II

*(Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk)*

# KOMMISSIONEN

## KOMMISSIONENS BESLUT

**av den 4 oktober 1995**

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

**(Endast den italienska texten är giltig)**

(95/489/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

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

efter att i brev av den 3 januari 1995 och av den 30 januari 1995 ha gett de italienska myndigheterna respektive företaget Telecom Italia tillfälle att tillkännage sina synpunkter på kommissionens anmärkningar rörande det engångsbelopp som har ålagts Omnitel Pronto Italia, och

med beaktande av följande:

### SAKFÖRHÅLLANDET

#### Den statliga åtgärden i fråga

(1) Den italienska regeringen har krävt ett engångsbelopp för att bevilja en andra licens för att upprätta och driva ett telenät på italienskt territorium för att tillhandahålla allmänna tjänster inom mobil radiotelefoni genom det alleuropeiska digitala GSM-systemet. Denna skyldighet angavs i specifikationerna och gäller inte för den offentliga operatören Telecom Italia.

#### Företaget och de berörda tjänsterna

(2) Företaget Telecom Italia Spa kontrolleras av STET som innehar 55 % av dess kapital. STET kontrolleras i sin tur av IRI och därigenom av den italienska regeringen. Telecom Italia är därför ett offentligt företag enligt artikel 90.1.

Med en omsättning på 26 700 miljarder italienska lire är Telecom Italia den sjätte största teleoperatören i världen. Företaget sysselsätter 101 000 personer och har mer än 25 miljoner abonnenter.

När Telecom Italia bildades 1994 övertog företaget de exklusiva rättigheterna att driva det allmänt tillgängliga telenätet och att tillhandahålla telefonitjänster som 1984 hade beviljats SIP för en period på 20 år.

(3) Den digitala, cellulära mobiltelefoni som är baserad på GSM-standarden (Global System for Mobile Communications) är en tjänst som nyligen utvecklats i Europa och som möjliggör för abonnenter att såväl ringa som att motta samtal överallt inom gemenskapen samt i vissa andra europeiska länder. Tjänsten, som grundas på användningen av ett digitalt system, en mobiltelefon och ett SIM-kort (Subscriber Identity Module), erbjuder större utvecklingsmöjligheter än de mer traditionella radiotelefonitjänsterna som baseras på analog teknik. Digital teknik ger en överlägsen kvalitet och möjliggör dessutom överföring av data med hög hastighet och kodning vilket garanterar bättre skydd mot samtalsavlyssning samt utnyttjar färre frekvenser än analoga system. Därtill kommer att GSM-systemet grundas på gemensamma EG-standarder avseende gemensamma frekvensband som har godkänts på gemenskapsnivå och i motsats till analoga system som ofta inte är kompatibla från en medlemsstat till en annan är GSM-systemet tänkt att bli en av de alleuropeiska tjänster som Europe-

iska unionens politik på teleområdet (1) har som ett av sina främsta mål att främja. Slutligen finns det anledning att framhålla att den marknad som håller på att skapas för GSM-tjänster är särskilt dynamisk; enligt vissa undersökningar uppskattas det att antalet användare i Västeuropa kan komma att öka från drygt en miljon 1993 till 15–20 miljoner år 2000 (2).

(4) Rådet har antagit ett direktiv enligt vilket frekvenserna 890–915 MHz och 935–960 MHz reserveras för införandet av det gemensamma systemet för mobil, digital radiotelefoni GSM (3). Dessa gemensamma frekvenser gör det möjligt för flera konkurrerande operatörer att jämsides verka på marknaden. GSM-tjänsten lanserades kommersiellt inom gemenskapen i slutet av 1992 och sedan dess har flertalet medlemsstater (Belgien, Spanien, Italien, Nederländerna, Finland, Förenade kungariket, Danmark, Tyskland, Frankrike, Portugal och Grekland) redan beviljat licenser till två operatörer, medan andra medlemsstater (Österrike och Irland) har tillkännagivit sin avsikt att följa deras exempel eller också redan inlett förberedelser för detta. Sverige har beviljat tre GSM-licenser. Förenade kungariket, Tyskland, Nederländerna och Frankrike har gett eller beslutat att ge en tredje operatör tillstånd att tillhandahålla tjänster inom digital, cellulär radiotelefoni på högre frekvensband grundat på DCS 1800-specifikationerna.

Europeiska post- och telesammanslutningen (CEPT) som organiserar de reglerande myndigheterna från trettiosex länder (bl.a. Italien) har rekommenderat att konkurrensen mellan GSM-operatörer bör uppmuntras aktivt och att konkurrenshämmande bestämmelser bör upphävas (4).

## Bakgrund

(5) I ett brev av den 29 juli 1993 anmodade kommissionen den italienska regeringen att antingen göra slut på Telecom Italia:s monopol (vid den tidpunkten SIP) inom GSM-mobilradiotelefoni eller att framlägga sina argument som svar på kommissionens anmärkningar mot monopolet. Till följd av denna begäran beslöt den italienska regeringen att utlysa en anbudsinfordran för beviljandet av en andra licens för femton år för driften av ett nät för GSM-mobilradiotelefoni. Anbudsinfordran offentliggjordes i *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* den 16 december 1993 (nr 294). I denna var det inte tal om betalning av något engångsbelopp.

Den 29 januari 1994 sände den italienska regeringen anbudsspecifikationen *(disciplinare de gara)* till de företag som hade svarat på anbudsinfordran. I det dokumentet föreskrevs att i anbuden skulle anges "det belopp i miljarder italienska lire som anbudsgivaren är beredd att betala som ett engångsbelopp när tillståndet beviljas" (klausul 4.9.1, s. 44). I anbudsspecifikationerna angavs dessutom att det erbjudna beloppet skulle vara ett urvalskriterium (s. 51), utan att det för den skull angavs vilken vikt som skulle fästas vid det. Den sista dagen för inlämnande av anbud fastställdes till den 1 mars 1994 (klausul 3.9, s. 19).

Specifikationerna sändes till kommissionen först den 2 mars 1994, dvs. efter den sista dagen för inlämnandet av anbud. Kommissionen beklagade i ett brev av den 1 april 1994 att det i specifikationerna för valet av den andra operatören införts ofördelaktigare villkor för denne än de som gällde för SIP, särskilt avseende engångsbeloppet (budgivningen) och den årliga minimiavgift som anbudsgivaren måste utfästa sig att betala under de fem första åren oberoende av hur stor omsättningen är, medan SIP endast betalar en avgift som motsvarar 3,5 % av dess faktiska intäkter.

Kommissionen anmodade därefter den italienska regeringen att stryka dessa båda förpliktelser och att undersöka de två kvarvarande konsortiernas anbud endast på grundval av de övriga kriterier som anges i specifikationerna, dvs. de kvalitativa kriterierna.

Den 18 april 1994 meddelade den italienska regeringen officiellt namnet på det utvalda konsortiet, Omnitel Pronto-Italia, samt de bedömningskriterier som tillämpats vid urvalet. Anbudsgivarna kände inte till bedömningsförfarandet. Det utvalda konsortiet hade uppnått de bästa resultaten för vart och ett av urvalskriterierna.

I ett brev av den 11 maj 1994 svarade kommissionen att den stod kvar vid sitt förbehåll mot "kravet på betalning av ett engångsbelopp", dvs. budgivningen. Eftersom alla andra urvalskriterier också utföll till Omnitels fördel begärde kommissionen att kravet på engångsbeloppet skulle omprövas utan att för den skull ifrågasätta eller försena driftstarten för denne operatör.

(1) Jfr. rådets rekommendation 87/371/EEG av den 25 juni 1987 (EGT nr L 196, 17.7.1987, s. 81).
(2) "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.
(3) Rådets direktiv 87/372/EEG av den 25 juni 1987 om vilka frekvensband som skall reserveras för det samordnade införandet av allmänt tillgänglig, alleuropeisk, cellulär, digital, landbaserad mobilkommunikation inom gemenskapen (EGT nr L 196, 17.7.1987, s. 85).
(4) "Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services", CEPT/ECTRA (92) 57, s. 17.

Eftersom den italienska regeringen inte besvarade denna skrivelse, påminde kommissionen den 27 juli 1994 om att den inte kunde avsluta det pågående överträdelseförfarandet förrän licensen formellt beviljats och begärde på nytt den italienska regeringens aktuella ståndpunkt beträffande budgivningen. Med hänsyn till att den årliga minimiavgift som pålagts den andra operatören är mindre betungande än det nämnda kravet på inbetalning av ett engångsbelopp, beslöt kommissionen att enbart koncentrera sig på den sistnämnda aspekten, dock utan att för den skull godta den förstnämnda.

Som svar på denna sistnämnda punkt meddelade de italienska myndigheterna genom ett brev daterat den 8 augusti 1994 att konkurrenterna och alltså också det utvalda konsortiet väl kände till denna förpliktelse, eftersom den uttryckligen hade föreskrivits i anbudsspecifikationerna och att problemet med detta tillvägagångssätt hade förefallit vara löst vid mötena mellan Post- och telekommunikationsministeriet och Omnitel Pronto Italia:s företagsledning. Den 31 oktober 1994 svarade kommissionen att även om anbudsgivaren för det andra operatörstillståndet hade godtagit villkoren för att erhålla licensen påverkade detta på inget sätt dessa villkors eventuella diskriminerande karaktär, och vidhöll sin begäran.

Den 3 januari 1995 anmodade kommissionen formellt den italienska regeringen att antingen utan dröjsmål upphäva den förpliktelse som ålagts den andra operatören att betala ett engångsbelopp eller att framlägga sina synpunkter som svar på kommissionens argument. De italienska myndigheterna svarade den 28 februari, den 17 maj och den 10 augusti 1995.

## KOMMISSIONENS BEDÖMNING

### Artikel 90.1

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

Telecom Italia är ett offentligt företag som har givits exklusiva rättigheter för att driva det fasta telenätet och tillhandahålla telefonitjänster (enligt artikel 1 i kommissionens direktiv 90/388/EEG [1]) samt analoga mobila radiotelefonitjänster. Den italienska regeringen tilldelade likaledes företaget den 22 december 1994 rätten att driva ett mobilt GSM-radiotelefoninät, vilket är att betrakta som en särskild rättighet eftersom denne operatör inte valts ut enligt objektiva, icke diskriminerande kriterier.

I enlighet med domstolens rättspraxis [2] bör detta monopols förenlighet med reglerna i fördraget bedömas på grundval av artikel 90 och de bestämmelser som denna hänvisar till, i detta fall i synnerhet artikel 86.

### Artikel 86

*Den relevanta marknaden*

(7) Den relevanta marknaden är marknaden för drift av digitala, cellulära, mobila radiotelefonitjänster. Denna marknad bör skiljas från marknaden för telefoni samt från marknaden eller marknaderna för den (eller de) andra mobila telekommunikationstjänsterna.

(8) Kommissionen definierar marknaden för telefoni i direktiv 90/388/EEG. I direktivet görs åtskillnad mellan "tjänster vars tillhandahållande helt eller delvis består av sändning och fördelning av signaler på det allmänt tillgängliga telenätet" och mobila radiotelefonitjänster vilka inte omfattas av direktivet.

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

(10) För att en produkt skall kunna anses utgöra en avgränsad marknad som är tillräckligt differentierad från andra marknader bör den, i enlighet med domstolens rättspraxis, kunna identifieras genom särskilda egenskaper som skiljer den från andra produkter på så sätt att den endast i ringa grad är utbytbar med dem och endast utsatt för en obetydlig konkurrens från dem [3].

[1] Direktiv av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT nr L 192, 24.7.1990, s. 10).

[2] Särskilt dom av den 19 maj 1993, mål C-320/91, "Corbeau", art. 12.

[3] Dom av den 14 februari 1978, mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207.

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

Denna differentiering framgår också av en mycket betydande prisskillnad; enligt en undersökning som utförts av OECD (Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling) skulle kostnaden för en mobiltelefonanvändare (beräknad på grundval av ett representativt urval av tjänster) i medeltal för hela OECD-området vara fyra gånger högre än användarens kostnader för samma tjänster via det fasta nätet (1).

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

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

I detta sammanhang påpekar kommissionen att cellulär GSM-mobilradiotelefoni inte endast är en teknisk utveckling av det äldre konceptet med analog, cellulär radiotelefoni. Förutom de fördelar som GSM erbjuder i fråga om röståtergivningskvalitet och effektivare användning av den tillgängliga frekvensbandbredden (som gör det möjligt att inom samma tilldelade frekvensområde öka antalet användare betydligt) erbjuder denna tjänst nya funktioner, vilka beskrivs nedan, och som motsvarar behov som endast en del av mobilradiotelefonianvändarna har:

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

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

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

iv) Den digitala tekniken gör det möjligt att erbjuda en hel rad avancerade teletjänster som inte kan erbjudas på ett analogt nät (eller som endast kan erbjudas till betydligt högre kostnad).

v) Taxorna för GSM-tjänster är i de flesta medlemsstater för närvarande fortfarande betydligt högre än för analog mobiltelefoni.

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

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

(1) OECD, studie publicerad den 24 februari 1993.

Slutsatserna av den rättsliga bedömningen skulle under alla omständigheter inte bli annorlunda även om analog radiotelefoni och GSM endast skulle utgöra två segment av samma marknad.

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

*Dominerande ställning*

(14) Enligt domstolens rättspraxis kan ett företag som innehar ett i lag reglerat monopol för tillhandahållandet av vissa tjänster inneha en dominerande ställning i enlighet med artikel 86 i fördraget [1]. Detta är fallet med Telecom Italia och dess dotterbolag Telecom Italia Mobil som bildades i juli 1995, vilka tillsammans är de enda företag som lagligen kan erbjuda ett allmänt tillgängligt telenät, telefonitjänster och analoga radiotelefonitjänster i Italien, det vill säga tre marknader på vilka företagen således innehar en dominerande ställning.

*Missbruk av dominerande ställning*

(15) Domstolen har påpekat att "ett sunt icke-snedvridet konkurrenssystem så som det föreskrivs i fördraget förutsätter att de olika rörelseidkarna garanteras lika möjligheter" [2].

Lika möjligheter för rörelseidkare är viktigt framför allt när det gäller nya aktörer på en marknad där en dominerande operatör från en besläktad, men avgränsad, marknad håller på att etablera sig, vilket är fallet med Telecom Italia och dess dotterföretag Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile åtnjuter redan betydande fördelar när det gäller att uppnå en dominerande marknadsandel på marknaden för GSM-radiotelefoni:

— En tidsmässig fördel; företaget har redan möjlighet att marknadsföra sina tjänster medan den andra operatören inte kommer att vara klar att inleda verksamheten förrän under andra hälften av 1995.

— Potentiella kunder; Telecom Italia Mobile har mer än 2,2 miljoner abonnenter för sina analoga radiotelefonitjänster TACS (februari 1995) och får 100 000 nya abonnenter varje månad.

Dessa tjänster kommer emellertid att bli mindre attraktiva i framtiden på grund av GSM:s överlägsna möjligheter. TACS drivs för övrigt inom frekvensband som är reserverade för GSM-mobilradiotelefoni. På sikt kommer därför en del av TACS-abonnenterna att gå över till GSM. Telecom Italia Mobile har alltså redan en potentiell kundkrets för sina GSM-tjänster.

— Ett befintligt distributionsnät som är känt hos allmänheten eftersom Telecom Italia Mobile kan bjuda ut sin GSM-tjänst genom sitt TACS-distributionsnät.

— Särskild förmånlig information, eftersom Telecom Italia Mobile genom sin erfarenhet från TACS har erhållit detaljerad information om den italienska befolkningens telefonvanor avseende såväl användarkategorier som geografiska regioner. På grund av att Telecom Italia dessutom åtnjuter en monopolställning för att tillhandahålla fasta förbindelser för GSM-nätoperatörerna [3], kommer företaget också i fortsättningen att erhålla viktig information om samtalstrafiken.

— Stordriftsfördelar på infrastrukturområdet, eftersom Telecom Italia Mobile för närvarande är den enda operatören på området för fast och mobil analog telefoni har företaget tillgång till platser och antenner för att sätta upp ett GSM-nät som konkurrenten inte har tillgång till.

Telecom Italia skulle inte, utan att bryta mot artikel 86 i Romfördraget, kunna utsträcka sin dominerande ställning på marknaden för analog tråd- eller mobiltelefoni över till marknaden för GSM-radiotelefoni genom att pålägga sin konkurrent ökade kostnader, t.ex. genom att kräva avgifter för sammankoppling som inte står i relation till kostnaderna.

(17) I enlighet med artikel 90.1 i Romfördraget måste Italien samtidigt avstå från att vidta åtgärder som, genom att öka kostnaderna för marknadstillträdet för den enda konkurrenten till ett offentligt företag på en marknad som nyligen öppnats för konkurrens, i betydande grad snedvrider denna konkurrens. På grund av den tillkommande finansiella börda som läggs på det enda konkurrerande företaget kommer i själva verket Telecom Italia Mobile att stå inför valet mellan två marknadsstrategier vilka bägge innebär en överträdelse av artikel 90.1 i förening med artikel 86 i fördraget.

[1] Dom av den 3 oktober 1985, mål C-311/84, Centre Belge d'études de marché — Telemarketing/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, REG 1985, s. 3261.

[2] Se dom av den 19 mars 1991, C-202/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1991, s. I-1271, punkt 51.

[3] Telecom Italia och dess filial Telecom Italia Mobile driver det fasta nätet och mobiltjänsterna. OMNITEL-Pronto Italia får däremot endast upprätta radiobryggor om företaget kan påvisas att Telecom Italia inte inom en rimlig tid kan tillhandahålla de fasta förbindelser som företaget begär.

i) Utvidgning av det offentliga företagets dominerande ställning (1)

Det engångsbelopp på 750 miljarder italienska lire som den andra operatören på marknaden betalat måste med nödvändighet skrivas av mot de framtida intäkterna. Den andre operatören kommer därför att få svårigheter att kunna konkurrera med den första operatören med hjälp av rabatterade taxor. Den förste operatören, Telecom Italia Mobile, som inte behöver skriva av motsvarande belopp, och som för övrigt, som följd av Telecom Italias monopol på infrastrukturen (2), känner till den andre operatörens kostnadsstruktur, skulle på så sätt kunna uppmuntras till att, genom att tillämpa lägre taxor, utvidga sin dominerande ställning på infrastrukturmarknaden och marknaden för analog mobiltelefoni till att också omfatta marknaden för GSM-mobiltelefoni. Det rör sig om en utvidgning av en dominerande ställning till följd av den konkurrensfördel som snedvridningen av kostnadsstrukturen har givit upphov till, genom budgivningsförfarandet vilket medför att den statliga åtgärden står i strid med artikel 90 i förening med artikel 86.

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

Kravet att betala in 750 miljarder italienska lire kommer för övrigt också att försena den nya operatörens investeringar, eftersom en del av startkapitalet måste användas till att betala engångsbeloppet enligt budgivningen och kan därför inte investeras i att utveckling av nätet utöver det som är nödvändigt för att bjuda ut tjänster i överensstämmelse med de minimikrav som fastställs i koncessionen. Detta kommer att försena utvecklingen och skulle omvänt kunna uppmuntra Telecom Italia Mobile att skjuta upp sin egen marknadsföring av GSM-tjänsten (3). TACS-systemet är nämligen attraktivare eftersom det garanterar Telecom Italia Mobile säkra intäkter till följd av att företaget erbjuder denna tjänst i kraft av en monopolställning och eftersom huvuddelen av investeringarna dessutom redan är amorterade.

Eftersom Telecom Italia-koncernen, vilket redan har påpekats, på grund av sin monopolställning när det gäller infrastrukturen, känner till den andra operatörens kostnadsstruktur och skulle därför kunna ledas att behålla högre taxor för sina GSM-tjänster än vad som skulle ha varit fallet utan den statliga åtgärden i fråga. Detta skulle kunna begränsa produktionen, marknaden för och den tekniska utvecklingen av GSM-tjänsten, som bygger på en mer avancerad teknik, till förmån för den äldre analoga tjänsten, till nackdel för konsumenterna enligt artikel 86 andra stycket b.

Detta skulle dessutom försena utvecklingen mot personlig kommunikation som kombinerar mobila och fasta nät. Denna utveckling av motkombinerade nät kan för övrigt förverkligas endast om tarifferna för mobilkommunikationen sänks väsentligt.

Enligt domstolens rättspraxis (4) föreskrivs i artikel 90.1 att medlemsstaterna inte skall vidta åtgärder som kan antas leda till att företaget bryter mot de bestämmelser som denna hänvisar till, i föreliggande ärende särskilt de som föreskrivs i artikel 86.

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

(18) Det ansvar som läggs på en medlemsstat i enlighet med artiklarna 86 och 90.1 i Romfördraget kan endast åberopas om överträdelsen av företaget i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. I detta fall föreligger en sådan risk eftersom de italienska GSM-operatörernas kommersiella verksamhet kan utsträckas att omfatta medborgare i övriga medlemsstater som kan förvärva "SIM-kort" i Italien såväl som i övriga medlemsstater genom länkningsavtal (roaming) med de operatörer som täcker dessa områden.

(1) Se särskilt dom av den 17 november 1992, förenade målen C-271/90 C-281/90 och C-289/90, Spanien, Belgien, och Italien mot kommissionen, REG 1992, s. I-5833, punkt 36.

(2) I specifikationerna föreskrivs till förmån för den andra operatören en nedsättning med 50 % i förhållande till de offentliga taxorna för de fasta förbindelser som hyrs av SIP. Trots denna nedsättning är den andra italienska GSM-operatörens kostnad för de fasta förbindelserna ändå tre gånger högre än den som tillämpas av BT i Förenade kungariket för operatörer inom cellulär telefoni.

(3) Så som kommissionen redan underströk i sin underrättelse av den 29 juli 1993: "eftersom det har monopol på tillhandahållandet av mobila radiotelefonitjänster, har det offentliga företaget inte något större intresse av att introducera den andra tjänsten (GSM) inom en nära framtid".

(4) Se dom av den 23 april 1991, mål C-41/90, Höfner/Macrotron, REG 1991, s. I-1979, samt domarna av den 18 juni 1991, mål C-260/89, EPT/Dimotiki Etaira Pliroforisis m.fl., REG 1991, s. I-2925, och av den 5 oktober 1994, mål C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, REG 1994, s. I-5077.

### De italienska myndigheternas svar

(19) I sitt brev av den 28 februari 1995 understryker den italienska regeringen att betalningen av engångsbeloppet utgjorde ett av kriterierna för valet av den andra operatören. Den andra operatören gjorde alltså ett strategiskt val när han erbjöd beloppet, eftersom det i anbudsspecifikationerna varken anges minimi- eller maximibelopp.

Anbudsspecifikationerna gav dessutom anbudsgivaren möjlighet att föreslå ändringar och eventuella ytterligare specifikationer som exempelvis borttagandet av engångsbeloppet eller utspridningen av betalningen över flera år. Vidare visste anbudsgivarna att Telecom Italia Mobile inte skulle vara förpliktigad att betala motsvarande belopp.

Den italienska regeringen preciserar att det inte var möjligt att ålägga Telecom Italia Mobile att betala motsvarande belopp eftersom detta företag redan hade gjort sina investeringar i telesektorn innan den liberaliserades och att företaget således hade räknat med att amortera dem i en situation där de hade monopol på att tillhandahålla tjänsten i fråga.

När den andra operatören fastställde beloppet för den engångsinbetalning som han var beredd att betala, beaktade han enligt den italienska regeringen nödvändigtvis de positiva faktorerna, som t.ex. de investeringar som Telecom Italia Mobile redan hade gjort och möjligheten till "roaming"-avtal på den nationella marknaden för att göra det möjligt för den andra operatören att använda Telecom Italia Mobile:s nät.

Den italienska regeringen bestrider därför att Telecom Italia:s och dess dotterbolag Telecom Italia Mobile:s dominerande ställning skulle ha stärkts. Den bestrider också att betalningen av engångsbeloppet skulle ha haft en negativ inverkan på investeringarna och på taxorna eftersom det i den andra operatörens tillstånd fastställs detaljerade förpliktelser i frågan.

Avslutningsvis vägrar den italienska regeringen att upphäva betalningen av engångsbeloppet. Om detta urvalskriterium utesluts, kommer det enligt den italienska regeringen att bli nödvändigt att inleda ett nytt urvalsförfarande för att kunna beakta principerna om öppenhet och icke-diskriminering. Enligt den italienska regeringen skulle slopandet av en del av anbudsspecifikationerna, som exempelvis erbjudandet att betala ett engångsbelopp för tillträde till GSM-marknaden, nödvändigtvis kräva ett nytt anbudsförfarande. Konkurrenterna kunde ju ha formulerat sitt anbud annorlunda i avsaknad av kriteriet avseende betalningen av engångsbeloppet. Detta argument bekräftades i brev den 10 augusti 1995.

(20) Den italienska regeringen avvisar i sitt brev av den 17 maj 1995 sambandet mellan betalningen av engångsbeloppet och risken för utvidgning av dominerande ställning.

När det gäller betalningen av engångsbeloppet, hävdar den italienska regeringen att Telecom Italia Mobile tidigare har dragit på sig kostnader som överstiger detta belopp för att utveckla den nya tjänsten, samt dessutom att öppnandet av GSM-tjänsten för konkurrens har påverkat Telecom Italia Mobile:s beräknade intäkter från driften av tjänsten negativt. Dessutom skulle återbetalningen av engångsbeloppet möjliggöra för de övriga anbudsgivare som slagits ut i anbudsprocessen att angripa Omnitel:s tillstånd vilket skulle kräva ett omtagande av anbudsförfarandet. På den punkten bekräftar den italienska regeringen på nytt att avlägsnandet av skyldigheten för den andre operatören att betala ett engångsbelopp med nödvändighet skulle kräva att ett nytt anbudsförande genomfördes.

När det gäller risken för utvidgning av Telecom Italia:s och dess dotterbolag Telecom Italia Mobile:s dominerande ställning, understryker den italienska regeringen att, tack vare dess ingripande, har avtal kunnat ingås mellan Telecom Italia och Omnitel om sammankoppling av det sistnämnda företagets GSM-nät med Telecom Italia:s fasta telenät, om "roaming" på försök för Omnitel:s tjänster via Telecom Italia Mobile:s GSM-nät, om Telecom Italia Mobile:s GSM-distributionssystem och om åtskild redovisning mellan GSM-tjänsten och Telecom Italia:s övriga verksamhet.

### Kommissionens bedömning

(21) Kommissionen har inte ifrågasatt den italienska regeringens beslut att använda två skilda förfaranden för att bevilja GSM-tillstånd. Den har emellertid vid flera tillfällen uppmanat den italienska regeringen att säkerställa att det använda förfarandet och de antagna kriterierna för att bevilja den andra licensen inte medför ökade inträdeskostnader för den nya operatören på GSM-marknaden i förhållande till den offentliga operatören.

Nyinvesteringarna för att upprätta ett GSM-nät i Italien uppgår till ca 2 000 miljarder italienska lire. Engångsbeloppet tillkommer utöver den nyinvesteringskostnaden och ökar därför den andra operatörens finansieringsbehov med mer än en tredjedel. Eftersom Telecom Italia Mobile inte har samma kostnad, är det inte riktigt att hävda att inbetalningen av engångsbeloppet inte skulle ha stärkt dess ställning. Telecom Italia kan använda de på så sätt inbesparade finansiella resurserna för att utvidga sitt distributionsnät eller för att lämna potentiella abonnenter specialerbjudanden.

Dessutom har Telecom Italia Mobile ett tidsmässigt försprång för att få avkastning på de betydande belopp som investerats för att utveckla GSM-tjänsten. När Telecom Italia Mobile ställer sitt nät till den andra nationella operatörens förfogande inom ramen för det nationella "roaming"-avtalet, kommer slutligen inte den sistnämnda operatören att kunna dra fördel av investeringen kostnadsfritt utan kommer också att bli tvungen att bidra till avskrivningskostnaden för investeringen i fråga.

(22) Det faktum att anbudsgivarna till den andra licensen var medvetna om den framtida snedvridningen av konkurrensen på GSM-marknaden i Italien till förmån för Telecom Italia Mobile påverkar på intet sätt denna obalans. De företag som ändå önskade komma in på marknaden hade för övrigt inget annat val än att ta hänsyn till detta underläge i sin affärsplan.

Det är inte heller riktigt att engångsbeloppet inte kommer att ha någon inverkan på taxorna eller den täckning man kan erbjuda. Den andra operatörens tillstånd innehåller de mål som han själv förbinder sig att uppnå efter att ha anpassat dessa nedåt med hänsyn till kostnaden för betalningen av engångsbeloppet. Den italienska regeringen medger själv i detta hänseende att om det inte hade krävts någon inbetalning av ett engångsbelopp, så skulle anbudsgivarna "ha kunnat utforma de ekonomiska målen för var och en av bedömningsgrunderna annorlunda". Möjligheten till "roaming" på den nationella marknaden som föreskrivs i specifikationerna kan dessutom helt säkert inte anses utgöra en tillräcklig kompensation för det underläge som har påtvingats den andra operatören. Vid nuvarande tidpunkt har den italienska regeringen ännu inte meddelat kommissionen att ett avtal ingåtts på detta område med den andra operatören.

(23) Till sist är påståendet, att anbudsförfarandet skulle behöva göras om ifall kravet på inbetalning av engångsbeloppet släpptes för att kunna uppfylla kraven på öppenhet och icke-diskriminering, inte övertygande.

Eftersom det utvalda konsortiet hade presenterat det bästa anbudet enligt alla de övriga urvalskriterierna konstaterade kommissionen i sitt brev av den 11 maj 1994 att det var både möjligt och nödvändigt att ompröva detta krav på betalning av ett engångsbelopp utan att för den skull ifrågasätta eller försena påbörjandet av den andra operatörens verksamhet.

Dessutom hade viktningen av de olika urvalskriterierna inte meddelats de olika kandidaterna. Anbudsgivarna skulle således inte kunna hävda att de skulle ha inkommit med ett bättre anbud om de hade känt till att budgivningsinslaget, dvs. engångsbeloppet, skulle tas bort. Viktningen av det begärda engångsbeloppet skulle i själva verket ha kunnat vara minimal eller ingen alls.

Under alla förhållanden överlåter kommissionen, för att inte blanda sig i en fråga som delvis faller under italiensk nationell lagstiftning, till den italienska regeringen att välja medel för att komma till rätta med överträdelsen utan att uttryckligen förutse en återbetalning av engångsbeloppet. En sådan återbetalning är faktiskt inte det enda möjliga sättet att åtgärda den obalans som kravet på betalningen av engångsbeloppet givit upphov till. Den italienska regeringen skulle antingen kunna lägga ett motsvarande betalningskrav på Telecom Italia Mobile eller också vidta kompenserande åtgärder av det slag som nämnts vid kontakterna mellan kommissionen och de italienska myndigheterna, exempelvis

— att utan dröjsmål bevilja samtliga operatörer en ovillkorlig rätt att upprätta sin egen infrastruktur (och att ställa de radiofrekvenser som är nödvändiga för att upprätta hertzbryggor till deras förfogande) eller att använda andra företags befintliga infrastruktur som exempelvis det italienska järnvägsbolagets (FS), motorvägarna eller det offentliga italienska elföretagets (ENEL),

— att de avtal som ingåtts om "roaming" mellan de båda GSM-operatörerna faktiskt verkställs, vilket när det gäller teknik och taxor skulle kompensera den andra operatörens tidsmässiga underläge,

— att ge varje operatör tillgång till Telecom Italia:s kunddatabas TACS 900 under iakttagande av skyddet av personuppgifter,

— att göra en översyn av taxevillkoren för sammankoppling med Telecom Italia:s uppkopplade telenät,

— att ge tillstånd till samtliga operatörer att utnyttja alternativ teknologi som exempelvis DCS-1800 eller DECT i sitt tjänsteutbud.

Ett val som innebär ett återkallande av det givna tillståndet kan under inga omständigheter betraktas som ett lämpligt medel för att komma till rätta med överträdelsen, eftersom detta avlägsnar den enda existerande konkurrenten till det offentliga företaget Telecom Italia Mobile på GSM-marknaden och detta skulle leda till att Telecom Italia:s nuvarande monopol på det fasta nätet skulle utvidgas till GSM-nätet under hela den tid som krävs för att genomföra ett nytt anbudsförfarande vilket skulle förvärra konkurrenssituationen än mer på grund av det ytterligare tidsförsprånget.

(24) Kommissionens invändningar mot det engångsbelopp som den andra operatören, men inte Telecom Italia Mobile, har ålagts att betala, grundar sig inte på artikel 6 i Romfördraget. Inom ramen för detta förfarande gäller frågan inte diskrimineringen som sådan, utan effekten av den statliga åtgärden i fråga, som består i, vilket har visats ovan i punkterna 17 och 18, att den leder till att teleorganisationen antingen utvidgar sin dominerande ställning eller begränsar produktionen, marknaderna eller den tekniska utvecklingen.

Målet med detta förfarande är att få den italienska regeringen att vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra en sådan effekt. Den mest uppenbara åtgärden skulle vara att ålägga Telecom Italia Mobile att betala motsvarande belopp.

(25) Kommissionen skull även, på den italienska regeringens begäran, vara beredd att undersöka möjligheten för den italienska regeringen att upphöra med överträdelsen genom att vidta andra åtgärder under förutsättning att dessa verkligen uppväger den andra operatörens underläge.

Det ankommer på den italienska regeringen att inkomma med förslag i ärendet. Den italienska regeringen bör i varje fall tillhandahålla en sifferberäkning rörande dessa förslag som visar att de utgör en faktisk kompensation för de 750 miljarder italienska lire som Omnitel har betalat.

**Artikel 90.2**

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

(27) Kommissionen anser, för sin del, att bestämmelserna i artikel 90.2 inte är tillämpliga i förevarande ärende eftersom den inte har tillgång till några som helst upplysningar som gör det möjligt för den att dra slutsatsen att inbetalningen av engångsbeloppet kan motiveras av fullgörandet, rättsligt eller i praktiken, av en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse.

**SLUTSATS**

(28) Med beaktande av ovanstående uppgifter anser kommissionen att den konkurrensmässiga nackdel som uppstår genom kravet på betalning av engångsbeloppet, som endast ålagts den andra operatören, för beviljandet av tillstånd att driva ett GSM-nät i Italien, utgör en överträdelse av artikel 90.1 i fördraget i förening med artikel 86.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

*Artikel 1*

Den italienska regeringen skall vidta nödvändiga åtgärder för att undanröja den snedvridning av konkurrensen som orsakas av det engångsbelopp som företaget Omnitel Pronto Italia har ålagts att betala och säkerställa lika konkurrensvillkor för GSM-operatörerna inom mobil radiotelefoni på den italienska marknaden senast den 1 januari 1996 antingen genom att

— ålägga Telecom Italia Mobile att betala motsvarande belopp, eller genom att

— efter kommissionens godkännande, vidta korrigerande åtgärder som i ekonomiska termer är likvärdiga med den inbetalning som den andra operatören har gjort.

De konkreta åtgärder som vidtas får inte hämma den konkurrens som införts genom tillståndet till en andra GSM-operatör från den 2 december 1994.

*Artikel 2*

Den italienska regeringen skall meddela kommissionen de åtgärder som den vidtagit inom tre månader efter delgivning av detta beslut.

*Artikel 3*

Detta beslut riktar sig till republiken Italien.

Utfärdat i Bryssel den 4 oktober 1995.

*På kommissionens vägnar*

Karel VAN MIERT

*Ledamot av kommissionen*