II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 4 oktober 1995

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

(Slechts de tekst in de Italiaanse taal is authentiek)

(95/489/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 3 januari 1995 de Italiaanse autoriteiten en per brief van 30 januari 1995 de onderneming Telecom Italia in de gelegenheid te hebben gesteld om hun opmerkingen te maken met betrekking tot de grieven van de Commissie inzake de aan Omnitel Pronto Italia opgelegde aanvangsbetaling,

Overwegende hetgeen volgt:

DE FEITEN

De betrokken overheidsmaatregelen

(1) De Italiaanse Regering heeft voor de toekenning van een tweede concessie voor de totstandbrenging en het beheer op het Italiaanse grondgebied van een netwerk voor de levering van een openbare communicatiedienst van mobiele radiotelefonie via het GSM genaamde paneuropese digitale systeem, een aanvangsbetaling opgelegd. Deze verplichting was opgenomen in het lastenkohier en geldt niet voor de openbare exploitant Telecom Italia.

De onderneming en de betrokken diensten

(2) In de onderneming Telecom Italia Spa heeft de STET zeggenschap met een bezit van 55 % van het aandelenkapitaal. De STET wordt op haar beurt door de IRI en via deze door de Italiaanse Regering gecontroleerd. Telecom Italia is dus een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90, lid 1.

Op basis van haar omzet van 26 700 miljard lire is Telecom Italia de zesde telecommunicatie-exploitant ter wereld. Zij telt 101 000 werknemers en meer dan 25 miljoen abonnees.

Bij haar oprichting in augustus 1994 heeft Telecom Italia de exclusieve rechten overgenomen voor de exploitatie van het openbaar telecommunicatienet en van de spraaktelefoniediensten die in 1984 voor een termijn van 20 jaar aan SIP waren toegekend.

(3) De digitale cellulaire mobiele telefonie volgens de GSM-norm („Global System for Mobile communications") is een dienst die recent in Europa werd ontwikkeld en het mogelijk maakt om oproepen te doen en om te worden opgeroepen terwijl men zich binnen de Gemeenschap en in sommige andere Europese landen verplaatst. Deze, op het gebruik van een numeriek systeem, een mobiel telefoonapparaat en een SIM-kaart („Subscriber Identity Module"), gebaseerde dienst biedt meer mogelijkheden dan de meer traditionele radiotelefoondiensten die op basis van analoge technologie werken. De numerieke technologie biedt immers niet alleen een betere kwaliteit maar ook de mogelijkheid van gegevensdoorgifte met hoge debietsnelheid; zij waarborgt een encryptie 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 gemeenschappelijke frequentiebanden die op communautair niveau zijn goedgekeurd en, in tegenstelling tot

de analoge systemen die tussen de verschillende Lid-Staten vaak niet compatibel zijn, kan het een van de paneuropese diensten worden waarvan de bevordering een van de voornaamste beleidslijnen van de Europese Unie op het gebied van telecommunicatie vormt (1). Ten slotte moet worden opgemerkt 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 (2) kunnen stijgen.

(4) De Raad heeft een richtlijn vastgesteld waarbij de frequenties van 890-915 Mhz en 935-960 Mhz voor de invoering van het gemeenschappelijke systeem van digitale mobiele GSM-radiotelefonie (3) 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 heeft de grote meerderheid van de Lid-Staten (België, Spanje, Italië, Nederland, Finland, Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Portugal en Griekenland) reeds aan twee marktdeelnemers licenties verleend; twee andere Lid-Staten (Oostenrijk en Ierland) hebben aangekondigd dat zij evenzo wensen te handelen of hebben hiertoe reeds procedures ingeleid. Zweden heeft drie GSM-licenties verleend. Het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Nederland en Frankrijk, ten slotte, hebben een derde marktdeelnemer toegestaan of hebben beslist deze toe te staan op een hoger frequentiebereik, op basis van de DCS-1800-specificaties, digitale cellulaire radiotelefoondiensten te exploiteren.

De CEPT („Conférence Européenne des Postes et Télécommunications") die de nationale regelgevende overheden van 36 landen (waaronder Italië) groepeert, heeft aanbevolen om de mededinging tussen exploitanten van GSM-diensten actief te bevorderen en de wettelijke hinderpalen af te schaffen (4).

Voorgeschiedenis

(5) Bij brief van 29 juli 1993 heeft de Commissie de Italiaanse Regering aangemaand om hetzij het monopolie van Telecom Italia (destijds de SIP) op het gebied van de mobiele GSM-radiotelefonie te beëindigen, hezij op de bezwaren van de Commissie tegen dit monopolie te aantwoorden. Op dit verzoek heeft de Italiaanse Regering besloten een aanbesteding uit te schrijven voor de toekenning van een tweede concessie voor 15 jaar voor het beheer van een netwerk van mobiele GSM-radiotelefonie. De aanbesteding werd gepubliceerd in de Gazetta Ufficiale della Reppubblica Italiana nr. 294 van 16 december 1993. Daarin was geen sprake van een aanvangsbetaling.

Op 29 januari 1994 heeft de Italiaanse Regering aan de ondernemingen die op de aanbesteding hadden geantwoord, het lastenkohier („disciplinare de gara") verzonden. Daarin wordt bepaald dat de offertes dienen te vermelden. „Het bedrag, in miljard lire, dat de inschrijver bereid is op het ogenblik van de toekenning van de concessie te betalen" (artikel 4.9.1, blz. 44). Daarnaast vermeldt het lastenkohier dat het voorgestelde bedrag een van de selectiecriteria vormt (blz. 51) zonder evenwel de daaraan toe te kennen weging te vermelden. De inschrijvingen dienden vóór 1 maart 1994 te worden ingediend (artikel 3.9, blz. 19).

Het lastenkohier werd eerst op 2 maart 1994 naar de Commissie gezonden, dus na het verstrijken van die termijn. Bij brief van 1 april 1994 liet de Commissie weten het te betreuren dat het lastenkohier voor de aanwijzing van de tweede exploitant voor deze minder gunstige voorwaarden dan voor SIP bevat en met name dat een aanvangsbetaling (het bod) moet worden betaald en dat, ongeacht zijn omzet, de kandidaat zich ertoe moet verbinden voor de eerste vijf jaren een jaarlijkse minimumretributie te betalen terwijl SIP deze retributie van 3,5 % slechts op het bedrag van haar effectieve inkomsten dient te betalen.

De Commissie verzocht de Italiaanse Regering bijgevolg om die twee verplichtingen te laten vallen en om de inschrijvingen van de twee overgebleven consortia slechts op basis van de overige criteria van het lastenkohier, dit wil zeggen kwalitatieve criteria, te onderzoeken.

Op 18 april 1994 deelde de Italiaanse Regering officieel de naam van het uitgekozen consortium, Omnitel Pronto Italia, mede alsook de weging die voor die keuze werd gehanteerd. Die weging was niet aan de kandidaten bekend. Het uitgekozen consortium verkreeg de beste noteringen op elk van de selectiecriteria.

In haar brief van 11 mei 1994 antwoordde de Commissie dat zij met betrekking tot de „initiële economische betaling", dit wil zeggen het bod, bij haar voorbehoud bleef. Gelet op het feit dat alle overige criteria voor Omnitel gunstig waren, vroeg de Commissie om die aanvangsbetaling opnieuw te bekijken zonder daarbij de start van de dienst van deze exploitant in gevaar te brengen of te vertragen.

(1) Zie Aanbeveling 87/371/EEG van de Raad (PB nr. L 196 van 17. 7. 1987, blz. 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) Richtlijn 87/372/EEG van de Raad van 25 juni 1987 inzake de voor een gecoördineerde invoering van openbare paneuropese digitale cellulaire mobiele communicatie te land in de Gemeenschap beschikbaar te stellen frequentiebanden (PB nr. L 196 van 17. 7. 1987, blz. 85).
(4) „Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services", CEPT/ECTRA (92) 57, blz. 17.

Omdat antwoord op deze brief uitbleef, herinnerde de Commissie op 27 juli 1994 eraan dat zij de lopende inbreukprocedure niet kon afsluiten alvorens de licentie formeel was toegekend en informeerde zij onder meer opnieuw naar het recentste standpunt van de Italiaanse Regering inzake het bod. Aangezien de enkel aan de tweede exploitant opgelegde jaarlijkse minimumretributie minder aanzienlijk is in verhouding tot de aanvangsbetaling, heeft de Commissie besloten zich uitsluitend op het laatstgenoemde element te richten, hetgeen niet betekent dat zij daarmee het eerstgenoemde aanvaardt.

Bij brief van 8 augustus 1994 werd door de Italiaanse autoriteiten op het laatste punt geantwoord dat de concurrenten, en dus ook het uitverkoren consortium, van deze verplichting op de hoogte waren aangezien zij uitgedrukkelijk in het lastenkohier was voorzien en dat tijdens de gesprekken tussen de minister van Post en Telecommunicatie en de vertegenwoordigers van Omnitel Pronto Italia dit probleem leek te zijn opgelost. Op 31 oktober 1994 antwoordde de Commissie dat de aanvaarding door de tweede kandidaat van de voorwaarden voor het verkrijgen van de licentie geenszins afbreuk doet aan het eventueel discriminerende karakter van deze voorwaarden en zij herhaalde bijgevolg haar verzoek.

Op 3 januari 1995 heeft de Commissie vervolgens de Italiaanse Regering formeel aangemaand om hetzij de aan de tweede exploitant opgelegde verplichting een aanvangsbetaling te doen, in te trekken, hetzij haar opmerkingen in antwoord op de argumenten van de Commissie mede te delen. De Italiaanse autoriteiten hebben geantwoord bij schrijven van, respectievelijk 28 februari, 17 mei en 10 augustus 1995.

BEOORDELING VAN DE COMMISSIE

Artikel 90, lid 1

(6) 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 Lid-Staten 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 mededinging.

Telecom Italia is een overheidsbedrijf waaraan exclusieve rechten zijn toegewezen voor de exploitatie van het vaste telecommunicatienet en voor het aanbieden van spraaktelefoondiensten (in de zin van artikel 1 van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie [1]) en van digitale mobiele radiotelefoondiensten. De Italiaanse Regering heeft haar op 22 december 1994 ook het recht verleend voor het beheer van een mobiel netwerk voor GSM-radiotelefonie, dat als een speciaal recht moet worden beschouwd aangezien die exploitant niet op grond van objectieve en niet-discriminerende criteria werd aangewezen.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie [2] moet de verenigbaarheid van dit monopolie met de verdragsregels worden beoordeeld op basis van artikel 90 en van de artikelen waarnaar daarin wordt verwezen, voor het onderhavige geval artikel 86.

Artikel 86

De relevante markt

(7) De relevante markt is die voor de exploitatie van digitale cellulaire mobiele radiotelefoondiensten. Deze markt dient te worden onderscheiden van die van de spraaktelefonie alsmede van die (of deze) van de overige diensten van mobiele telecommunicatie.

(8) De Commissie heeft de markt van de spraaktelefonie gedefinieerd 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.

(9) Spraaktelefonie in de zin van die richtlijn is de voornaamste dienst die op het vaste openbare net, dit wil zeggen tussen gedefinieerde netwerkaansluitpunten, wordt geleverd. Deze aansluitpunten worden gedefinieerd 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, hetgeen betekent dat er geen fysiek aansluitpunt is. De definitie van spraaktelefoondiensten zoals vermeld in artikel 1 van de richtlijn, kan daarom niet op de mobiele telefoondiensten worden toegepast.

(10) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie moet een produkt, „om als produkt van een voldoende gedifferentieerde markt te kunnen gelden, zich op grond van „zijn" bijzondere kenmerken dermate duidelijk van andere „produkten" onderscheiden, dat vervanging door die andere „produkten" slechts in beperkte mate mogelijk is en de concurrentie ervan nauwelijks bemerkbaar" [3].

[1] PB nr. L 192 van 24. 7. 1990, blz. 10.

[2] Met name het arrest van 19 mei 1993 in zaak C-320/91, „Corbeau", rechtsoverweging 12.

[3] Arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands tegen Commissie, Jurisprudentie 1978, blz. 207, rechtsoverweging 22.

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 voor een autotelefoon of voor een draagbare telefoon nemen, beëindigen normalerwijs niet het abonnement dat zij eerder 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 zeer groot prijsverschil : volgens een studie van de OESO (Organisatie voor Economische Samenwerking in Europa) zou de kostprijs voor de gebruiker van de mobiele telefonie (vastgesteld op basis van een mand van diensten) voor de OESO-zone als geheel, gemiddeld vier keer hoger zijn dan die van dezelfde, op het vaste net aangeboden diensten(1).

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

(11) 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, die het voorwerp vormen van de onderhavige beschikking, en de diensten van analoge cellulaire radiotelefonie.

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 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 ; op voorwaarde dat de netwerkexploitanten zogenoemde „roaming agreements" sluiten, biedt 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 op het geheel van 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 van mobiele radiotelefoondiensten binnen het nationale grondgebied of zelfs binnen een regionaal kader 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 de stemoverdracht ook de mogelijkheid om gegevens met hoge debietsnelheid te verzenden, waardoor specifieke behoeften van slechts een gedeelte van de daadwerkelijk of potentiële klanten van mobiele radiotelefoondiensten wordt aangesproken ;

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

iv) de digitale technologie maakt het mogelijk om een gamma van geavanceerde telecommunicatiediensten te verzekeren die niet (of tegen een veel hogere kostprijs) op basis van een analoog netwerk kunnen worden aangeboden ;

v) in de meeste Lid-Staten liggen de tarieven voor de GSM-diensten thans nog steeds boven die voor de analoge mobiele telefonie.

In deze omstandigheden is een zuivere vervanging van de analoge radiotelefonie door het GSM-systeem in het algemeen niet op korte termijn mogelijk. Het is integendeel waarschijnlijk 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 aangezien zij aan sterk 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.

(12) 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.

(1) OESO-studie, gepubliceerd op 24 februari 1993.

In elk geval zouden de conclusies van de juridische beoordeling niet anders luiden indien de analoge radiotelefonie en de GSM slechts twee segmenten van een zelfde markt zouden vormen.

(13) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie vormt deze markt, die zich thans over het hele grondgebied van Italië uitstrekt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

De machtspositie

(14) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan een onderneming die een wettelijk monopolie bezit voor de levering van bepaalde diensten een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag innemen [1]. Dit is het geval voor Telecom Italia en haar in juli 1995 opgerichte dochtermaatschappij Telecom Italia Mobile, die samen als enige op wettige wijze het publiek in Italië het netwerk voor telecommunicatie, de spraaktelefonie en de analoge radiotelefonie in Italië kunnen aanbieden, drie markten waarop zij dus een machtspositie genieten.

Misbruik van machtspositie

(15) Het Hof van Justitie heeft erop gewezen dat „een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het EG-Verdrag, slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers" [2].

Die gelijke kansen zijn vooral van belang met betrekking tot de nieuwe marktdeelnemers in een markt waarin een exploitant met een machtspositie op een nabije maar onderscheiden markt zich aan het vestigen is, zoals het geval is met Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile beschikt reeds over belangrijke troeven om een dominant marktaandeel op de markt van de GSM-radiotelefonie te verwerven :

— een voordeel in de tijd : zij is reeds in staat om haar dienst te commercialiseren terwijl de tweede exploitant slechts in de tweede helft van 1995 gereed zal zijn ;

— potentiële klanten : Telecom Italia Mobile bedient met haar dienst van analoge radiotelefonie, TACS (februari 1995), meer dan 2 200 000 abonnees en lokt 100 000 abonnees per maand aan.

Deze dienst zal echter in de toekomst een deel van haar aantrekkingskracht verliezen wegens de superieure mogelijkheden van GSM. Bovendien wordt TACS geëxploiteerd op de mobiele GSM-radiotelefonie gereserveerde frequenties. Op termijn zal bijgevolg een deel van de abonnees van TACS op GSM overschakelen. Telecom Italia Mobile beschikt voor haar GSM-dienst dus reeds over potentiële klanten ;

— een bestaand distributienet dat bekendheid geniet bij het publiek, in de mate waarin Telecom Italia Mobile haar GSM-dienst via haar TACS-distributeurs kan commercialiseren ;

— bevoorrechte informatie : Telecom Italia Mobile heeft zich door haar ervaring op het gebied van TACS nauwgezet kunnen inlichten over de gewoonten van de Italianen op het gebied van het telefoonverkeer, per gebruikersgroep en per regio. Aangezien zij bovendien een monopolie geniet voor de levering van de vaste verbindingen voor de netten van GSM-exploitanten [3], zal Telecom Italia belangrijke informatie over de verkeersstromen blijven vergaren ;

— schaalvoordelen op het gebied van infrastructuur : aangezien zij thans de enige exploitant is van vaste en mobiele analoge telefonie, beschikt Telecom Italia Mobile over vestigingen en antennes voor de oprichting van haar GSM-net die voor haar concurrent niet toegankelijk zijn.

Telecom Italia zou haar machtspositie op de markt van kabeltelefonie of van analoge mobiele telefonie niet naar de markt van de GSM-radiotelefonie kunnen uitbreiden door de kosten van haar concurrent te doen stijgen, bij voorbeeld door verbindignskosten te vragen die niet door de kosten ervan gerechtvaardigd worden, zonder artikel 86 van het Verdrag te schenden.

(17) Uit hoofde van artikel 90, lid 1, van het Verdrag dient Italië zich eveneens te onthouden van maatregelen die de intreekosten van de enige concurrent van een overheidsbedrijf of een recent voor de mededinging opengestelde markt zouden doen stijgen en die op significante wijze die mededinging zouden vervalsen. Gelet op de aan haar enige concurrent opgelegde bijkomende financiële lasten, heeft Telecom Italia Mobile in feite de keuze tussen twee commerciële strategieën die elk van beide een schending van artikel 20, lid 1, in samenhang met artikel 86 van het Verdrag, aan doen treden :

[1] Arrest van 3 oktober 1985, zaak C-311/84, Centre belge d'études de marché Telemarketing tegen Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Jurisprudentie 1985, blz. 3261.

[2] Arrest van 19 maart 1991, zaak C-202/88, Frankrijk tegen Commissie, Jurisprudentie 1991, blz. I-1271, rechtsoverweging 51.

[3] Telecom Italia en haar dochtermaatschappij Telecom Italia Mobile exploiteren het vaste net en de mobiele diensten. Daarentegen kan Omnitel Pronto Italia slechts radioverbindingen oprichten wanneer zij aantoont dat Telecom Italia haar de gevraagde huurlijnen niet binnen redelijke termijn kan verschaffen.

i) de uitbreiding van de machtspositie van het overheidsbedrijf (1)

De door de tweede exploitant op die markt verrichte aanvangsbetaling van 750 miljard lire zal noodzakelijkerwijs uit de ontvangsten moeten worden gehaald. De tweede exploitant zal het derhalve moeilijk hebben om met de eerste exploitant te concurreren door kortingen op de tarieven toe te passen. De eerste exploitant, Telecom Italia Mobile, die niet dezelfde afschrijvingen heeft te verrichten en die overigens wegens het monopolie van Telecom Italia op de infrastructuur de kostenstructuur van de tweede exploitant kent (2), zou aldus kunnen worden aangemoedigd om door lagere tarieven aan te rekenen haar huidige machtspositie inzake infrastructuur en analoge radiotelefonie tot de markt van de GSM-radiotelefonie uit te breiden. Dit is een uitbreiding van de machtspositie als gevolg van het concurrentievoordeel dat door de uit het bod voortvloeiende distorsie van de kostenstructuur wordt teweeg gebracht en waardoor de overheidsmaatregel strijdig wordt met artikel 90 in samenhang met artikel 86.

ii) beperking van de produktie, de afzet of de technische vooruitgang in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder b)

De noodzaak om de 750 miljard lire te financieren zal overigens ook een vertraging teweeg brengen in de investeringen van de nieuwe marktdeelnemer die een deel van zijn startkapitaal voor de betaling van het bod moet bestemmen en dus niet méér in de ontwikkeling van zijn net kan steken dan voor de commercialisering van zijn dienst, overeenkomstig de in diens concessie vastgestelde minima, nodig is. Dit zal de ontwikkeling ervan vertragen en zou ook Telecom Italia Mobile kunnen aanmoedigen om de commercialisering van de eigen GSM-dienst te vertragen (3). Het TACS-systeem is immers aantrekkelijker omdat het Telecom Italia Mobile inkomsten waarborgt aangezien zij dit systeem aanbiedt als monopolist en aangezien bovendien het grootste deel van de investeringen reeds is afgeschreven.

Zoals reeds vermeld, is het concern Telecom Italia trouwens wegens zijn monopolie op de infrastructuur van de kostenstructuur van de tweede exploitant op de hoogte en het concern zou derhalve kunnen worden aangemoedigd om voor zijn GSM-dienst hogere tarieven te handhaven dan het zonder de betrokken overheidsmaatregel zou doen. Dit zou met betrekking tot de GSM-dienst, waarin een geavanceerdere technologie is belichaamd, de produktie, 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 bovendien de evolutie vertragen naar persoonlijke communicaties waarbij mobiele en vaste netwerken worden gecombineerd. Deze convergentie kan immers slechts werkelijkheid worden indien de tarieven voor de mobiele verbindingen aanzienlijk dalen.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie (4) verbiedt artikel 90, lid 1, dat de Lid-Staten maatregelen nemen die de onderneming ertoe zouden kunnen brengen de bepalingen te schenden waarnaar dit artikel verwijst, in het onderhavige geval artikel 86.

Zowel in het een als in het andere geval is de betrokken overheidsmaatregel dus in strijd met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86, tweede alinea, onder b), van het Verdrag.

(18) Er is slechts sprake van verantwoordelijkheid van een Lid-Staat uit hoofde van de artikelen 86 en 90, lid 1, van het Verdrag, indien de onwettige gedraging van de betrokken onderneming de handel tussen Lid-Staten ongunstig zou kunnen beïnvloeden. In de onderhavige zaak bestaat potentieel een dergelijk effect omdat de commerciële activiteiten van de Italiaanse GSM-exploitanten zich tot de onderdanen van andere Lid-Staten kunnen uitstrekken, die zich in Italië „SIM"-kaarten kunnen verschaffen, en ook de gebieden van andere Lid-Staten kunnen bestrijken door de „roaming"-overeenkomsten met de exploitanten die deze gebieden bestrijken.

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

(2) Het lastenkohier voorzag een vermindering van 50 % op het gepubliceerde tarief van de huurlijnen van SIP ten gunste van de tweede exploitant. Ondanks deze reductie is de kostprijs van de huurlijnen voor de tweede GSM-exploitant in Italië nog drie maal hoger dan die welke British Telecom in het Verenigd Koninkrijk voor de exploitanten van cellulaire telefonie toepast.

(3) Zoals de Commissie reeds in haar schriftelijke aanmaning van 29 juli 1993 had onderstreept: „poiché detiene il monopolio della fornitura della telefonia radiomobile, l'impresa pubblica ha scarso interesse ad introdurre l'altro servizio (il GSM) in tempi brevi".

(4) Zie arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner tegen Macrotron, Jurisprudentie 1991, blz. I-1979, alsmede de arresten van 18 juni 1991, zaak C-260/89, EPT, 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.

Het antwoord van de Italiaanse autoriteiten

(19) In haar brief van 28 februari 1995 onderstreept de Italiaanse Regering dat de aanvangsbetaling een van de selectiecriteria voor de tweede exploitant vormde. Het door de tweede exploitant aangeboden bedrag zou bijgevolg voortvloeien uit een strategische keuze van deze laatste, aangezien het lastenkohier noch een minimum noch een maximum vermeldde.

Bovendien liet het lastenkohier de inschrijvers toe om wijzigingen voor te stellen en eventueel bepaalde zaken verder uit te dragen, zoals het afzien van de aanvangsbetaling of de spreiding daarvan over een aantal jaren. Anderzijds waren de kandidaten ervan op de hoogte dat deze verplichting niet voor Telecom Italia Mobile zou gelden.

De Italiaanse Regering verduidelijkt dat het niet mogelijk was om aan Telecom Italia Mobile een identieke betaling op te leggen aangezien deze haar investeringen in de sector reeds vóór de liberalisering ervan had verricht en zij bijgevolg erop rekende deze op basis van de exploitatie van de dienst als monopolist te kunnen afschrijven.

Bij de vaststelling van het bedrag van de aanvangsbetaling heeft de tweede exploitant dus volgens de Italiaanse Regering noodzakelijkerwijs rekening gehouden met de positieve factoren zoals de reeds door Telecom Italia Mobile verrichte investeringen en de mogelijkheid van „roaming" op het binnenlandse net waardoor de tweede exploitant het net van Telecom Italia Mobile kan gebruiken.

Bijgevolg betwist de Italiaanse Regering dat de machtspositie van Telecom Italia en van haar dochteronderneming Telecom Italia Mobile zou zijn versterkt. Zij betwist ook dat de aanvangsbetaling negatieve gevolgen zou hebben gehad voor de investeringen of voor het tariefniveau in de mate waarin de concessie van de tweede exploitant precieze verplichtingen ter zake bevat.

Tenslotte weigert de Italiaanse Regering om de aanvangsbetaling prijs te geven. Het afzien van dit selectiecriterium zou volgens de Italiaanse Regering een nieuwe selectieprocedure noodzakelijk maken teneinde de beginselen van doorzichtigheid en niet-discriminatie te eerbiedigen. Volgens de Italiaanse Regering zou het prijsgeven van een element zoals het bod om voor de intrede op de GSM-markt een som te betalen er noodzakelijk toe leiden dat met een nieuwe inschrijvingsprocedure dient te worden gestart. De concurrenten zouden immers hun inschrijving anders kunnen hebben opgesteld indien dit criterium van de aanvangsbetaling er niet was geweest. Deze redenering is bevestigd in een brief van 10 augustus 1995.

(20) In haar brief van 17 mei 1995 maakt de Italiaanse Regering het punt van de aanvangsbetaling los van het risico van uitbreiding van de machtspositie.

Wat de aanvangsbetaling betreft, verklaart de Italiaanse Regering dat Telecom Italia Mobile in het verleden voor de ontwikkeling van de nieuwe dienst hogere sommen dan dit bedrag heeft besteed en dat de opening van de GSM voor de mededinging bovendien negatieve gevolgen heeft gehad voor de inkomsten die Telecom Italia Mobile voor de exploitatie van die dienst had geraamd. De terugbetaling van die aanvangsbetaling zou de gepasseerde kandidaat trouwens de mogelijkheid geven om de concessie van Omnitel aan te vechten en met de selectieprocedure zou aldus opnieuw moeten worden begonnen. In dit verband wijst de Italiaanse Regering er nogmaals op dat de intrekking van de verplichting van een aanvangsbetaling voor de tweede exploitant tot gevolg zou hebben dat met een nieuwe selectieprocedure zou moeten worden begonnen.

Wat het risico betreft dat aan de machtspositie van Telecom Italia en van haar dochteronderneming Telecom Italia Mobile uitbreiding zou worden gegeven, onderstreept de Italiaanse Regering dat door haar tussenkomst overeenkomsten tussen Telecom Italia en Omnitel zijn gesloten met betrekking tot de interconnectie tussen het GSM-net van deze laatste en het vaste telefoonnet van Telecom Italia, de experimentele „roaming" van de Omnitel-dienst via het GSM-net van Telecom Italia Mobile, het GSM-distributiesysteem van Telecom Italia Mobile en de gescheiden boekhouding tussen GSM en de overige activiteiten van Telecom Italia.

Beoordeling van de Commissie

(21) De Commissie betwist niet het besluit van de Italiaanse Regering om voor de toekenning van de GSM-concessies twee afzonderlijke procedures te gebruiken. Zij heeft evenwel herhaaldelijk de Italiaanse Regering verzocht de gebruikte procedure en de vastgestelde criteria voor de toekenning van de concessie aan de tweede licentie niet tot gevolg te doen hebben dat de toegangskosten voor de nieuwe exploitant op de GSM-markt in vergelijking met die van de openbare exploitant hoger zouden uitvallen.

De initiële investeringen voor de oprichting van een GSM-net in Italië bedragen ongeveer 2 000 miljard lire. De aanvangsbetaling komt bovenop de opstartkosten waardoor de financieringsbehoeften van de tweede exploitant met meer dan een derde stijgen. Aangezien deze uitgave niet voor Telecom Italia Mobile geldt, is het dus niet juist dat haar positie niet door de aanvangsbetaling zou worden versterkt. Telecom Italia kan de aldus uitgespaarde financiële middelen gebruiken om haar distributienet uit te breiden of om de potentiële abonnees met bijzondere aanbiedingen te lokken.

Voorts beschikt Telecom Italia Mobile over een tijdelijk voordeel om de aanzienlijke bedragen die voor de ontwikkeling van GSM werden aangewend, renderend te maken. Wanneer zij, ten slotte, haar net in het kader van de nationale „roaming" ter beschikking stelt van de tweede nationale exploitant, zal deze laatste van deze investering niet gratis gebruik kunnen maken maar zal deze eveneens in de afschrijving ervan moeten bijdragen.

(22) Het feit dat de kandidaten voor de tweede licentie op de hoogte waren van deze toekomstige verstoring van de mededinging op de GSM-markt in Italië ten gunste van Telecom Italia Mobile, doet aan dit onevenwicht niet af. De ondernemingen die desalniettemin op de markt hun intrede wilden doen, hadden overigens geen andere keuze dan dit nadeel in hun commercieel plan in te calculeren.

Het is dus evenmin juist dat de aanvangsbetaling geen invloed op de prijzen en de aangeboden dekking zal hebben. De concessie van de tweede exploitant herneemt de doelstellingen die deze zich zelf heeft opgelegd na de kosten van de aanvangsbetaling in mindering te hebben gebracht. De Italiaanse Regering geeft in dit verband zelf toe dat zonder de aanvangsbetaling de kandidaten „de economische doelstellingen voor elk van de evaluatiecriteria op een andere wijze hadden kunnen schikken". De mogelijkheid van „roaming" op het binnenlandse net zoals voorzien in het lastenkohier, kan anderzijds zeker niet als een voldoende vergoeding worden beschouwd voor het nadeel dat aan de tweede exploitant is opgelegd.

Tot op heden heeft de Italiaanse Regering de Commissie niet in kennis gesteld van de tenuitvoerlegging van een overeenkomst met de tweede exploitant dienaangaande.

(23) Het argument, dat indien van de aanvangsbetaling wordt afgezien, de concessieprocedure zou moeten worden herhaald teneinde de beginselen van doorzichtigheid en niet-discriminatie te eerbiedigen, kan ten slotte evenmin overtuigen.

Gelet op het feit dat het gekozen consortium de beste inschrijving had gedaan voor alle overige selectiecriteria en dat de Commissie in haar brief van 11 mei 1994 heeft vastgesteld dat het mogelijk en noodzakelijk was om deze initiële last opnieuw te bezien zonder daarmee de start van de dienst van de tweede exploitant in gevaar te brengen of te vertragen.

De weging van de verschillende selectiecriteria was trouwens niet aan de verschillende kandidaten medegedeeld. De kandidaten zouden dus niet kunnen stellen dat zij een beter bod zouden hebben gedaan indien zij hadden geweten dat het element van de aanvangsbetaling zou zijn prijsgegeven. De weging van de gevraagde aanvangsbetaling zou immers minimaal of onbestaand kunnen zijn geweest.

Teneinde zich niet te mengen in een zaak die gedeeltelijk onder nationaal Italiaans recht valt, laat de Commissie in elk geval de keuze van de middelen om de inbreuk ongedaan te maken aan de Italiaanse Regierng zonder uitdrukkelijk terugbetaling van de aanvangsbetaling te verlangen. Die terugbetaling is immers niet de enige mogelijke maatregel om het onevenwicht te verhelpen. Aan Italia Telecom Mobile zou een identiek bedrag kunnen worden opgelegd of de Italiaanse Regering zou andere maatregelen kunnen nemen zoals die welke in de contacten van de Commissie met de Italiaanse autoriteiten werden vermeld, zijnde :

— de toekenning van een onvoorwaardelijk recht aan elke exploitant om zijn eigen infrastructuur op te richten (en de terbeschikkingstelling aan deze van de nodige radiofrequenties om herzbruggen op te richten) of om de bestaande infrastructuur van derde ondernemingen zoals FS (de Italiaanse spoorwegen), de autowegen of ENEL te gebruiken ;

— de daadwerkelijke uitvoering van de „roaming"-overeenkomst tussen de twee exploitanten van GSM-radiotelefonie die vanuit technisch en tarifair oogpunt de vertraging voor de tweede exploitant zou compenseren ;

— de toegang tot de gebruikersbank van Telecom Italia Mobile-TACS 900 en inzonderheid tot de abonneelijst, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de individuele gegevens ;

— de herziening van de tarifaire voorwaarden voor interconnectie met het geschakeld telefoonnet van Telecom Italia ;

— de toekenning aan elke exploitant om andere technologieën te gebruiken, zoals de DCS-1800 of de DECT, voor de aanbieding van zijn dienst.

In geen geval mag een keuze die de intrekking van de gegunde concessie impliceert, worden beschouwd als een passend ongedaan maken van de inbreuk aangezien op die wijze de enige bestaande concurrent van het overheidsbedrijf Telecom Italia Mobile op de GSM-markt zou worden uitgeschakeld en het bestaande monopolie van Telecom Italia inzake vaste telefonie zou worden uitgebreid tot de GSM-radiotelefonie gedurende de gehele periode die nodig is om een nieuwe inschrijving te organiseren, zodat het bijkomend voordeel in de tijd de concurrentie nog meer zou bemoeilijken.

(24) De bezwaren van de Commissie tegen de aan de tweede exploitant en niet aan Telecom Italia Mobile opgelegde aanvangsbetaling berusten niet op artikel 6 van het Verdrag. In het kader van deze procedure gaat het probleem niet om de discriminatie als dusdanig maar om het effect van de betrokken overheidsmaatregel die, zoals in de overwegingen 17 en 18 is aangetoond, erin bestaat het telecommunicatieorgaan hetzij ertoe te brengen zijn machtspositie uit te breiden, hetzij de produktie, de afzet of de technische vooruitgang te beperken.

Deze procedure heeft tot doel de Italiaanse Regering ertoe te brengen de noodzakelijke maatregelen te nemen om een dergelijk effect te voorkomen. De meest evidente maatregel is het opleggen van een identieke betaling aan Telecom Italia Mobile.

(25) Indien de Italiaanse Regering zulks verzoekt, zou de Commissie ook bereid zijn om de mogelijkheid te onderzoeken om de inbreuk te beëindigen door de vaststelling van andere maatregelen, voor zover deze het nadeel voor de tweede exploitant daadwerkelijk compenseren.

Het staat aan de Italiaanse Regering om op dit stuk voorstellen te doen. Zij zou betreffende dié voorstellen in elk geval cijfergegevens moeten verschaffen waarbij wordt aangetoond dat deze voor de door Omnitel betaalde 750 miljard lire een daadwerkelijke compensatie opleveren.

Artikel 90, lid 2

(26) 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 Italiaanse Regering heeft deze bepaling niet ingeroepen ter rechtvaardiging van de aanvangsbetaling die enkel aan de tweede exploitant is opgelegd.

(27) De Commissie is van mening dat de bepalingen van artikel 90, lid 2, in dit geval niet van toepassing zijn, aangezien zij over geen gegevens beschikt waaruit zij kan besluiten dat de aanvangsbetaling door de wettelijke of feitelijke vervulling van een taak van algemeen economisch belang gerechtvaardigd is.

CONCLUSIE :

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

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

De Italiaanse Regering dient de nodige maatregelen te nemen om de concurrentieverstoring die voortvloeit uit de aan de onderneming Omnitel Pronto Italia opgelegde aanvangsbetaling, weg te nemen en om uiterlijk op 1 januari 1996 gelijkheid van voorwaarden tussen de exploitanten van mobiele radiotelefonie-GSM op de Italiaanse markt te waarborgen,

— hetzij door aan Telecom Italia Mobile een identieke betaling op te leggen,

— hetzij door, na akkoord van dé Commissie, maatregelen te nemen die economisch gezien gelijkwaardig zijn aan de door de tweede exploitant verrichte betaling.

De concrete vastgestelde maatregelen mogen geen verstoring opleveren van de mededinging die door de goedkeuring van een twee GSM-exploitant op 2 december 1994 is gecreëerd.

Artikel 2

De Italiaanse Regering dient de Commissie binnen een termijn van drie maanden, te rekenen van de bekendmaking van de onderhavige beschikking, de maatregelen mede te delen die zij zal hebben genomen.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de Italiaanse Republiek.

Gedaan te Brussel, 4 oktober 1995.

Voor de Commissie

Karel VAN MIERT

Lid van de Commissie