II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 18. december 1996

om vilkårene for den anden GSM-operatør i Spanien

(Kun den spanske udgave er autentisk)

(97/181/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 90, stk. 3,

efter ved skrivelse af henholdsvis 23. april 1996 og 30. maj 1996 at have givet henholdsvis de spanske myndigheder og Telefónica de España SA lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til Kommissionens klagepunkter vedrørende det initialgebyr, som er afkrævet Airtel Móvil SA, og

ud fra følgende betragtninger:

SAGSFREMSTILLING

Den statslige foranstaltning

(1) Den spanske regering har forlangt et initialgebyr i forbindelse med meddelelse af en ny koncession på oprettelse og drift på spansk område af et net til levering af offentlige mobiltelefonitjenester, hvortil anvendes det fælleseuropæiske digitale GSM-system (Global System for Mobile Communications) («GSM-tjenester»).

Dette krav er fastsat i artikel 9, stk. 4, og artikel 16 i udbudskriterierne, som blev godkendt ved ministeriel bekendtgørelse af 26. september 1994 [1]. Samme krav gælder ikke for det offentlige teleselskab, Telefónica de España.

Selskabet og de berørte tjenester

(2) Telefónica de España er en spansk offentlig virksomhed som defineret i artikel 2 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder [2].

Den spanske regering har en afgørende indflydelse på Telefónica de España af tre årsager:

i) Den spanske stat er den største aktionær i Telefónica de España. Da Kommissionen indledte denne sag besad den spanske stat 31,8 % af den udstedte aktiekapital. Den besidder i dag 21,16 % af den udstedte aktiekapital. De resterende aktier er fordelt på ca. 300 000 aktionærer.

ii) Den spanske regering har ret til at udpege en repræsentant med vetoret med hensyn til de beslutninger, der træffes af Telefónica de Españas bestyrelse. Ifølge artikel 2, stk. 9, i kongeligt dekret nr. 6/1996 af 7. juni 1996 [3] vil denne ret først bortfalde den 1. januar 1998.

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

iii) I kraft af koncessionsaftalen af 26. december 1991 (1) har den spanske regering ret til direkte at udpege 25 % af medlemmerne af Telefónica de Españas bestyrelse. Dette forhold sammenholdt med den omstændighed, at den spanske stat er den største aktionær, har betydet, at den spanske regering har udpeget 18 af de nuværende 25 medlemmer, herunder formanden.

Aktierne i Telefónica de España er noteret på den spanske fondsbørs såvel som på børsen i New York, London, Frankfurt og Tokyo. I henseende til omsætning (1 740,5 mia. pta. i 1995) og overskud (133,2 mia. pta. i 1995) er Telefónica de España blandt de verdens ti største teleselskaber. Telefónica de España har 69 570 ansatte og over 16 mio. abonnenter.

Telefónica de España er således en offentlig virksomhed eller en virksomhed med særlige eller eksklusive rettigheder, jf. traktatens artikel 90, stk. 1.

(3) Telefónica de España leverer »transmissionsteletjenester«, »finale teletjenester« og »tillægsteletjenester« i hele Spanien i medfør af den spanske telekommunikationslov (Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) 31/1987 af 18. december 1987 (2) (»LOT«) og koncessionsaftalen. Telefónica de España har haft monopol på leveringen af nogle af disse tjenester (f.eks. taletelefonitjenester som omhandlet i artikel 1 i Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (3)), og konkurrencen om de øvrige tjenester (såsom GSM-tjenester) er begrænset. Telefónica de España har også, sammen med Ente Público Retevisión (»Retevisión«) og Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, der begge er offentlige virksomheder, fået tildelt særlige rettigheder med hensyn til levering af transmissionskapacitet til teletjenester.

Den 7. juni 1996 blev monopolet på taletelefonitjenester og oligopolet på de tilsvarende infrastrukturer formelt ophævet ved kongeligt dekret nr. 6/1996. Den spanske regering kan nu meddele koncessioner til andre nationale og regionale operatører. Retevisión vil overføre sine telekommunikationsaktiver til en ny enhed, der har fået koncession på levering af alle slags teletjenester og fået mandat til at sælge 80 % af sine aktier som led i et begrænset udbud. Det forventes imidlertid ikke, at den nye enhed vil være operationel før midten af 1997.

I medfør af LOT og selskabets koncessionsaftale har Telefónica de España været i stand til at levere GSM-tjenester uden at deltage i en udbudsprocedure. Der er redegjort nærmere for dette forhold i betragtning 7. Den spanske regering har givet Telefónica de España tilladelse til at overdrage sin koncession på levering af mobiltjenester — såvel analoge som GSM — til Telefónica Servicios Móviles SA (»Telefónica Servicios Móviles«), der er et 100 %-ejet datterselskab af Telefónica de España. Alle henvisninger i denne beslutning er til Telefónica de España, da det er dette selskab, der modtog den oprindelige koncession på levering af GSM-tjenester.

(4) Cellulær digital mobiltelefoni baseret på GSM-standarden er en nyudviklet tjeneste i Europa, der giver abonnenterne mulighed for at foretage og modtage opkald i EF og i visse andre europæiske lande. Denne tjeneste, der bygger på digitalteknologi, en kode og et SIM-kort (Subscriber Identity Module), giver flere muligheder end de mere traditionelle analoge mobiltelefonitjenester. Den digitale teknik giver — ud over en forbedret kvalitet — mulighed for højhastighedstransmission af data, sikrer en højere grad af fortrolighed gennem kodning og er mere økonomisk med hensyn til brug af frekvenser end de analoge systemer. Derudover bygger GSM-systemet på fælles EF-standarder og fælles frekvensbånd, der er godkendt på EF-niveau, og kan — modsat de analoge systemer, der ofte er inkompatible fra en medlemsstat til en anden — udvikle sig til at blive en af de fælleseuropæiske tjenester, som i henhold til Rådets henstilling 87/371/EØF (4) er et af de vigtigste mål for Den Europæiske Unions politik på telekommunikationsområdet. Endelig skal det fremhæves, at det spirende marked for GSM-tjenester er særdeles dynamisk, idet antallet af brugere i Vesteuropa ifølge visse undersøgelser meget vel vil kunne stige fra lidt over en million i 1993 til 15-20 millioner i år 2000 (5).

(5) Rådet har vedtaget direktiv 87/372/EØF af 25. juni 1987 om de frekvensbånd, der skal stilles til rådighed for samordnet indførelse af offentlig fælleseuropæisk digital celleopbygget landmobilra-

(1) BOE nr. 20 af 23. 1. 1992, s. 2132.
(2) BOE nr. 303 af 19. 12. 1987. Ændret ved bl.a. lov nr. 32/1992 af 3. december 1992.
(3) EFT nr. L 192 af 24. 7. 1990, s. 10.
(4) EFT nr. L 196 af 17. 7. 1987, s. 81.
(5) »Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010«, EUTELIS Consult, oktober 1993.

diokommunikation i Fællesskabet (1), der forbeholder frekvenserne 890-915 og 935-960 Mhz til det fælles digitale GSM-mobilkommunikationssystem. Disse fælles frekvensbånd giver mulighed for, at flere operatører kan udbyde tjenester i konkurrence med hinanden. Det kommercielle udbud af GSM-tjenester i EF begyndte i slutningen af 1992; siden da har samtlige medlemsstater med undtagelse af Luxembourg givet koncession til to operatører; og Luxembourg har udtalt, at det vil gøre det samme. Sverige har givet koncession til tre GSM-operatører.

Den Europæiske Konference af Post- og Teleadministrationer (CEPT), der er et forum for de nationale myndighedsorganer fra 36 lande (herunder Spanien), har anbefalet, at konkurrencen mellem udbyderne af GSM-tjenester søges aktivt fremmet, og at de lovgivningsmæssige hindringer herfor fjernes (2).

(6) Endelig har Tyskland, Grækenland, Frankrig, Nederlandene og Det Forenede Kongerige givet tilladelse til, at en tredje operatør må udbyde digitale cellulære mobilteletjenester på et højere frekvensbånd på grundlag af DCS 1800-specifikationerne. I henhold til artikel 2 i Kommissionens direktiv 96/2/EF af 16. januar 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår mobil- og personkommunikation (3) skal medlemsstaterne senest den 1. januar 1998 udstede koncessioner på drift af mobilkommunikationssystemer efter DCS 1800-standarden. Desuden må medlemsstaterne ikke begrænse kombinationen af mobilkommunikationsteknologier/-systemer, og de skal under alle omstændigheder tage hensyn til kravet om at sikre en effektiv konkurrence mellem de operatører, der konkurrerer på de relevante markeder.

Baggrund

(7) Efter ændringer af LOT ved lov 32/1992 af 3. december 1992 blev markedet for levering af GSM-tjenester liberaliseret pr. 31. december 1993. Derfor betragtes leveringen af GSM-tjenester ikke længere som en »final« tjeneste, for hvilke der kan indrømmes særlige eller eksklusive rettigheder. GSM-tjenester betragtes nu som »tillægstjenester«, der skal udbydes i konkurrence.

Efter denne ændring af LOT vedtog den spanske regering kongeligt dekret nr. 1486/1994 af 1. juli 1994 (4) (»det kongelige dekret«) om godkendelse af den tekniske bekendtgørelse (»Reglamento Técnico«) om levering af tillægstjenester inden for automatisk mobilkommunikation. Ifølge artikel 2 i den tekniske bekendtgørelse (der er knyttet som bilag til det kongelige dekret) skal GSM-tjenester udbydes i konkurrence. I henhold til artikel 4 i den tekniske bekendtgørelse skal GSM-tjenester leveres af Telefónica de España og af en anden konkurrerende koncessionshaver. Den første overgangsbestemmelse i den tekniske bekendtgørelse beskriver, hvordan Telefónica de España kan opnå licens uden om en udbudsprocedure.

Det kongelige dekret indeholder ingen udtrykkelig bestemmelse om, at der skal betales et initialgebyr for GSM-koncessionen. Imidlertid hedder det i artikel 4, stk. 4, litra a), i den tekniske bekendtgørelse, at en af de faktorer, der skal tages hensyn til ved vurderingen af den anden operatørs koncessionsansøgning, er »maksimering af finansielle bidrag«.

(8) Ved ministeriel bekendtgørelse af 26. september 1994 (5) vedtog den spanske regering udbudsbetingelserne og indledte udbudsproceduren for den anden operatørs koncession på levering af GSM-tjenester. Den anden operatørs koncession har en løbetid på 15 år med mulighed for en 5-årig forlængelse derefter. De øvrige vilkår, der er knyttet til koncessionen, er anført i udbudsbetingelserne.

Ifølge artikel 9 og 16 i udbudsbetingelserne skulle der betales et initialgebyr til statskassen på 50,095 mia. pta. Udbudsbetingelserne indeholdt også nogle angivelser vedrørende den relative vægt, som ville blive tillagt de enkelte udbudskriterier. Konsekvensen af det sidste stykke i artikel 16 var, at der automatisk ville blive set bort fra tilbud på under 50 mia. pta.

Ministeriet for offentlige arbejder, transport og miljø tildelte ved ministeriel bekendtgørelse af 29. december 1994 (6) den anden operatørkoncession til Airtel Móvil SA (dengang kendt under navnet »Alianza Internacional de Redes Telefónicas, SA«), skønt selskabets tilbud om et initialgebyr på 85 mia. pta. ikke var det højeste (som var på 89 mia. pta.).

(1) EFT nr. L 196 af 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) EFT nr. L 20 af 26. 1. 1996, s. 59.
(4) BOE nr. 168 af 15. 7. 1994, s. 22672.
(5) BOE nr. 231 af 27. 9. 1994, s. 29779.
(6) BOE nr. 4 af 5. 1. 1995, s. 464.

Ifølge artikel 9 i udbudsbetingelserne skulle Airtel Móvil betale initialgebyret, når selskabet formelt fik tildelt koncessionen ved undertegnelsen af koncessionsaftalen, som fandt sted den 3. februar 1995. Samme dag modtog Telefónica de España en tilsvarende GSM-koncession uden at betale et lignende beløb.

(9) Ved skrivelse af 6. februar 1995 tilkendegav Kommissionen, at den havde betænkeligheder med hensyn til den procedure, som var blevet benyttet til at udvælge den anden operatør, og som indebar, at vilkårene for denne anden operatør var mindre gunstige end vilkårene for Telefónica de España.

Den spanske regering svarede ved skrivelse af 20. april 1995, hvori den redegjorde for omstændighederne omkring koncessionsproceduren, som ifølge de spanske myndigheder kompenserede for Airtel Móvils initialgebyr.

Den 1. juli 1995 indledte Telefónica de España den kommercielle drift af sine GSM-tjenester.

Ved skrivelse af 18. juli 1995 anmodede Kommissionen den spanske regering om nærmere oplysninger om retten til at benytte alternative telenet, om retten til at foretage direkte tilslutninger til lejede kredsløb og om den metode, der ville blive anvendt til at revidere taksterne for tilslutning til faste kredsløb. Kommissionen havde behov for disse oplysninger for at kunne vurdere, om disse faktorer ville give den anden operatør fordele, som kunne opveje den konkurrencemæssige ulempe, som initialgebyret indebar.

Den 3. oktober 1995 begyndte Airtel Móvil at udbyde sine tjenester.

Ved skrivelse af 27. november 1995 meddelte den spanske regering Kommissionen, at den anden operatør kunne opbygge sin egen infrastruktur og benytte Retevisións og Correos y Telégrafos' infrastruktur som et alternativ til Telefónica de Españas netværk, at den spanske regering ikke havde modtaget nogen anmodning om direkte tilslutning, samt at spørgsmålet om takstnedsættelser ville blive undersøgt i 1996.

På et møde den 16. januar 1996 mellem den spanske regering og Kommissionen fremførte den spanske regering, at det ville være umuligt at rette op på den ulige behandling af Telefónica de España og den anden operatør ved at afkræve Telefónica de España et lignende initialgebyr på 85 mia. pta. Den spanske regering mente, at problemet eventuelt kunne løses ved gradvis at reducere tilslutningstaksterne over koncessionens løbetid på 15 år. Denne reduktion ville gælde for såvel Telefónica de España som den anden operatør. Den spanske regering udtalte, at denne reduktion ville være på plads i september 1996, og at de pågældende takster ville blive reduceret med 25 %.

Kommissionen fastholdt imidlertid, at dette forslag ikke ville rette op på den ulige behandling af de to operatører.

Ved skrivelse af 23. april 1996 anmodede Kommissionen formelt den spanske regering om enten:

i) at tilbagebetale initialgebyret til den anden operatør eller træffe andre korrigerende foranstaltninger eller

ii) at fremsætte sine bemærkninger til Kommissionens klagepunkter.

Ved skrivelse af 30. maj 1996 anmodede Kommissionen Telefónica de España om at fremsætte sine bemærkninger til Kommissionens skrivelse af 23. april 1996 til den spanske regering. Skrivelsen til Telefónica de España var ledsaget af en kopi af den formelle anmodning til den spanske regering af 23. april 1996.

På et møde den 28. april 1996 mellem den spanske regering og Kommissionen foreslog den spanske regering at rette op på den ulige behandling af Telefónica de España og den anden operatør ved at lade Telefónica de España overføre omkostningerne til drift af TRAC-projektet (»Tecnología Rural de Acceso Celular«, dvs. landdistrikters adgang til cellulær teknologi) til Telefónica Servicios Móviles, der er selskabets afdeling for mobiltelefoni. TRAC-projektet betyder, at Telefónica de Españas abonnenter i svagt befolkede højlandsområder betaler en fast takst for at blive forbundet til det offentlige faste telefonnet via analog mobilteknologi og analoge infrastrukturer. Kommissionen undersøgte dette forslag nærmere, og ved skrivelser af 29. april 1996 og 10. maj 1996 anmodede den om yderligere oplysninger for at kunne færdiggøre sin undersøgelse af forslaget. Da Kommissionen ikke modtog noget svar på sine henvendelser, fremsendte den en rykkerskrivelse den 3. juni 1996. Ved skrivelse af 7. juni 1996 gav den spanske regering nogle af de oplysninger, som den var blevet anmodet om. Oplysningerne indeholdt imidlertid ikke tilstrækkelige data vedrørende TRAC-systemets reelle omkostninger for Telefónica Servicios Móviles. Kommissionen kunne derfor ikke vurdere, i hvilken udstrækning forslaget ville skabe lige vilkår for de to GSM-operatører.

På et møde den 9. juli 1996 mellem den spanske regering og Kommissionen understregede Kommissionen, at problemet ikke var blevet løst, og at den spanske regering måtte komme med et nyt forslag. Hidtil har Kommissionen ikke

modtaget noget svar på sin formelle anmodning af 23. april 1996, og den har heller ikke modtaget bemærkninger fra Telefónica de España til den formelle anmodning af 23. april 1996. Endvidere har den spanske regering endnu ikke fremsat nye forslag til en løsning på problemet.

KOMMISSIONENS VURDERING

Traktatens artikel 90, stk. 1

(10) Artikel 90, stk. 1, fastsætter for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, at medlemsstaterne skal afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktaten, navnlig konkurrencereglerne.

Telefónica de España er en offentlig virksomhed, som har fået tildelt eksklusive rettigheder til drift af det faste telenet og til levering af taletelefonitjenester samt analoge mobiltelefonitjenester. Koncessionsaftalen giver også Telefónica de España ret til at drive et GSM-net, hvilket må betragtes som en særrettighed, da denne operatør er udpeget efter kriterier, der ikke er objektive og ikke-diskriminerende.

Kravet om et initialgebyr fra den anden operatør er en statslig foranstaltning efter artikel 90, stk. 1.

Traktatens artikel 86

Det relevante marked

(11) Det relevante marked er drift af digitale cellulære mobiltelefonitjenester. Dette marked adskiller sig fra markedet for ikke-mobil taletelefoni. Det adskiller sig også fra markedet for alle andre mobilkommunikationstjenester.

(12) Kommissionen har defineret markedet for taletelefoni i direktiv 90/388/EØF. Her opereres med en klar sondring mellem »tjenester, hvis ydelse helt eller delvis består i transmission og rutning af signaler gennem det offentlige telenet« og mobiltelefonitjenester, der ikke falder ind under direktivets anvendelsesområde.

(13) I medfør af dette direktiv er taletelefoni den væsentligste tjeneste, der leveres via det faste offentlige telenet, dvs. mellem termineringspunkter på dette net. Disse termineringspunkter defineres som »hele komplekset af fysiske forbindelser og tekniske adgangsspecifikationer«. Hvad angår mobiltelefoni, befinder nettermineringspunktet sig derimod på radiografænsefladen mellem mobilnettets basisstation og den mobile station, hvilket indebærer, at der ikke findes et fysisk termineringspunkt. Definitionen af taletelefonitjenester i direktivets artikel 1 finder derfor ikke anvendelse på mobiltelefonitjenester.

(14) Det fremgår af EF-Domstolens retspraksis [1], at for at det skal kunne antages, at en bestemt vare har et marked, der er tilstrækkeligt adskilt fra markedet for andre varer, må den kunne individualiseres ved særlige kendetegn, som adskiller den fra disse varer i en sådan grad, at den kun i ringe omfang kan substitueres af disse og kun i lidet mærkbart omfang udsættes for konkurrence fra disse varer.

Det er klart, at mobiltelefoni og telefoni via det faste net stort set ikke er indbyrdes substituerbare. Brugere, der tegner abonnement på en biltelefon eller en bærbar telefon, afbestiller normalt ikke det abonnement, de tidligere har tegnet på en telefon i hjemmet eller på arbejdspladsen. Mobiltelefoni er derfor en ny tjeneste, der supplerer, men ikke erstatter den traditionelle telefon. Denne differentiering viser sig desuden i en betydelig prisforskel.

Det er ganske vist tænkeligt, at mobiltelefoniens stadig større udbredelse med tiden vil føre til, at der dannes et enkelt telekommunikationssystem, som betjener forskellige markeder, der i dag er adskilte. Betingelserne for anvendelsen af artikel 86 skal imidlertid vurderes på grundlag af den aktuelle efterspørgsel og ikke på grundlag af en udvikling, der kunne finde sted i en ikke nærmere angivet fremtid.

(15) Der er således af ovennævnte årsager god grund til at antage, at mobiltelefoni ikke kan betragtes som hørende til markedet for taletelefoni via det faste net, og det skal herefter bestemmes, om og i hvilken udstrækning det er berettiget at sondre mellem på den ene side de i denne beslutning omhandlede cellulære mobiltelefonitjenester baseret på GSM-standarden (som af Telefónica de España kaldes »Movistar«) og på den anden side cellulære mobiltelefonitjenester baseret på analog teknologi (som af Telefónica de España kaldes »Moviline«).

Kommissionen tager til efterretning, at cellulær GSM-mobiltelefoni ikke blot er en teknisk videreudvikling af den ældre analoge teknologi. Ud over de fordele, GSM frembyder i form af forbedret

[1] Domstolens dom af 14. februar 1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 207.

kvalitet i stemmegengivelsen og bedre udnyttelse af det disponible frekvensområde (hvorved antallet af brugere pr. tildelt frekvensområde kan øges betragteligt), giver GSM mulighed for at tilbyde nye funktioner, som dog kun tilgodeser behovene hos en del af brugerne af mobiltelefoni:

i) GSM-tjenesten er baseret på en EF-standard og kan dermed blive en fælleseuropæisk tjeneste. Takket være de såkaldte »roaming«-aftaler mellem netoperatørerne giver systemet alle brugere mulighed for at foretage opkald fra deres telefonapparat uden for deres eget teleselskabs nationale område; denne facilitet er tilgængelig på hele det område, som dækkes af parterne til GSM-aftalememorandummet (GSM Memorandum of Understanding) i Europa og andre dele af verden. Denne nye funktion er uden interesse for brugere, der til erhvervsbrug kun benytter mobiltelefonitjenester inden for et enkelt lands eller en enkelt landsdels område. For andre kan disse nye muligheder til gengæld være selve grunden til, at de beslutter at tegne abonnement

ii) ud over stemmefremføring giver GSM-tjenesten mulighed for at transmittere store mængder data; også denne facilitet er kun interessant for et begrænset udsnit af de eksisterende eller potentielle aftagere af mobiltelefonitjenester

iii) den digitale kodning af meddelelser betyder, at der kan tilbydes et højere fortrolighedsniveau end det, der kan tilbydes med det analoge system, men igen er der tale om en fordel, der kun er af interesse for bestemte brugere (fortrinsvis erhvervskunder)

iv) den digitale teknik giver mulighed for at tilbyde en række avancerede teletjenester, som ikke (eller kun til betydeligt højere priser) kan tilbydes via et analogt net. Disse omfatter avancerede tjenester såsom A-nummervisning, talebaseret elektronisk post (inklusive »Short Message Services — SMS«) og samtalebeskyttelse.

På denne baggrund er der ingen planer om på kort sigt simpelthen at udskifte den analoge mobiltelefoni med GSM-systemet. Det er tværtimod sandsynligt, at der — selv om kunderne i mærkbart omfang måtte skifte fra det ene system til det andet — fortsat vil findes to systemer side om side i mange år fremover [1], idet de tilgodeser meget forskellige behov. Det viser sig i øvrigt, at selv i lande, hvor GSM-systemet er fuldt funktionsdygtigt, fortsætter nogle teleselskaber med at investere i det analoge net. Disse faktorer er med til at trække en skillelinje mellem markedet for GSM-tjenester og markedet for analoge tjenester.

(16) På basis af ovenstående, de nuværende forhold samt den mulige udvikling af markedet bør markedet for GSM-mobiltelefonitjenester således betragtes som et særskilt marked i forhold til markedet for analoge mobiltelefonitjenester.

Konklusionerne i den retlige vurdering ville under alle omstændigheder være de samme, selv om analog mobiltelefoni og GSM udgjorde to segmenter af samme marked. Som nævnt nedenfor (betragtning 21) ville dette blot indebære en svagt anderledes formulering af den første hypotese om misbrug.

(17) Ifølge Domstolens retspraksis udgør dette marked, der på nuværende tidspunkt dækker hele Spanien, en væsentlig del af fællesmarkedet.

Dominerende stilling

(18) Ifølge Domstolens retspraksis kan en virksomhed, som har et lovbestemt monopol på levering af visse tjenester, indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 [2]. Dette er tilfældet for Telefónica de España og dets 100 %-ejede datterselskab Telefónica Servicios Móviles, der indtil for nylig var de eneste, der lovligt kunne tilbyde offentligheden telenet, taletelefonitjenester og analoge mobiltelefonitjenester i Spanien. På disse tre markeder indtager de således en dominerende stilling. Som tidligere nævnt vil den tilladelse, som Retevisión for nylig har fået til at operere på markederne for taletelefoni og underliggende infrastrukturer, ikke foreløbig rokke nævneværdigt ved Telefónica de Españas markedsandel.

Misbrug af dominerende stilling

(19) Domstolen har fastslået, at »et marked med frie konkurrencevilkår som omhandlet i traktaten forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder« [3].

Lige muligheder for de erhvervsdrivende er af særlig betydning for nye deltagere på et marked, hvor en dominerende operatør på et beslægtet, men særskilt marked er ved at etablere sig, således som det er tilfældet med Telefónica de España og dets datterselskab Telefónica Servicios Móviles.

[1] Ministeriel anordning af 13. marts 1995, BOE nr. 101 af 28. 4. 1995, s. 12573.

[2] Domstolens dom af 3. oktober 1985, sag C-311/84, SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM) mod SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) og SA Information publicité Benelux (IPB), Sml. 1985, s. 3261.

[3] Jf. Domstolens dom af 19. marts 1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. 1991, Sml. 1991, s. I-1223, præmis 51.

(20) Telefónica de España har allerede store fordele, når det drejer sig om at erobre en dominerende andel af markedet for GSM-tjenester:

i) et tidsmæssigt forspring: selskabet begyndte at udvikle sit net før den anden operatør og kan derfor tilbyde en bedre geografisk dækning; det begyndte at markedsføre sine tjenester den 1. juli 1995, medens den anden operatør først kom i gang den 3. oktober 1995

ii) flere potentielle kunder: Telefónica de Españas analoge mobiltelefonitjeneste Moviline havde 1 235 690 abonnenter i oktober 1996, og hver måned melder der sig mellem 10 000 og 20 000 nye abonnenter. De eksisterende abonnenter på Moviline (den analoge tjeneste) kan betragtes som et potentielt kundegrundlag for Movistar (GSM-tjenesten)

iii) et eksisterende distributionsnet: nettet er velkendt, idet Telefónica de España kan markedsføre sin GSM-tjeneste sammen med sine Moviline-forhandlere

iv) særlige oplysninger: Telefónica de España har, takket være sine erfaringer med Moviline, præcise oplysninger om de spanske abonnenters telefonvaner efter brugergrupper og geografisk område. Da Telefónica de España endvidere indtager en dominerende stilling inden for levering af faste forbindelser til GSM-operatørernes net, vil selskabet fortsat have adgang til vigtige oplysninger om samtaletrafikken. I realiteten findes der i dag ikke noget realistisk alternativ til Telefónica de Españas net for den anden operatør

v) stordriftsfordele på infrastrukturområdet: Telefónica de España var indtil juni 1996 den eneste koncessionshaver inden for ikke-mobil taletelefoni, og selskabet er i dag den eneste operatør på det marked. Indtil den 3. oktober 1995 var Telefónica de España også den eneste operatør på mobilkommunikationsområdet. Selskabet disponerer derfor over områder og antenner til oprettelse af sit GSM-net, som konkurrenten ikke har adgang til. Desuden yder visse selvstyrende regioner støtte til udvikling af analoge mobiltelefoninet i områder med utilstrækkeligt ledningsnet (via TRAC-projektet).

Som kontrast hertil er forholdene for den anden operatør mere besværlige og byrdefulde som følge af førnævnte initialgebyr.

Hvis Telefónica de España udvider sin dominerende stilling på markedet for kabeltelefonitjenester eller analoge mobiltelefonitjenester til også at omfatte markedet for GSM-mobiltelefonitjenester ved at øge konkurrentens omkostninger (f.eks. ved at opkræve tilslutningsgebyrer, der ikke er omkostningsbaserede), vil der foreligge en overtrædelse af artikel 86. Det samme vil være tilfældet, hvis det antages, at der findes et enkelt marked for alle mobiltelefonitjenester, og Telefónica de España styrkede sin stilling på det marked på tilsvarende vis.

(21) I medfør af artikel 90, stk. 1, skal Spanien afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der ved at øge adgangsomkostningerne for den eneste konkurrent til en offentlig virksomhed på et marked, der netop er åbnet op for konkurrence, fordrejer konkurrencen mærkbart. Over for den ekstra økonomiske byrde, som pålægges den eneste konkurrent, har Telefónica de España valget mellem to forretningsstrategier, som begge er i strid med artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. De to forretningsstrategier består for Telefónica de España i (i) at udvide eller styrke sin dominerende stilling eller (ii) at begrænse produktionen, afsætningen eller den tekniske udvikling (jf. artikel 86, litra b)).

i) Udvidelse ([1]) eller styrkelse af den offentlige virksomheds dominerende stilling

Det initialgebyr på 85 mia. pta., som den anden operatør skal betale, skal nødvendigvis dækkes ind via indtægter. Den anden operatør vil derfor vanskeligt kunne konkurrere med den første operatør gennem lavere priser. Den første operatør, Telefónica de España, der ikke skal betale et lignende beløb, og som desuden er bekendt med den anden operatørs omkostningsstruktur takket være sin dominerende stilling på infrastrukturmarkedet, kunne således blive tilskyndet til ved hjælp af lavere takster at udvide sin nuværende dominerende stilling på infrastrukturmarkedet og markedet for analog mobilkommunikation til også at omfatte markedet for GSM-mobiltelefoni. Antages det, at der kun findes ét marked for mobiltelefonitjenester, ville der i stedet for en udvidelse være tale om en styrkelse af Telefónica de Españas dominerende stilling på dette marked.

Telefónica de España kunne desuden bruge besparelsen på 85 mia. pta. til at udbygge sit distributionsnet, til at føre en aggressiv prispolitik på GSM-markedet, hvor det skal konkurrere

([1]) Jf. navnlig Domstolens dom af 17. november 1992, de forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90, Spanien, Belgien og Italien mod Kommissionen, Sml. 1992, s. I-5833, præmis 36.

med den anden operatør, til at tilbyde potentielle abonnenter særligt fordelagtige tilbud og/eller til f.eks. at føre intensive reklamekampagner. Valget af denne strategi som følge af den statslige foranstaltning kunne true den anden operatørs økonomiske levedygtighed.

Telefónica de España befinder sig således i en situation, hvor selskabet kunne udvide eller styrke sin dominerende stilling, og dét takket være den konkurrencefordel, der skyldes forvridningen af omkostningsstrukturen som følge af det omhandlede initialgebyr. Den statslige foranstaltning er således i strid med artikel 90 sammenholdt med artikel 86.

ii) Begrænsning af produktionen, afsætningen eller den tekniske udvikling, jf. artikel 86, litra b)

Behovet for at finansiere 85 mia. pta. vil forsinke den nye markedsdeltagers investeringer, da det vil være nødvendigt at afsætte en del af startkapitalen til initialgebyret, og de penge vil derfor ikke kunne investeres i udviklingen af den nye operatørs telenet eller benyttes til at reducere taksterne. I februar 1996 var den anden operatør faktisk nødsaget til at gennemføre en kapitaludvidelse på omkring 40 mia. pta. for at overholde investeringsplanen.

Dette kunne også tilskynde Telefónica de España til at forsinke udviklingen af GSM-nettet og til at koncentrere sig om det analoge Moviline-system. Moviline-systemet er mere attraktivt, da hovedparten af investeringerne allerede er afskrevet, og da det har en bedre geografisk dækning.

De indledende investeringer forbundet med etableringen af et GSM-net i Spanien andrager ca. 250 mia. pta. Når initialgebyret lægges til de indledende investeringer, forøger det den anden operatørs finansieringsbehov med over en tredjedel. Det gør ikke ubalancen mindre, at ansøgerne om den anden koncession var opmærksomme på den fremtidige fordrejning af konkurrencen på det spanske GSM-marked til fordel for Telefónica de España. De firmaer, der ønskede at komme ind på markedet, havde ikke noget andet valg end at tage højde for dette handicap i deres forretningsplaner.

Den anden hypotese lyder på, at Telefónica de España, der som tidligere nævnt på grund af sin dominerende stilling på infrastrukturmarkedet er bekendt med konkurrentens omkostningsstruktur, kunne føle sig foranlediget til at bevare højere takster for sine GSM-tjenester, end det ellers ville have været i stand til uden den omhandlede statslige foranstaltning. Dette kunne begrænse produktion, afsætning og den tekniske udvikling, jf. artikel 86, litra b), inden for GSM-tjenester, der anvender en mere avanceret teknik, hvilket ville være til fordel for de ældre analoge tjenester. Det kunne endvidere forsinke udviklingen af personkommunikation, der kombinerer mobile og faste net, der kun vil være mulig, hvis taksterne for mobilkommunikation falder betragteligt.

Hvis Telefónica de España vælger at optræde på denne måde, vil det være en konsekvens af, at på den ene side indtager selskabet en gunstig stilling som følge af dets monopol på Movilinesystemet og adgangen til tilstrækkelige frekvensbånd til at køre Moviline videre, og på den anden side bliver den eneste anden virksomhed, der har tilladelse til at etablere en konkurrerende GSM-tjeneste, straffet økonomisk af den spanske regering. Den forsinkede udbredelse af GSM og den deraf følgende begrænsning af den tekniske udvikling til skade for forbrugerne vil derfor kunne tilskrives den omhandlede statslige foranstaltning, dvs. kravet om et gebyr på 85 mia. pta. udelukkende fra den anden operatør.

Kommissionen har anlagt en tilsvarende vurdering i en sag om et initialgebyr i Italien. Efter at den uden held havde anmodet Italien om at træffe korrigerende foranstaltninger, vedtog Kommissionen beslutning 95/489/EF i henhold til artikel 90, stk. 3 [1]. Kommissionen er efterfølgende blevet underrettet om, at de pågældende foranstaltninger er blevet truffet eller er under forberedelse.

Ifølge Domstolens retspraksis [2] er det i strid med artikel 90, stk. 1, at medlemsstaterne træffer foranstaltninger, der får en virksomhed til at overtræde de bestemmelser, der henvises til, herunder i det konkrete tilfælde bestemmelserne i artikel 86.

Det kan som konklusion konstateres, at uanset hvilken hypotese der opstilles, er den omhandlede statslige foranstaltning i strid med artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86.

[1] EFT nr. L 280 af 23. 11. 1995, s. 49.

[2] Se Domstolens dom af 23. april 1991, sag C-41/90, Höfner mod Macrotron, Sml. 1991, s. I-1979, samt dom af 18. juni 1991, sag C-260/89, EPT mod Dimotiki Etairia Pliroforissis m.fl., Sml. 1991, s. I-2925, og dom af 5. oktober 1994, sag C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle mod Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Sml. 1994, s. I-5077.

(22) Det ansvar, som påhviler medlemsstaterne i medfør af artikel 86 og 90, stk. 1, er kun relevant, hvis den pågældende virksomheds adfærd risikerer at påvirke handelen mellem medlemsstater. I denne sag kunne handelen mellem medlemsstater blive påvirket af følgende årsager:

Enhver udvidelse eller styrkelse af Telefónica de Españas dominerende stilling såvel som enhver begrænsning af produktionen, afsætningen eller den tekniske udvikling forbundet med GSM vil sandsynligvis forsinke den gradvise nedsættelse af GSM-taksterne. Hvis den anden operatør ikke skulle betale et initialgebyr på 85 mia. pta., ville priskonkurrencen have været meget stærkere siden indførelsen af GSM-tjenester i Spanien, og GSM-taksterne ville være faldet hurtigere.

— Hvis GSM-taksterne ikke falder så hurtigt, som de ville have gjort uden den pågældende statslige foranstaltning, vil borgerne i andre medlemsstater være mindre tilbøjelige til at tegne abonnement hos spanske operatører som et alternativ til andre nationale eller udenlandske operatører. Eksempelvis vil en virksomhed eller en privatperson i Frankrig ikke føle sig tilskyndet til at købe et spansk SIM-kort og foretage opkald ved hjælp af dette kort i overensstemmelse med de såkaldte »roaming«-aftaler mellem operatørerne, fordi de spanske takster ikke er så lave, som de ellers ville have været, hvis den anden operatør havde været i stand til at bruge initialgebyret på 85 mia. pta. til at reducere sine takster.

— Enhver forsinkelse af nedsættelsen af taksterne vil endvidere forsinke videreudviklingen af mobiltelefonitjenester, forbedringen af abonnementsvilkårene og udviklingen af de før omtalte mere avancerede tekniske faciliteter. De spanske telemarkeder vil dermed i mindre omfang blive tilgodeset af investeringer foretaget af virksomheder i andre medlemsstater, hvor der hersker effektiv konkurrence og udvikles nye tjenester.

— Enhver forsinkelse af den gradvise nedsættelse af taksterne risikerer at mindske den internationale samtaletrafik fra Spanien. Virksomheder og privatpersoner med et stort behov for mobilkommunikation vil være tilbøjelige til at tegne abonnement hos udenlandske operatører eller benytte »call back«-systemer for at udnytte de lavere takster i andre medlemsstater.

— Enhver begrænsning af produktionen, afsætningen eller den tekniske udvikling som omhandlet i artikel 86, litra b), kunne mindske importen fra andre medlemsstater af det tekniske udstyr, der er nødvendigt for dels at investere i mobiltelefonimarkedet, dels at udvikle en velfungerende og effektiv infrastruktur.

De spanske myndigheders svar

(23) Den spanske regering har fremsat følgende bemærkninger til Kommissionen:

— ifølge vilkårene knyttet til den spanske regerings koncession til Telefónica de España fra 1991 havde Telefónica de España ret til uden betaling at modtage en GSM-koncession. Derfor kan den spanske regering ikke afkræve Telefónica de España et initialgebyr på 85 mia. pta. Desuden påpeger den spanske regering samtidig med, at den afviser princippet om kompensation, at initialgebyrets relevante størrelse er 50,095 mia. pta. snarere end 85 mia. pta. De hævder, at Airtel Móvil selv forøgede beløbet fra 50,095 mia. pta. til 85 mia. pta. uden at være forpligtet til det. Det ved lov fastsatte minimumsinitialgebyr var på 50,095 mia. pta., og derfor er det den relevante beløbsstørrelse i denne sag

— den spanske regering mener, at en mulig løsning kunne bestå i at nedsætte tilslutningstaksterne i de 15 år, som licensen løber over

— endelig har den spanske regering foreslået at overføre omkostningerne forbundet med TRAC-projektet til Telefónica Servicios Móviles.

Kommissionens vurdering

(24) Skønt den anden operatør selv tilbød et gebyr på 85 mia. pta., er Kommissionen uenig i, at betalingen af initialgebyret var frivilligt, for det var netop et af udvælgelseskriterierne i forbindelse med udbudsproceduren (1). Hver tilbudsgiver måtte tilbyde det størst mulige initialgebyr for at have en chance for at vinde koncessionen. Der blev kun givet sparsomme oplysninger om den relative vægt, som de forskellige udvælgelseskriterier ville blive tillagt. De klareste oplysninger handlede om netop

(1) Domstolens dom af 26. april 1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. 1994, s. I-1409, præmis 11.

initialgebyret. Initialgebyret var derfor et af udvælgelseskriterierne i forbindelse med udbudsproceduren, og det skulle betales ved undertegningen af koncessionen. Der er derfor tydeligvis tale om en statslig foranstaltning.

Proceduren forbundet med udvælgelsen af den anden GSM-operatør var i realiteten ikke en udbudsprocedure som sådan. Udvælgelsesproceduren i Spanien var en kombination af en auktion og et udbud. Et af de kriterier, der blev sammenlignet, var størrelsen af det initialgebyr, som ansøgeren tilbød at betale for den anden koncession. Det var derfor vanskeligt at vide, hvilke kriterier der var de vigtigste. At koncessionen blev tildelt uden angivelse af klare oplysninger herom, tyder på, at et hvilket som helst af kriterierne kunne have været vigtigt.

(25) Kommissionen kan ikke godtage, at den spanske regerings forslag om en nedsættelse af tilslutningstaksterne vil kunne genskabe normale konkurrencevilkår, idet den spanske regering har afvist at overveje en asymmetrisk takstreduktion alene til fordel for den anden operatør.

(26) Den spanske regerings andet løsningsforslag, som går ud på at lade investeringerne i TRAC-projektet kompensere for initialgebyret betalt af den anden operatør, kan ikke godtages under de nuværende omstændigheder.

Rent bortset fra, at oplysningerne fra de spanske myndigheder ikke er tilstrækkelige til at foretage en korrekt evaluering af den reelle virkning af disse investeringer, og at der ikke er sikkerhed for, at denne løsning er andet og mere end en bogføringstransaktion, kan løsningen ikke godtages på nuværende tidspunkt, eftersom Telefónica de Españas levering af forsyningspligttjenester, herunder til afsidesliggende områder, i dag kompenseres gennem eksklusive eller særlige rettigheder til Telefónica de España. I forbindelse med indførelsen af TRAC-systemet har Telefónica de España desuden modtaget offentlig støtte, herunder støtte fra EFRU.

(27) Kommissionen mener, at i denne sag er forpligtelsen for kun den anden spanske operatør til at betale et initialgebyr på 85 mia. pta. uforenelig med artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86.

(28) Formålet med nærværende procedure er at få den spanske regering til at foranstalte, at konkurrencefordrejningen bringes til ende; den mest oplagte løsning på problemet ville bestå i at refundere det beløb, som Airtel Móvil har betalt.

Hvis den spanske regering fremsætter anmodning herom, vil Kommissionen være indstillet på at undersøge, om overtrædelsen kan bringes til ophør ved at træffe andre korrigerende foranstaltninger, forudsat at de effektivt kan opveje den anden operatørs handicap.

Det påhviler den spanske regering at fremkomme med forslag til sådanne foranstaltninger. Den skal under alle omstændigheder fremlægge tal for disse forslag, som beviser, at de reelt opvejer de 85 mia. pta., som den anden operatør har betalt.

At opkræve et tilsvarende beløb af Telefónica Servicios Móviles vil imidlertid ikke nødvendigvis blive betragtet som en tilstrækkelig foranstaltning under de nuværende omstændigheder, navnlig ikke så længe der ikke findes et omkostningsregnskab, som kan godtgøre, at betalingen af dette beløb udelukkende kommer til at ramme Movistar.

(29) Visse korrigerende foranstaltninger er allerede blevet nævnt under bilaterale drøftelser med den spanske regering:

i) adgang for Airtel Móvil til Telefónica de Españas TACS 900 abonnentregister, dog med sikring af fortrolige personoplysninger

ii) asymmetrisk revision af taksterne for tilslutning til Telefónica de Españas faste telefonnet

iii) ikke-diskriminerende adgang for både Telefónica Servicios Móviles' GSM-tjeneste og Airtel Móvil til samme antal GSM-frekvenser og fremskyndelse af liberaliseringen af de GSM-frekvenser, som Telefónica de España i dag benytter til sin analoge tjeneste

iv) forlængelse af Airtel Móvils koncession i overensstemmelse med den seneste spanske beslutning vedrørende kabel tv-koncessioner.

Endvidere kan en tilbagekaldelse af Airtel Móvils koncession under ingen omstændigheder accepteres som et passende middel til at bringe overtrædelsen til ophør. Det skyldes, at den eneste eksisterende konkurrent til Telefónica Servicios Móviles

på GSM-markedet derved vil blive elimineret, og at Telefónica de Españas monopol inden for analog mobiltelefoni og GSM-tjenester i den periode, der er nødvendig for at gennemføre en ny udbudsprocedure, vil gøre det endnu vanskeligere at skabe konkurrence, da Telefónica de España vil få yderligere forspring.

Artikel 90, stk. 2

(30) Traktatens artikel 90, stk. 2, bestemmer, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er underkastet konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Den spanske regering har ikke anført denne bestemmelse for at begrunde betalingen af det initialgebyr, der er pålagt den anden operatør.

I nærværende sag finder Kommissionen ikke, at der kan indrømmes fritagelse i henhold til bestemmelserne i artikel 90, stk. 2, da der ikke foreligger oplysninger, der gør det muligt at konkludere, at initialgebyret retligt eller faktisk tjener til udførelse af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.

KONKLUSION

(31) På baggrund af ovenstående finder Kommissionen, at det konkurrencemæssige handicap, som betalingen af et initialgebyr for koncession på drift af et GSM-net i Spanien medfører for den anden operatør, udgør en overtrædelse af traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86 —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Spanien træffer de nødvendige foranstaltninger for at fjerne den konkurrencefordrejning, der følger af det initialgebyr, som den har pålagt Airtel Móvil SA at betale, og sikrer lige vilkår for udbyderne af GSM-mobiltelefonitjenester på det spanske marked senest den 24. april 1997 ved:

i) at tilbagebetale initialgebyret til Airtel Móvil, eller

ii) efter Kommissionens godkendelse at gennemføre foranstaltninger, der økonomisk set svarer til den forpligtelse, der er pålagt den anden GSM-operatør.

De foranstaltninger, der træffes, må ikke berøre den konkurrence, som blev indført med godkendelsen af den anden GSM-operatør den 29. december 1994.

Artikel 2

Spanien underretter senest tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til Kongeriget Spanien.

Udfærdiget i Bruxelles, den 18. december 1996.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT

Medlem af Kommissionen