agressief prijsbeleid te voeren, speciale aanbiedingen te geven aan potentiële abonnees en/of intensieve reclamecampagnes te voeren. Wanneer voor deze strategie wordt gekozen, hiertoe aangezet door de overheidsmaatregel, zou de economische levensvatbaarheid van de tweede exploitant kunnen worden bedreigd.

Telefónica de España bevindt zich dus in een positie waarin zij haar machtspositie kan uitbreiden of versterken dankzij het concurrentievoordeel dat haar door de ongelijke kostenstructuren wegens de aanvangsbetaling wordt geboden. Hierdoor is de overheidsmaatregel strijdig met artikel 90 in samenhang met artikel 86.

ii) Beperking van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder b)

De noodzaak om de 85 miljard pta te financieren zal overigens ook een vertraging teweeg brengen in de investeringen van de nieuwe marktdeelnemer die een deel van zijn startkapitaal voor de aanvangsbetaling zal moeten bestemmen, waardoor die som niet voor passende investeringen in de ontwikkeling van haar netwerk of voor kortingen op de tarieven zal kunnen worden aangewend. Inderdaad diende Airtel Móvil dan ook haar kapitaal in februari 1996 met rond 40 miljard pta te verhogen om haar investeringsplan te kunnen uitvoeren.

Dit zou Telefónica de España kunnen aanmoedigen om eveneens de ontwikkeling van het GSM-radiotelefonienetwerk te vertragen en haar inspanningen op het analoge Moviline-systeem te concentreren. Het Moviline-systeem is immers aantrekkelijker aangezien het grootste deel van de investeringen reeds is afgeschreven en het bereik ervan groter is.

De aanloopkosten voor de totstandbrenging van een GSM-netwerk in Spanje bedragen ongeveer 250 miljard pta. Wanneer bij dit bedrag de aanvangsbetaling wordt opgeteld, stijgen de financieringsbehoeften van de tweede exploitant dus met meer dan een derde. Het feit dat de gegadigden voor de tweede concessie op de hoogte waren van de toekomstige distorsie van de mededinging op de Spaanse GSM-markt ten voordele van Telefónica de España doet niet af aan dit onevenwicht. De ondernemingen die de markt wensten te betreden, hadden geen andere keuze dan in hun bedrijfsplan met die handicap rekening te houden.

In de tweede hypothese zou Telefónica de España, die zoals vermeld op de kostenstructuur van de tweede exploitant kent wegens haar machtspositie op de markt van de infrastructuur, kunnen worden aangemoedigd om hogere tarieven voor haar GSM-dienst te blijven toepassen dan zij zonder de betrokken overheidsmaatregel zou doen. Dit zou met betrekking tot de GSM-dienst, die een geavanceerdere technologie heeft, de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de consumenten beperken in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder b), en dit ten bate van de oudere, analoge dienst. Dit zou tot vertraging van de evolutie in de richting van persoonlijke communicaties waarbij mobiele en vaste netwerken worden gecombineerd, leiden, welke evolutie slechts werkelijkheid kan worden indien de tarieven voor de mobiele verbindingen aanzienlijk dalen.

De mogelijkheid voor Telefónica de España om zich op deze wijze te gedragen vloeit voort uit, enerzijds, het feit dat zij zich in een gunstige positie bevindt als gevolg van haar monopolie op het Moviline-systeem en dat haar voldoende golflengten werden toegekend om die dienst voort te zetten en, anderzijds, het feit dat de Spaanse regering de enige onderneming die gemachtigd is om een concurrerende GSM-dienst op te zetten, financieel bestraft. De vertraagde ontwikkeling van de GSM-diensten en de daaruit voortvloeiende beperking van de technische vooruitgang ten nadele van de gebruikers zou derhalve worden veroorzaakt door de betrokken overheidsmaatregel, namelijk het feit dat enkel aan de tweede exploitant een betaling van 85 miljard pta wordt opgelegd.

De Commissie heeft een identieke benadering gevolgd in een zaak waarbij in Italië een aanvangsbetaling was opgelegd. Nadat zij vruchteloos corrigerende maatregelen had gevraagd, heeft de Commissie uit hoofde van artikel 90, lid 3, aan Italië Beschikking 95/489/EG [1] gericht. De Commissie heeft nadien inlichtingen ontvangen dat dergelijke corrigerende maatregelen inmiddels zijn of weldra zullen worden getroffen.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie [2] verbiedt artikel 90, lid 1, de lidstaten maatregelen vast te stellen die een onderneming ertoe zouden kunnen brengen inbreuk te maken op de bepalingen waarnaar dit artikel verwijst, met name in het onderhavige geval naar die van artikel 86.

Zowel in het ene als in het andere geval is de betrokken overheidsmaatregel dus in strijd met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86.

[1] PB nr. L 280 van 23. 11. 1995, blz. 49.

[2] Zie arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner tegen Macroton, Jurisprudentie 1991, blz. I-1979, alsmede de arresten van 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT Dimotiki Etairía Plirofórisis e.a., Jurisprudentie 1991, blz. I-2925 en van 5 oktober 1994, zaak C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle tegen Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Jurisprudentie 1994, blz. I-5077.

(22) Er is slechts sprake van verantwoordelijkheid van een lidstaat uit hoofde van de artikelen 86 en 90, lid 1, indien de gedraging van de betrokken onderneming de handel tussen lidstaten ongunstig zou kunnen beïnvloeden. In de onderhavige zaak zou de handel tussen lidstaten om de volgende redenen ongunstig kunnen worden beïnvloed:

De evolutie waarbij de tarieven voor GSM-tarieven gestadig worden verminderd, zal waarschijnlijk worden vertraagd door een uitbreiding of versteviging van de machtspositie van Telefónica de España alsmede door een beperking van de productie, de afzet of de technische vooruitgang op het gebied van GSM. Zonder de aan de tweede exploitant opgelegde aanvangsbetaling van 85 miljard pta zou de prijsconcurrentie sedert de introductie van GSM-diensten in Spanje in feite groter zijn geweest en de GSM-tarieven zouden sneller zijn gedaald.

— Indien de GSM-tarieven niet zo snel dalen als het geval zou zijn geweest zonder de betrokken overheidsmaatregel, zouden de inwoners in andere lidstaten minder geneigd zijn om bij Spaanse exploitanten een abonnement te nemen als alternatief voor andere nationale of buitenlandse exploitanten. Een in Frankrijk gevestigde onderneming of een particulier zal bijvoorbeeld geneigd zijn om een Spaanse SIM-kaart te kopen en met gebruikmaking van die kaart telefoongesprekken te voeren onder roaming-overeenkomsten tussen exploitanten, aangezien de Spaanse tarieven niet zo laag zouden zijn als het geval zou zijn geweest indien de tweede exploitant de aanvangsbetaling van 85 miljard pta had kunnen benutten om zijn tarieven te verlagen.

— Elke vertraging in het proces van de evolutie van de vermindering van tarieven zou op zijn beurt de ontwikkeling van mobiele telefoniediensten vertragen zoals betere abonnementsvoorwaarden en geavanceerdere technische diensten zoals hierboven beschreven. Dit zou nieuwe investeringen in de Spaanse telecommunicatiemarkten door ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd waar er daadwerkelijke mededinging bestaat en waar nieuwe diensten tot ontwikkeling zijn gekomen, ontmoedigen.

— Elk uitstel bij de gestadige verlaging van de tarieven kan in het algemeen het volume van het internationale telefoonverkeer vanuit Spanje doen afnemen. Ondernemingen en particulieren met uitgebreide behoeften aan mobiele telecommunicatie zullen geneigd zijn om zich bij buitenlandse exploitanten te abonneren of om gebruik te maken van call backsystemen teneinde van de lagere tarieven in andere lidstaten te genieten.

— Elke beperking van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder b), kan tot vermindering leiden van het volume van de invoer van de technische apparatuur vanuit andere lidstaten dat voor investeringen in de mobieletelefoniemarkt en voor de ontwikkeling van een doelmatige en efficiënte infrastructuur nodig is.

## Het antwoord van de Spaanse autoriteiten

(23) De Spaanse regering heeft bij de Commissie de volgende opmerkingen ingediend:

— uit hoofde van de door de Spaanse regering in 1991 aan Telefónica de España verleende concessie verkrijgt Telefónica de España een GSM-concessie zonder hiervoor ook maar enige betaling te moeten verrichten. Bijgevolg kan de Spaanse regering Telefónica de España geen aanvangsbetaling van 85 miljard pta opleggen. Het principe van compensatie wordt door de Spaanse regering verworpen en zij stelt dat de aanvangsbetaling in werkelijkheid 50 095 miljoen pta en niet 85 miljard pta bedroeg. Volgens haar heeft Airtel Móvil de oorspronkelijk gevraagde som zonder daartoe verplicht te zijn, verhoogd van 50 095 miljoen pta tot 85 miljard pta. De bij wet vastgestelde minimumaanvangsbetaling bedroeg 50 095 miljoen pta en dit is het bedrag dat in aanmerking zou moeten worden genomen;

— de Spaanse regering meent dat een mogelijke oplossing erin kan bestaan de interconnectietarieven voor de looptijd van de licentie van 15 jaar te verlagen;

— tenslotte stelt de Spaanse regering ook voor om de kosten voor het TRAC-project aan Telefónica Servicios Móviles over te dragen.

## Beoordeling door de Commissie

(24) Ofschoon de tweede exploitant zelf het bedrag van 85 miljard pta aanbood, is de Commissie het niet eens met het argument dat de aanvangsbetaling vrijwillig was, aangezien dit een van de selectiecriteria van de aanbestedingsprocedure was [1]. Inschrijvers die een kans wilden maken om de concessie te verkrijgen, dienden de in overeenstemming met hun bedrijfsplan hoogst mogelijke aanvangsbetaling te bieden. Er werd slechts een summiere indicatie gegeven van het relatieve gewicht van elk van de verschillende selectiecriteria. De indicatie was het duidelijkst voor de mini-

[1] Arrest van 26 april 1994, zaak C-272/91, Commissie tegen Italië, Jurisprudentie 1994, blz. I-1409, rechtsoverweging 11.

mumaanvangsbetaling. Die aanvangsbetaling was dus een van de selectiecriteria in de aanbestedingsprocedure en diende op de datum van verlening van de concessie te worden betaald. Bijgevolg vormt de eis van een aanvangsbetaling duidelijk een overheidsmaatregel.

De door de Spaanse regering vastgestelde selectieprocedure voor de tweede GSM-exploitant was geen echte aanbestedingsprocedure. De selectieprocedure in Spanje was een kruising tussen een aanbestedingsprocedure en vergelijkende inschrijvingen. Een van de criteria die werden vergeleken, was de aanvangsbetaling die de gegadigde ter verkrijging van de tweede concessie aanbood te betalen. Het was derhalve moeilijk te weten welke van de criteria van essentieel belang waren. Het feit dat de concessie werd toegewezen zonder duidelijke indicaties, houdt in dat elk van die indicaties van belang kan zijn geweest.

(25) De Commissie aanvaardt niet dat de door de Spaanse regering voorgestelde vermindering van de interconnectietarieven het evenwicht in de concurrentievoorwaarden zou herstellen aangezien de Spaanse regering weigerde een asymmetrische tariefverlaging voor alleen de tweede exploitant van de hand wees.

(26) De door de Spaanse regering voorgestelde oplossing waarbij de investeringen in het TRAC-project ter compensering van de aanvangsbetaling van de tweede exploitant zouden dienen, is in de huidige omstandigheden niet aanvaardbaar.

Nog afgezien van het feit dat de door de Spaanse autoriteiten verstrekte inlichtingen geen juiste beoordeling mogelijk maken van het reële effect van die investeringen en dat niet kan worden verzekerd dat deze oplossing meer is dan een louter boekhoudkundige operatie, kan deze oplossing in dit stadium niet worden aanvaard, aangezien het verrichten van een universele dienst door Telefónica de España, ook in afgelegen gebieden, in de huidige omstandigheden reeds wordt gecompenseerd door de bijzondere of uitsluitende rechten die aan haar zijn verleend. Bovendien heeft Telefónica de España voor de tenuitvoerlegging van het TRAC-systeem overheidssubsidies ontvangen waaronder EFRO-steun.

(27) Volgens de Commissie is in de onderhavige zaak de verplichting die uitsluitend aan de tweede Spaanse exploitant werd opgelegd voor een aanvangsbetaling van 85 miljard pta onverenigbaar met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86.

(28) Deze procedure strekt ertoe de Spaanse regering te verplichten de nodige stappen te doen om aan de verstoring van de mededinging een eind te maken; het meest voor de hand liggend lijkt een terugbetaling van de door Airtel Móvil verrichte betaling.

Indien de Spaanse regering zulks zou verzoeken, is de Commissie bereid te onderzoeken of aan de inbreuk een einde kan worden gemaakt door andere corrigerende maatregelen, op voorwaarde dat deze een passende compensatie vormen voor het nadeel dat de tweede exploitant wordt berokkend.

Het staat aan de Spaanse regering om in dit verband voorstellen te doen. In elk geval dient de Spaanse regering bij die voorstellen cijfers te verstrekken waaruit blijkt dat die voorstellen een passend tegenwicht vormen voor de door de tweede exploitant betaalde 85 miljard pta.

Het opleggen van een identieke betaling aan Telefónica Servicios Móviles zou in de huidige omstandigheden echter niet een passende compenserende maatregel vormen, en in het bijzonder zolang de kosten boekhoudkundig niet zodanig zijn geschikt dat kan worden gewaarborgd dat de last van een dergelijke betaling alleen bij Movistar komt te liggen.

(29) Tijdens bilaterale gesprekken met de Spaanse regering zijn enkele corrigerende maatregelen ter sprake gekomen:

i) de toegang tot de gebruikersbank van Telefónica de España-TACS 900 voor Airtel Móvil, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens;

ii) de herziening van de tarifaire voorwaarden op een asymmetrische basis voor interconnectie met het geschakeld telefoonnet van Telefónica de España;

iii) de toegang op niet-discriminerende wijze voor zowel de GSM-dienst van Telefónica Servicios Móviles als Airtel Móvil tot hetzelfde aantal GSM-frequenties, met inbegrip van de versnelde liberalisering van de GSM-frequenties die thans door Telefónica de España voor haar analoge dienst worden gebruikt;

iv) de verlenging van de looptijd van de concessie van Airtel Móvil onder dezelfde voorwaarden als die voor de kabeltelevisiedienst.

Bovendien kan intrekking van de reeds aan Airtel Móvil verleende concessie in geen geval worden beschouwd als een passende maatregel om de inbreuk weg te nemen. Op die wijze zou immers

de enige bestaande concurrent van het overheidsbedrijf Telefónica Servicios Móviles op de GSM-markt worden uitgeschakeld en zou het bestaande monopolie van Telefónica de España inzake analoge mobiele telefonie en GSM-diensten gedurende de periode die nodig is om een nieuwe inschrijving te organiseren, de concurrentie als gevolg van het bijkomende tijdsvoordeel nog moeilijker maken.

**Artikel 90, lid 2**

(30) Volgens artikel 90, lid 2, van het Verdrag vallen de ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De Spaanse regering heeft deze bepaling niet ingeroepen ter rechtvaardiging van de aan de tweede exploitant opgelegde aanvangsbetaling.

De Commissie is van mening dat de uitzondering uit hoofde van artikel 90, lid 2, in dat geval niet van toepassing is, aangezien zij over geen gegevens beschikt die haar toelaten te besluiten dat de aanvangsbetaling gerechtvaardigd is door de vervulling in rechte of in feite, van een dienst van algemeen economisch belang.

**SLOTSOM**

(31) Gelet op het voorafgaande is de Commissie van oordeel dat het concurrentiële nadeel, gevormd door de aanvangsbetaling die voor de concesie voor de exploitatie van een GSM-net in Spanje enkel aan de tweede exploitant is opgelegd, een inbreuk vormt op artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

*Artikel 1*

Spanje dient de nodige maatregelen te nemen om de concurrentieverstoring die voortvloeit uit de aan de onderneming Airtel Móvil SA opgelegde aanvangsbetaling, weg te nemen en om uiterlijk op 24 april 1997 zorg te dragen voor gelijke mededingingsvoorwaarden tussen de exploitanten van GSM-radiotelefonie op de Spaanse markt door:

i) hetzij de aan Airtel Móvil SA opgelegde aanvangsbetaling terug te betalen,

ii) hetzij, na akkoord van de Commissie, corrigerende maatregelen te nemen die economisch gezien gelijkwaardig zijn aan de aan de tweede exploitant opgelegde verplichting.

De concrete vastgestelde maatregelen mogen geen afbreuk doen aan de mededinging die resulteert uit de verlening van een vergunning aan een tweede GSM-exploitant op 29 december 1994.

*Artikel 2*

Spanje dient de Commissie binnen een termijn van drie maanden te rekenen van de bekendmaking van de onderhavige beschikking de maatregelen mede te delen die het ter naleving van deze beschikking heeft genomen.

*Artikel 3*

Deze beschikking is gericht tot het Koninkrijk Spanje.

Gedaan te Brussel, 18 december 1996.

*Voor de Commissie*

Karel VAN MIERT

*Lid van de Commissie*