II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 4. oktober 1995

om driftsbetingelserne for den anden udbygning af GSM-mobilradiokommunikation i Italien

(Kun den italienske udgave er autentisk)

(95/489/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 3. januar 1995 til de italienske myndigheder samt skrivelse af 30. januar 1995 til Telecom Italia at have givet de berørte parter lejlighed til at fremsætte deres synspunkter vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter i forbindelse med det engangsbeløb som er afkrævet Omnitel Pronto Italia, og

ud fra følgende betragtninger:

SAGSFREMSTILLING

Den omhandlede statslige foranstaltning

(1) Den italienske regering har krævet betaling af et engangsbeløb i forbindelse med meddelelse af koncession til oprettelse og drift af et net til fremføring af offentlige mobilradiotelefonitjenester over det fælleseuropæiske GSM-system. Denne forpligtelse fremgik af udbudsbetingelserne og gælder ikke for det offentlige teleselskab, Telecom Italia.

Selskabet og de relevante tjenester

(2) Telecom Italia Spa kontrolleres af STET, der ejer 55 % af selskabskapitalen. STET kontrolleres af IRI og derfor indirekte af den italienske stat. Telecom Italia er således en offentlig virksomhed efter artikel 90, stk. 1.

Telecom Italia har en omsætning på 26 700 mia. lire og er verdens sjettestørste telekommunikationsselskab. Selskabet har 101 000 ansatte og over 25 millioner abonnenter.

Da Telecom Italia blev oprettet i august 1994, overtog det eneretten til driften af det offentlige telekommunikationsnet og taletelefoninettet, som SIP i 1984 fik overdraget for en 20-årig periode.

(3) Digital celleopbygget mobilradiokommunikation efter GSM-standarden (»Global System for Mobile communications«) er en nyudviklet tjeneste i Europa, der giver mulighed for at foretage og modtage opkald i EF og i visse andre europæiske lande, medens man bevæger sig fra et sted til et andet. Denne tjeneste, der er baseret på et digitalt system, et telefonapparat og et SIM-kort (Subscriber Identity Module), giver flere muligheder end de mere traditionelle radiotelefonitjenester, der er baseret på analog teknologi. 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 frekvensområder, 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 Den Europæiske Unions telekommunikationspolitik har som et af de vigtigste mål at fremme (1). Endelig skal det fremhæves, at det marked, der opstår i kølvandet på GSM-tjenesterne, er i kraftig udvikling, idet antallet af brugere i Vesteuropa ifølge visse undersøgelser, vil kunne øges fra lidt over en million i 1993 til 15-20 millioner i år 2000 (2).

(4) Rådet har vedtaget et direktiv, der forbeholder frekvenserne 890-915 og 935-960 Mhz til det fælles digitale GSM-mobilradiokommunikationssystem (3). Disse fælles frekvenser giver mulighed for, at flere operatører kan udbyde tjenester i konkurrence med hinanden. Det kommercielle udbud af GMS-tjenesten i EU begyndte i slutningen af 1992; siden da har de fleste medlemsstater (Belgien, Spanien, Italien, Nederlandene, Finland, Det Forenede Kongerige, Danmark, Tyskland, Frankrig, Portugal og Grækenland) allerede givet koncession til to operatører; andre medlemsstater (Østrig og Irland) har bebudet, at de har til hensigt at gøre det samme eller har allerede indledt procedurerne i den henseende. Sverige har givet koncession til tre GSM-operatører. Endelig har Det Forenede Kongerige, Tyskland, Nederlandene og Frankrig givet tilladelse til eller besluttet at give tilladelse til, at en tredje operatør må udbyde digitale celleopbyggede mobilradiokommunikationstjenester inden for et højere frekvensområde og på grundlag af DCS 1800-specifikationerne.

Den Europæiske Konference af Post- og Teleadministrationer (CEPT), der består af de nationale myndighedsorganer fra 36 lande (herunder Italien), har anbefalet, at konkurrencen mellem udbyderne af GSM-tjenester aktivt søges fremmet, og at de eksisterende lovgivningsmæssige hindringer herfor fjernes (4).

Baggrund

(5) Ved skrivelse af 29. juli 1993 anmodede Kommissionen den italienske regering om at ophæve Telecom Italias (på det tidspunkt SIP) monopol på GSM-mobiltelefoni eller besvare de klagepunkter, som Kommissionen har fremført mod dette monopol. Som følge af denne anmodning besluttede den italienske regering at indkalde bud vedrørende en femtenårig koncession på drift af et GSM-mobiltelefoninet. Udbuddet blev offentliggjort i Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana den 16. december 1993 (nr. 294). Der var ikke tale om betaling af et engangsbeløb.

Den 29. januar 1994 fremsendte den italienske regering udbudsbetingelserne (disciplinare de gara) til de virksomheder, der havde tilkendegivet interesse. Det foreskrives heri, at tilbudsgiverne skal anføre »det beløb i milliarder lire, som tilbudsgiveren er indstillet på at betale i forbindelse med koncessionen« (klausul 4.9.1, s. 44). I udbudsbetingelserne anføres det endvidere, at størrelsen af det foreslåede beløb vil være et af udvælgelseskriterierne (s. 51), uden at det imidlertid nævnes, hvilken vægt der vil blive tillagt dette kriterium. Fristen for indgivelse af bud var den 1. marts 1994 (klausul 3.9, s. 19).

Udbudsbetingelserne blev først fremsendt til Kommissionen den 2. marts 1994, dvs. efter fristens udløb. I skrivelse af 1. april 1994 udtrykte Kommissionen utilfredshed med, at udbudsbetingelserne giver den fremtidige anden operatør mindre gunstige betingelser sammenlignet med SIP, især hvad angår betaling af et engangsbeløb (bud) og betaling af en årlig mindsteafgift, som tilbudsgiveren forpligter sig til at betale de første fem år uanset omsætningens størrelse, medens SIP kun betaler en sådan afgift på 3,5 % af de faktiske indtægter.

Kommissionen opfordrede herefter den italienske regering til at opgive disse to forpligtelser og gennemgå de tilbageværende bud fra to konsortier, udelukkende på basis af de andre kriterier i udbudsbetingelserne, dvs., kvalitative kriterier.

Den 18. april 1994 meddelte den italienske regering officielt navnet på det valgte konsortium, nemlig Omnitel Pronto Italia, samt den vægtning, der blev tillagt udvælgelseskriterierne. Tilbudsgiverne var ikke bekendt med denne vægtning. Det udvalgte konsortium fik flest point for hvert udvælgelseskriterium.

Kommissionen svarede ved skrivelse af 11. maj 1994, at den fastholdt sit forbehold med hensyn til betaling af et engangsbeløb. Da alle de øvrige udvælgelseskriterier faldt ud til Omnitels fordel, anmodede Kommissionen den italienske regering, om at tage indbetalingen af et engangsbeløb op til fornyet overvejelse uden derved at stille spørgsmålstegn ved eller forsinke iværksættelsen af dette selskabs aktiviteter.

(1) Jf. Rådets henstilling 87/371/EØF af 25. juni 1987 (EFT nr. L 196 af 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/EØF af 25. juni 1987 om de frekvensbånd, der skal stilles til rådighed for samordnet indførelse af offentlig fælleseuropæisk digital celleopbygget landmobilradiokommunikation i Fællesskabet (EFT nr. L 196 af 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.

Den italienske regering besvarede ikke denne skrivelse, og den 27. juli 1994 mindede Kommissionen om, at den ikke kunne afslutte den igangværende overtrædelsesprocedure, før der formelt var givet koncession, og den udbad sig på ny den italienske regerings holdning til engangsbeløbet. Da den årlige mindsteafgift, som det er pålagt den anden operatør, at betale, er mindre tyngende end det nævnte engangsbeløb, har Kommissionen besluttet udelukkende at beskæftige sig med sidstnævnte beløb, dog uden at godkende førstnævnte.

Ved skrivelse af 8. august 1994 svarede de italienske myndigheder angående det sidste punkt, at konkurrenterne, og dvs. det valgte konsortium, var kendt med denne forpligtelse, der udtrykkeligt fremgik af udbudsbetingelserne, og at dette problem var blevet nævnt og løst under drøftelser mellem ministeren for Post og Telekommunikation og højtstående repræsentanter for Omnitel Pronto Italia. Den 31. oktober 1994 svarede Kommissionen, at det faktum, at den kommende anden operatør havde accepteret betingelserne for at få koncession, på ingen måde hindrer, at disse betingelser eventuelt er diskriminerende, og Kommissionen fastholdt sin anmodning.

Den 3. januar 1995 anmodede Kommissionen formelt den italienske regering om enten at fjerne kravet om, at den anden operatør indbetaler et engangsbeløb, eller fremsætte sine bemærkninger til de af Kommissionen fremførte klagepunkter. De italienske myndigheder svarede ved skrivelser af 28. februar, 17. maj og 10. august 1995.

KOMMISSIONENS VURDERING

Artikel 90, stk. 1

(6) 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.

Telecom Italia er en offentlig virksomhed, som har fået tildelt eksklusive rettigheder til drift af det faste telenet og udbud af taletelefonitjenester (jf. artikel 1 i Kommissionens direktiv 90/388/EØF [1]) samt analog mobilradiotelefoni. Den italienske regering tildeltes ligeledes den 22. december 1994 ret til drift af et GSM-mobilradiotelefoninet, hvilket må betragtes som en særrettighed, da den omhandlede operatør er udpeget efter kriterier der ikke er objektive og ikke-diskriminerende.

I henhold til EF-Domstolens retspraksis [2] skal dette monopols forenelighed med traktatens bestemmelser vurderes på grundlag af artikel 90 og de bestemmelser, den henviser til, i dette tilfælde navnlig artikel 86.

Artikel 86

Det relevante marked

(7) Det relevante marked er drift af digitale celleopbyggede mobilradiokommunikationstjenester. Dette marked adskiller sig fra markedet for taletelefoni og markedet (eller markederne) for de øvrige mobilteletjenester.

(8) 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 mobilradiokommunikationstjenester, der ikke falder ind under direktivets anvendelsesområde.

(9) I medfør af nævnte 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 mobilkommunikation befinder nettermineringspunktet sig derimod på radiogrænsefladen 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 mobilradiokommunikationstjenester.

(10) Det fremgår af Domstolens retspraksis herom, at »for at det skal kunne antages, at den pågældende 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« [3].

[1] Direktiv af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (EFT nr. L 192 af 24. 7. 1990, s. 10).

[2] Jf. dom af 19. maj 1993, sag C-320/91, »Corbeau«, præmis 12.

[3] Dom af 14. februar 1978, sag. 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 207.

Det står imidlertid klart, at mobilradiokommunikation og telefoni via det faste net stort set ikke er indbyrdes substituerbare. Brugere, der tegner et 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. Mobilradiokommunikation er derfor en ny tjeneste, der supplerer, men ikke erstatter den traditionelle telefon.

Denne differentiering viser sig desuden i en meget betydelig prisforskel. Ifølge en undersøgelse foretaget af OECD (Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling) er udgiften for brugeren af mobilradiokommunikation (beregnet på grundlag af en kurv af tjenester) gennemsnitligt for hele OECD-området fire gange større end brugerens udgifter for de samme tjenester via det faste net (1).

Det er ganske vist tænkeligt, at mobilradiokommunikationens stadig større udbredelse med tiden vil føre til, at der dannes ét, og kun ét, telekommunikationssystem, som omfatter forskellige markeder, der i dag er adskilte. Betingelserne for anvendelsen af artikel 86 skal imidlertid vurderes på grundlag af den aktuelle efterspørgsel og ikke en udvikling, der kan aftegne sig i en ikke nærmere angivet fremtid.

(11) Der er således af ovennævnte årsager god grund til at antage, at mobilradiokommunikation 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 de celleopbyggede mobilradiokommunikationstjenester baseret på GSM-standarden, som der er tale om i denne beslutning, og analoge celleopbyggede radiokommunikationstjenester.

I denne forbindelse bemærker Kommissionen, at celleopbygget GSM-mobilradiokommunikation ikke blot er en teknisk videreudvikling af det ældre koncept med analog celleopbygget radiokommunikation. Ud over de fordele, GSM frembyder i form af en forbedret kvalitet i stemmegengivelsen og en bedre udnyttelse af det disponible frekvensområde (hvorved antallet af brugere pr. tildelt frekvensområde kan øges betragteligt), giver tjenesten mulighed for at tilbyde nye funktioner, som kun tilgodeser behovene hos en del af brugerne af mobilradiokommunikation:

i) GSM-tjenesten er baseret på en EF-standard og har dermed et fælleseuropæisk sigte; takket være de såkaldte »roaming«-aftaler mellem netoperatørerne giver systemet alle brugere mulighed for at foretage opkald fra deres apparat uden for det lands område, hvor det teleselskab, hos hvem abonnementet er tegnet, er beliggende og i det hele taget på alle, der har tilsluttet sig den samme standard (GSM Memorandum of Understanding) i Europa som i resten af verden. Denne nye funktion er uden interesse for brugere, der af erhvervsmæssige årsager kun benytter mobilradiokommunikationstjenester inden for ét lands område eller måske kun inden for en landsdel. For andre kan den modsat være selve grunden til at træffe en beslutning om at tegne abonnement

ii) ud over stemmefremføring giver GSM-tjenesten mulighed for at foretage højhastighedstransmission af data, hvilket igen kun tilgodeser de specifikke behov hos et begrænset udsnit af den reelle eller potentielle kundekreds for mobilradiokommunikationstjenester

iii) digital kodning af meddelelser giver mulighed for at sikre et fortrolighedsniveau, der langt overstiger det, der kan sikres via det analoge system, hvilket igen er en fordel, der kun er af interesse for et begrænset udsnit af brugerne (fortrinsvis forretningsfolk)

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

v) taksterne for GSM-tjenester er på nuværende tidspunkt i de fleste medlemsstater højere end for analog mobiltelefoni.

På denne baggrund er der generelt ingen planer om på kort sigt simpelthen at udskifte den analoge radiotelefoni med GSM-systemet. Det er tværtimod sandsynligt, at der, selv om der foregår et skred i kundekredsen fra det ene system til det andet, fortsat vil være to systemer side om side i mange år fremover, idet de tilgodeser meget forskellige behov. Det viser sig i øvrigt, at selv i de lande, hvor GSM-systemet er fuldt funktionsdygtigt, fortsætter visse teleselskaber med at investere i markedet for analoge tjenester.

(12) På basis af ovenstående — de nuværende forhold samt den mulige udvikling af markedet — er der derfor grund til at betragte markedet for GSM-radiokommunikationstjenester som et marked, der formodentlig ligeledes udgør et særskilt marked i forhold til markedet for analog mobiltelefoni.

(1) OECD, analyse offentliggjort den 24. februar 1993.

Konklusionerne i den retlige vurdering ville under alle omstændigheder være de samme, selv om analog radiokommunikation og GSM blot var to segmenter af det samme marked.

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

Den dominerende stilling

(14) Ifølge EF-Domstolens retspraksis kan en virksomhed, som har et retligt monopol på levering af bestemte tjenester, indtage en dominerende stilling efter traktatens artikel 86 (1). Dette er tilfældet for Telecom Italia og datterselskabet Telecom Italia Mobile, der blev oprettet i juli 1995, og som sammen er de eneste, der lovligt kan udbyde tjenester til offentligheden via telekommunikationsnettet, taletelefonitjenester og analoge mobilradiokommunikationstjenester i Italien, dvs. tre markeder, hvor de således indtager en dominerende stilling.

Misbrug af dominerende stilling

(15) Domstolen har fastslået at »et marked med frie konkurrencevilkår som omhandlet i traktaten forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder« (2).

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, som det er tilfældet med Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile har allerede store fordele, når det drejer sig om at erobre en dominerende andel af markedet for GSM-mobilradiokommunikation:

— en tidsmæssig fordel, idet selskabet allerede kan markedsføre sine tjenester, medens konkurrenten først vil være klar i anden halvdel af 1995

— en potentiel kundekreds, idet Telecom Italia Mobile har over 2,2 millioner abonnenter på sin analoge mobiltelefontjeneste TACS (februar 1995) og får hver måned 100 000 nye abonnenter.

Denne tjeneste vil imidlertid i fremtiden blive mindre attraktiv på grund af de fordele som GSM-systemet tilbyder. TACS tilbydes endvidere på frekvenser, der er forbeholdt GSM-mobilradiokommunikation. På sigt vil en del af TACS-abonnenterne skifte til GSM-systemet. Telecom Italia Mobile har derfor allerede en potentiel kundekreds til GSM-tjenesten

— et eksisterende net, som er velkendt af offentligheden, idet Telecom Italia Mobile kan markedsføre sin GSM-tjeneste via sit TACS-distributionsnet

— særlige oplysninger, idet Telecom Italia Mobile takket være sin erfaring på TACS-området har nøjagtige oplysninger om den italienske befolknings telefonvaner efter brugergrupper og geografisk område. Da Telecom Italia endvidere har monopol på levering af faste forbindelser til GSM-operatørernes net (3), vil selskabet fortsat få væsentlige oplysninger om samtaletrafikken

— stordriftsfordele på infrastrukturområdet; Telecom Italia Mobile er på nuværende tidspunkt den eneste operatør af faste og mobile analoge telefonitjenester, og selskabet disponerer derfor over områder og antenner til oprettelse af sit GSM-net, som konkurrenten ikke har adgang til.

Telecom Italia vil ikke uden at overtræde EF-traktatens artikel 86 kunne udnytte sin dominerende stilling på markedet for faste telefonitjenester og analoge mobiltelefonitjenester på det nye marked for GSM-mobiltelefonitjenester ved at pålægge konkurrenten øgede omkostninger, f.eks. opkrævning af tilslutningsgebyrer, der ikke er omkostningsbaserede.

(17) I medfør af traktatens artikel 90, stk. 1, skal Italien samtidig 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 for konkurrence, forvrider konkurrencen mærkbart. Over for den ekstra økonomiske byrde, som pålægges den eneste konkurrent, har Telecom Italia Mobile valget mellem to strategier, som begge medfører en overtrædelse af traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86:

(1) Dom af 3. oktober 1985, sag C-311/84, Centre belge d'études de marché — Télémarketing/Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion, Sml. 1985, s. 3261.

(2) Jf. dom af 19. marts 1991, Den Franske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, sag C-202/88, præmis 51, Sml. 1991, s. I-1271.

(3) Telecom Italia og datterselskabet Telecom Italia Mobile driver det faste net og mobiltjenester. Omnitel Pronto Italia kan derimod kun etablere radioforbindelser, hvis det kan godtgøre, at Telecom Italia ikke kan tilbyde de lejede kredsløb, der anmodes om, inden for en rimelig frist.

i) styrkelse af den offentlige virksomheds dominerende stilling (1)

Det engangsbeløb på 750 mia. lire som den anden operatør skal indbetale, skal nødvendigvis dækkes ind via indtægter. Den anden operatør vil derfor have vanskeligheder med at konkurrere med den første operatør gennem lavere takster. Den første operatør, Telecom Italia Mobile, der ikke skal afskrive noget engangsbeløb, og som er bekendt med den anden operatørs omkostningsstruktur via Telecom Italias monopol på infrastrukturen (2), 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. Der vil være tale om en styrkelse af en dominerende stilling på grund af en konkurrencemæssig fordel, der skyldes en forvridning af omkostningsstrukturen som følge af det omhandlede engangsbeløb, og den statslige foranstaltning er således i strid med traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 86

ii) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling efter artikel 86, litra b)

Da det endvidere er nødvendigt at finansiere de 750 mia. lire vil den nye markedsdeltager udskyde sine investeringer, idet en del af startkapitalen går til betaling af engangsbeløbet; selskabet vil således kun investere i udvikling af nettet i det omfang, det er nødvendigt for at markedsføre tjenesten i overensstemmelse med de minimumskrav, der er fastsat i koncessionen. Dette vil forsinke udviklingen og vil endvidere kunne tilskynde Telecom Italia Mobile til at udskyde sin markedsføring af GSM-tjenesten (3). TACS-systemet er i virkeligheden mere attraktivt, idet det giver Telecom Italia Mobile sikre indtægter, da der er tale om et monopol, og da de fleste af investeringerne endvidere er afskrevet.

Da Telecom Italia-koncernen som omtalt på grund af sit monopol på infrastruktur er bekendt med konkurrentens omkostningsstruktur, kan selskabet føle sig foranlediget til at bevare højere takster for GSM-tjenesterne, end tilfældet ville være uden den omhandlede statslige foranstaltning. Dette vil kunne begrænse produktionen, afsætningen og den tekniske udvikling til skade for forbrugerne efter artikel 86, litra b), hvad angår GSM-tjenester, der anvender en mere avanceret teknik og fremme de ældre analoge tjenester.

Det vil endvidere forsinke udviklingen af personkommunikation, der kombinerer mobile, og faste net, der kun vil være mulig, hvis taksterne for mobilkommunikation falder betragteligt.

Ifølge Domstolens retspraksis (4), 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.

Den omhandlede statslige foranstaltning er således i begge tilfælde i strid med traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med traktatens artikel 86, litra b).

(18) Det ansvar, som medlemsstaterne har i medfør af traktatens artikel 86 og 90, stk. 1, spiller kun en rolle, hvis den pågældende virksomheds uretmæssige praksis kan påvirke samhandelen. I nærværende sag foreligger der en sådan risiko, idet de italienske GSM-operatørers aktiviteter også kun bruges af borgerne i de øvrige medlemsstater, der kan erhverve SIM-kort i Italien og i de øvrige medlemsstater via »roaming«-aftaler med operatørerne.

(1) Jf. bl.a. dom af 17. november 1992, forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90, Kongeriget Spanien, Kongeriget Belgien og Den Italienske Republik mod Kommissionen, Sml. 1992, s. I-5833, præmis 36.

(2) I udbudsbetingelserne nævnes en nedsættelse på 50 % i den anden operatørs favør i forhold til SIP's takster for lejede kredsløb. På trods af denne nedsættelse vil den pris, som den anden GSM-operatør i Italien skal betale for at leje kredsløb, alligevel være tre gange højere end den takst, som BT i Det Forenede Kongerige anvender over for operatører af celleopbyggede radiokommunikationstjenester.

(3) Således som allerede fremført af Kommissionen i åbningsskrivelsen af 29. juli 1993: »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) Se dom af 23. april 1991, sag C-41/90, Höfner/Macrotron, Sml, 1991, s. I-1979, samt dom af 18. juni 1991, sag C-260/89, EPT/Dimotiki Etaira Pliroforisis m.fl. af 5. oktober 1994, sag C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Sml. 1994, s. I-5077.

De italienske myndigheders svar

(19) I skrivelse af 28. februar 1995 gør den italienske regering opmærksom på, at det omtalte engangsbeløb var et af kriterierne for udvælgelse af den anden operatør. Det beløb, som den anden operatør tilbød, er således udtryk for et strategisk valg, idet der i udbudsbetingelserne ikke var fastsat hverken minimums- eller maksimumsbeløb.

Endvidere kunne tilbudsgiveren ifølge udbudsbetingelserne foreslå ændringer og eventuelle uddybninger, som f.eks. bortfald af engangsbeløbet eller spredning af betalingen over flere år. Endvidere vidste tilbudsgiverne, at Telecom Italia Mobile ikke skulle betale et sådant beløb.

Den italienske regering præciserer, at det ikke var muligt at lade Telecom Italia Mobile betale et lignende beløb, da dette selskab allerede inden liberaliseringen havde investeret i denne sektor, og at selskabet derfor regnede med at afskrive investeringerne i en situation, hvor det havde monopol på udbuddet af tjenesten.

Den anden operatør har derfor, i henhold til den italienske regering, ved fastsættelsen af engangsbeløbets størrelse nødvendigvis taget højde for de positive faktorer, som f.eks. Telecom Italia Mobiles investeringer og muligheden for at indgå »roaming«-aftaler, der giver den anden operatør mulighed for at anvende Telecom Italia Mobiles net.

Den italienske regering bestrider derfor, at Telecom Italias og datterselskabet Telecom Italia Mobiles dominerende stilling er blevet styrket. Regeringen bestrider ligeledes, at betaling af et engangsbeløb har haft negative følger for investeringerne eller har påvirket taksterne, da den koncession, der er givet den anden operatør, fastsætter præcise forpligtelser i den henseende.

Endelig afviser den italienske regering at opgive engangsbetalingen. Hvis dette udvælgelseskriterium opgives, vil det ifølge den italienske regering være nødvendigt at starte forfra på udvælgelsesproceduren for at overholde principperne om gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling. Ifølge den italienske regering ville fjernelsen af engangsbeløbet for at komme ind på GSM-markedet nødvendigvis kræve en ny udbudsprocedure. Konkurrenterne kunne faktisk have udformet deres tilbud anderledes, hvis der ikke var et krav om betaling af et sådant engangsbeløb. Denne argumentation blev bekræftet af skrivelse af 10. august 1995.

(20) I skrivelse af 17. maj 1995 afviser den italienske regering at kæde spørgsmålet om betaling af et engangsbeløb sammen med risikoen for en styrkelse af en dominerende stilling.

Hvad angår engangsbeløbet, hævder den italienske regering, at Telecom Italia Mobile hidtil har brugt endnu større beløb til at udvikle den nye tjeneste, og at åbningen af GSM-markedet for konkurrence har haft negative følger for de indtægter, som Telecom Italia Mobile havde forventet i forbindelse med drift af denne tjeneste. En tilbagebetaling af engangsbeløbet ville gøre det muligt for den udelukkede kandidat at angribe Omnitels koncession, og udvælgelsesproceduren ville skulle gå om. Den italienske regering gentager, at en fjernelse af kravet om, at den anden operatør skal betale et engangsbeløb, ville gøre det nødvendigt at iværksætte en ny udvælgelsesprocedure.

Hvad angår risikoen for en styrkelse af Telecom Italias og datterselskabet Telecom Italia Mobiles dominerende stilling, understreger den italienske regering, at der takket være dens mellemkomst er indgået aftaler mellem Telecom Italia og Omnitel om tilslutning af sidstnævntes GSM-net til Telecom Italias faste telefonnet, om forsøgsvis »roaming« for Omnitels tjeneste via Telecom Italia Mobiles GSM-net, om Telecom Italia Mobiles GSM-distributionssystem, om særskilt regnskab for GSM og Telecom Italias andre aktiviteter.

Kommissionens vurdering

(21) Kommissionen har betvivlet den italienske regerings beslutning om at anvende to særskilte procedurer i forbindelse med bevilling af GSM-koncessionerne. Den har imidlertid ved flere lejligheder anmodet den italienske regering om at sikre, at den anvendte procedure og udvælgelseskriterierne i forbindelse med meddelelse af den anden koncession ikke medførte øgede startomkostninger for den nye deltager på GSM-markedet i forhold til det offentlige selskab.

De oprindelige investeringer til etablering af et GSM-net i Italien beløber sig til ca. 2 000 mia lire. Engangsbeløbet skal lægges oven i disse investeringer og øger derfor den anden operatørs finansieringsbehov med over en tredjedel. Da Telecom Italia Mobile ikke har samme udgift, er det ikke korrekt, at engangsbeløbet ikke styrker det offentlige selskabs stilling. Telecom Italia Mobile kan anvende de således sparede ressourcer til at udbygge sit distributionsnet eller fremsætte særtilbud til potentielle abonnenter.

Endvidere har Telecom Italia Mobile et tidsmæssigt forspring til at afskrive de betydelige beløb, der er investeret i udviklingen af GSM. Når selskabet stiller sit net til rådighed for den anden nationale operatør inden for rammerne af den nationale »roaming«-aftale, vil den anden operatør ikke gratis kunne nyde godt af investeringerne, idet selskabet ligeledes skal bidrage til afskrivningen.

(22) Det forhold, at tilbudsgiverne var bekendt med denne fremtidige konkurrenceforvridning på GSM-markedet i Italien til Telecom Italia Mobiles fordel, hindrer ikke, at der er tale om ulige vilkår. De virksomheder, der imidlertid ville ind på markedet, havde intet andet valg end at medtage dette handicap i deres planer.

Det er derfor ikke korrekt, at engangsbeløbet ikke vil få indflydelse på taksterne og den tilbudte dækning. Den anden operatørs koncession indeholder de målsætninger, som operatøren selv har forpligtet sig til at nå efter at have formindsket dem med engangsbeløbet. Den italienske regering indrømmer selv i den henseende, at hvis der ikke havde været en engangsbetaling, kunne tilbudsgiverne »have ændret de økonomiske målsætninger for hver vurderingsparameter«. Den mulighed for indgåelse af nationale kommercielle aftaler (»national roaming«), der nævnes i udbudsbetingelserne, er på ingen måde en tilstrækkelig kompensation for det handicap, der påtvinges den anden operatør. På nuværende tidspunkt har den italienske regering ikke underrettet Kommissionen om indgåelse af en aftale i den henseende med den anden operatør.

(23) Påstanden om, at udvælgelsesproceduren i tilfælde af opgivelse af engangsbeløbet skulle gå om for at overholde principperne om gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, er heller ikke overbevisende.

Da det valgte konsortium havde fremsat det bedste bud hvad angår alle de øvrige udvælgelseskriterier, fastslog Kommissionen i sit brev af 11. maj 1994, at det var muligt og nødvendigt at tage dette engangsbeløb op til fornyet overvejelse uden dermed at stille spørgsmålstegn ved eller forsinke iværksættelsen af den anden operatørs aktiviteter.

I øvrigt var vægtningen af de forskellige udvælgelseskriterier ikke blevet meddelt de forskellige tilbudsgivere. De kunne derfor hævde, at de ville have fremsat et bedre tilbud, hvis de havde vidst, at engangsbeløbet ville bortfalde. Vægtningen af det krævede engangsbeløb kunne faktisk være minimal eller uden betydning.

Under alle omstændigheder har Kommissionen for ikke at blande sig i et spørgsmål, der henhører under italiensk ret, overladt det til den italienske regering at vælge, hvorledes man vil råde bod på overtrædelsen uden udtrykkeligt at lægge sig fast på en tilbagebetaling af engangsbeløbet. En tilbagebetaling er faktisk ikke den eneste måde, hvorpå der kan rettes op på den skævhed, som betaling af dette beløb har skabt. Den italienske regering kunne enten kræve, at Telecom Italia Mobile betaler et lignende beløb, eller træffe kompenserende foranstaltninger i overensstemmelse med de under drøftelserne mellem Kommissionen og de italienske myndigheder nævnte, f.eks.:

— øjeblikkelig indrømmelse af en ubetinget ret til, at enhver operatør etablerer sin egen infrastruktur (og tilrådighedsstillelse af de frekvenser, der er nødvendige for at etablere radioforbindelser) eller anvender andre virksomheders infrastruktur, som f.eks. de italienske statsbaners, motorvejenes eller det nationale el-selskabs

— faktiske indgåelse af »roaming«-aftaler mellem de to operatører af GSM-mobilkommunikationstjenester, som på det tekniske og prismæssige område opvejer den anden operatørs handicap

— adgang til Telecom Italias TACS 900 kundedatabase under overholdelse af princippet om fortrolighed hvad angår persondata

— fornyet gennemgang af taksterne for tilslutning til Telecom Italias opkoblede telefonnet

— tilladelse til at enhver operatør kan benytte anden teknologi, som f.eks. DCS-1800 eller DECT til at udbyde sin tjeneste.

En tilbagekaldelse af den indrømmede koncession kan under ingen omstændigheder råde bod på overtrædelsen, da den eneste konkurrent til den offentlige virksomhed Telecom Italia Mobile på markedet for GSM-tjenester dermed ville blive fjernet, medens der blev gennemført en ny udbudsprocedure, og Telecom Italias nuværende monopol ville blive udvidet fra fast telefoni til GSM-mobilkommunikation, hvilket ville forværre konkurrencesituationen yderligere på grund af det tidsmæssige forspring.

(24) Kommissionens indvendinger mod det engangsbeløb, som afkræves af den anden operatør, men ikke af Telecom Italia Mobile, er ikke baseret på traktatens artikel 6. Problemet i forbindelse med denne procedure er ikke forskelsbehandling som sådan, men virkningen af den omhandlede statslige foranstaltning, der, som påvist i betragtning 17 og 18, er, enten at styrke teleselskabets dominerende stilling eller begrænse produktionen, afsætningen eller den tekniske udvikling.

Formålet med nærværende procedure er at få den italienske regering til at træffe foranstaltninger, der kan hindre disse virkninger. Den mest oplagte foranstaltning ville være at forpligte Telecom Italia Mobile til at betale et lignende beløb.

(25) Kommissionen vil ligeledes være indstillet på efter anmodning fra den italienske regering at undersøge muligheden for at bringe overtrædelsen til ophør ved at træffe andre foranstaltninger, for så vidt de effektivt opvejer den anden operatørs handicap.

Den italienske regering skal fremkomme med forslag til sådanne foranstaltninger. Den skal under alle omstændigheder fremlægge tal for disse forslag, hvoraf det fremgår, at der er tale om en faktisk kompensation for de 750 mia. lire, som Omnitel Pronto Italia har betalt.

Artikel 90, stk. 2

(26) 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 opfølgelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Den italienske regering har ikke anført denne bestemmelse for at begrunde betaling af det engangsbeløb, der er pålagt den anden operatør.

(27) I nærværende sag finder Kommissionen ikke, at bestemmelserne i artikel 90, stk. 2, kan finde anvendelse, da der ikke foreligger oplysninger, der gør det muligt at konkludere, at betaling af engangsbeløbet juridisk eller faktisk tjener til gennemførelsen af en foranstaltning al almen økonomiske interesse.

KONKLUSION

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

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den italienske regering træffer de nødvendige foranstaltninger for at fjerne den konkurrenceforvridning, der følger af det engangsbeløb, som det er pålagt virksomheden Omnitel Pronto Italia at betale, og sikrer lige vilkår for udbyderne af GSM-mobilradiokommunikation på det italienske marked senest den 1. januar 1996 ved:

— at fremsætte krav om, at Telecom Italia Mobile skal betale et lignende beløb, eller

— efter Kommissionens godkendelse at gennemføre foranstaltninger, der ud fra et økonomisk synspunkt kompenserer for det beløb, som den anden operatør har betalt.

De konkret trufne foranstaltninger må ikke berøre den konkurrence, som blev indført med godkendelsen af den anden GSM-operatør den 2. december 1994.

Artikel 2

Den italienske regering underretter inden for en frist på tre måneder regnet fra meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om, hvilke foranstaltninger den har truffet.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til Den Italienske Republik.

Udfærdiget i Bruxelles, den 4. oktober 1995.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT

Medlem af Kommissionen