II

*(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)*

# COMISSÃO

## DECISÃO DA COMISSÃO

**de 18 de Dezembro de 1996**

**relativa às condições impostas ao segundo operador de serviços de radiotelefonia GSM em Espanha**

**(Apenas faz fé o texto em língua espanhola)**

(97/181/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o nº 3 do seu artigo 90º,

Após ter notificado, por ofício de 23 de Abril de 1996, as autoridades espanholas e, por ofício de 30 de Maio de 1996, a Telefónica de España SA, para apresentarem as suas observações sobre as objecções da Comissão quanto ao pagamento inicial imposto à Airtel Móvil SA,

Considerando o seguinte:

### OS FACTOS

#### A medida nacional em causa

(1) O Governo espanhol impôs um pagamento inicial para a atribuição de uma segunda licença relativa à criação e exploração, no território espanhol, de uma rede para o fornecimento de um serviço público de radiotelefonia móvel com base num sistema digital paneuropeu, GSM (*global system for mobile communications*) («serviço GSM»).

Este requisito baseia-se no disposto no nº 4 do artigo 9º (*Bases*) e no artigo 16º do caderno de encargos aprovado por despacho ministerial (*Orden*) de 26 de Setembro de 1994 [1]. Este requisito não se aplica ao operador público, a Telefónica de España.

#### A empresa e os serviços em causa

(2) A Telefónica de España é uma empresa pública espanhola para efeitos do artigo 2º da Directiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas [2].

O Governo espanhol tem uma influência decisiva sobre a Telefónica de España pelos três motivos a seguir referidos:

i) O Estado espanhol é o accionista mais importante da Telefónica de España. Aquando do início do presente processo pela Comissão, o Estado espanhol tinha 31,8 % do capital social da empresa, tendo actualmente 21,16 %. As restantes acções são divididas entre aproximadamente 300 000 accionistas;

ii) O Governo espanhol dispõe do direito de designar um representante com direito de veto em relação às decisões tomadas pelo conselho de administração da Telefónica de España. Nos termos do nº 9 do artigo 2º do decreto-lei real (*Real Decreto-Ley*) 6/1996 de 7 de Junho de 1996 [3], este lugar será apenas suprimido a partir de 1 de Janeiro de 1998;

[1] BOE nº 231 de 27. 9. 1994, p. 29778.

[2] JO nº L 195 de 29. 7. 1980, p. 35.

[3] BOE nº 139 de 8. 6. 1996, p. 18975.

iii) Por força do contrato de concessão de 26 de Dezembro de 1991 («contrato de concessão») (1), o Governo espanhol dispõe do direito de nomear directamente 25 % dos membros do conselho de administração da Telefónica de España. Em consequência, e devido ao facto de o Estado espanhol ser o accionista mais importante, o governo espanhol nomeou 18 dos actuais 25 membros do conselho de administração, incluindo o presidente.

As acções da Telefónica de España são cotadas nas bolsas de valores em Espanha, bem como em Nova Iorque, Londres, Francoforte e Tóquio. Em termos de volume de negócios (1 740,57 biliões de pesetas espanholas em 1995) e resultados (133,2 mil milhões de pesetas espanholas em 1995), a Telefónica de España encontra-se entre os dez maiores operadores de telecomunicações a nível mundial. Emprega 69 570 trabalhadores e tem mais de 16 milhões de assinantes.

Deste modo, a Telefónica de España constitui uma empresa pública ou uma empresa que beneficia de direitos especiais ou exclusivos concedidos pelos Estados-membros nos termos do nº 1 do artigo 90º do Tratado CE.

(3) A Telefónica de España presta serviços de telecomunicações de «transmissão», «finais» e de «valor acrescentado» em todo o território espanhol por força da lei 31/1987, de 18 de Dezembro de 1987, relativa às telecomunicações (*Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones*) (2) («LOT») e do contrato de concessão. A Telefónica de España prestava em regime de monopólio alguns destes serviços [como, por exemplo, os serviços de telefonia vocal, abrangidos pelo disposto no artigo 1º da Directiva 90/388/CEE da Comissão de 28 de Junho de 1990 relativa à concorrência nos mercados dos serviços de telecomunicações (3)], ao passo que os outros serviços eram prestados em condições de concorrência limitada (como, por exemplo, os serviços GSM). A Telefónica de España beneficiava igualmente de direitos especiais juntamente com a Ente Publico Retevisión («Retevisión») e o organismo autónomo de Correos y Telégrafos, ambas empresas públicas, no que respeita ao fornecimento de capacidade de transmissão para os serviços de telecomunicações.

Em 7 de Junho de 1996, por força do decreto-lei real 6/1996 foi formalmente suprimido o monopólio relativo aos serviços de telefonia vocal, bem como o oligopólio sobre as infra-estruturas correspondentes. Actualmente, o Governo espanhol pode conceder licenças a novos operadores nacionais ou regionais. A Retevisión transferirá os seus activos no domínio das telecomunicações para uma nova entidade que já tem licença para a prestação de serviços de telecomunicações globais, tendo sido mandatada para alienar 80 % das suas acções no âmbito de um concurso limitado. Contudo, não se prevê que a nova entidade entre em funcionamento antes de meados de 1997.

Ao abrigo da LOT e do seu contrato de concessão, a Telefónica de España pode prestar serviços GSM sem ter participado em qualquer concurso para o efeito, tal e como descrito de forma mais pormenorizada no ponto 7 *infra*. A Telefónica de España foi autorizada pelo Governo espanhol a transferir a sua licença relativa à prestação de serviços de telefonia móvel — analógicos e GSM — para a Telefónica Servicios Móviles, SA («Telefónica Servicios Móviles»), uma filial a 100 % da Telefónica de España. Todas as referências na presente decisão prendem-se com a Telefónica de España, dado que a licença para a exploração dos serviços de radiotelefonia GSM foi inicialmente atribuída a esta empresa.

(4) A telefonia móvel digital celular que satisfaz a norma GSM é um serviço recentemente desenvolvido na Europa que permite aos assinantes efectuar e receber chamadas em qualquer parte do território comunitário, bem como nalguns outros países europeus. Este sistema baseado na utilização da tecnologia digital de um código e de um cartão SIM (módulo de identificação do assinante), oferece maiores potencialidades do que os sistemas da radiotelefonia mais tradicionais que funcionam em modo analógico. A tecnologia digital assegura uma qualidade superior, permite a transmissão de dados com elevado débito e a codificação, o que reforça a confidencialidade das comunicações, e uma utilização mais económica das frequências do que os sistemas analógicos. Por outro lado, o sistema GSM baseia-se em normas comuns a nível da Comunidade no âmbito de bandas de frequências comuns aprovadas a nível comunitário e, no invés dos sistemas analógicos, muitas vezes incompatíveis de um Estado-membro para outro, está vocacionado para ser um dos serviços paneuropeus cuja promoção nos termos da Recomendação 87/371/CEE do Conselho (4), representa um dos principais eixos da política da União Europeia em matéria de telecomunicações. Por último, é oportuno assinalar que o mercado recente dos serviços GSM é especialmente dinâmico: segundo certos estudos, o número utilizadores apurados na Europa Ocidental poderá passar de um pouco mais de 1 milhão em 1993 para 15 a 20 milhões no ano 2000 (5).

(5) O Conselho adoptou a Directiva 87/372/CEE, de 25 de Junho de 1987, sobre as bandas de

(1) BOE nº 20 de 23. 1. 1992, p. 2132.
(2) BOE nº 303 de 19. 12. 1987, alterada *inter alia* pela lei 32/1992, de 3 de Dezembro de 1992.
(3) JO nº L 192 de 24. 7. 1990, p. 10.
(4) JO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 81.
(5) «Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to year 2010». EUTELIS Consult, Outubro de 1993.

frequência a atribuir para a introdução coordenada de comunicações móveis terrestres digitais celulares públicas paneuropeias na Comunidade [1] que reserva as frequências de 890-915 MHz e 935-960 MHz a um sistema comum de radiotelefonia digital móvel GSM a introduzir. Estas frequências comuns permitem a coexistência de vários operadores concorrentes. A oferta comercial do serviço GSM na Comunidade teve início no final de 1992; desde essa data, todos os Estados-membros concederam já licenças a dois operadores, excepto o Luxemburgo que anunciou entretanto a sua intenção de agir da mesma forma, enquanto a Suécia concedeu três licenças GSM.

A Conferência europeia dos correios e telecomunicações (CEPT), que agrupa as autoridades regulamentares nacionais de 36 países (entre os quais a Espanha), recomendou que a concorrência entre os operadores de serviços GSM fosse activamente fomentada e eliminadas as barreiras regulamentares que restringem essa concorrência [2].

(6) A Alemanha, a Grécia, a França, os Países Baixos e o Reino Unido autorizaram ou decidiram autorizar um terceiro operador a explorar serviços de radiotelefonia digital celular numa gama de frequências mais elevada, com base na norma DCS 1800. Nos termos do artigo 2º da Directiva 96/2/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais [3], os Estados-membros devem atribuir licenças para os sistemas móveis que funcionem de acordo com a norma DCS 1800, o mais tardar, até 1 de Janeiro de 1998. Além disso, os Estados-membros não podem restringir a combinação de tecnologias ou sistemas móveis e devem sempre tomar em consideração a exigência de garantir uma concorrência efectiva entre os operadores que concorrem nos mercados relevantes.

**Antecedentes**

(7) Na sequência de alterações introduzidas na LOT pela lei 32/1992 de 3 de Dezembro de 1992, o mercado da prestação de serviços GSM foi liberalizado a partir de 31 de Dezembro de 1993. Deste modo, a prestação de serviços GSM deixou de ser considerado um serviço «final» em relação aos quais podem ser atribuídos direitos especiais ou exclusivos. Actualmente, os serviços GSM são considerados serviços de «valor acrescentado» que devem ser fornecidos em condições concorrenciais.

Na sequência desta alteração à LOT, o Governo espanhol adoptou o decreto-real 1486/1994, de 1 de Julho de 1994 [4], que aprova a regulamentação técnica («reglamento técnico») relativo à prestação de serviços de telecomunicações automáticas móveis de «valor acrescentado». O artigo 2º do regulamento técnico (em anexo ao decreto-real) estabelece que os serviços GSM devem ser prestados em condições concorrenciais. O artigo 4º do regulamento técnico prevê que os serviços GSM devem ser prestados pela Telefónica de España e por um operador concorrente, titular de uma licença. A primeira disposição transitória do regulamento técnico estabelece o procedimento necessário para que a Telefónica de España obtenha uma licença sem participar num concurso.

O decreto-real não prevê expressamente um pagamento inicial para a atribuição de uma licença GSM. No entanto, o nº 4, alínea a), do artigo 4º do regulamento técnico dispõe que um dos factores a tomar em consideração aquando da apreciação das candidaturas para a atribuição de uma licença a um segundo operador é a «maximização das contribuições financeiras».

(8) Por despacho ministerial de 26 de Setembro de 1994 [5], o Governo espanhol aprovou o caderno de encargos e lançou um concurso relativo à adjudicação de uma licença a um segundo operador para a prestação de serviços GSM. A licença do segundo operador tem uma vigência de 15 anos, sendo prevista uma prorrogação de cinco anos. As outras condições para a atribuição da licença constam dos critérios enumerados no caderno de encargos.

Os artigos 9º a 16º dos cadernos de encargos prevêem um pagamento inicial mínimo ao Tesouro no valor de 50,095 mil milhões de pesetas espanholas. Foram fornecidas algumas indicações sobre a ponderação relativa que seria atribuída aos diferentes critérios de adjudicação. Em consequência do disposto no último número do artigo 16º, as propostas de valor inferior a 50 mil milhões de pesetas espanholas seriam automaticamente eliminadas.

O Ministério das Obras Públicas, Transportes e Ambiente atribuiu a segunda licença de exploração por despacho ministerial de 29 de Dezembro de 1994 [6] à Airtel Móvil (nessa altura denominada «Alianza Internacional de Redes Telefónicas, SA»), não obstante o facto de o pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas não ser a proposta de montante mais elevado (este ascendia a 89 mil milhões de pesetas espanholas).

[1] JO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 85.
[2] «Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy regarding Mobile Communication Services» CEPT/ECTRA (92) 57, p. 17.
[3] JO nº L 20 de 26. 1. 1996, p. 59.
[4] BOE nº 168 de 15. 7. 1994, p. 22672.
[5] BOE nº 231 de 27. 9. 1994, p. 29779.
[6] BOE nº 4 de 5. 1. 1994, p. 464.

Nos termos do artigo 9º do caderno de encargos, a Airtel Móvil devia efectuar o pagamento inicial aquando da obtenção formal da licença mediante a assinatura do respectivo contrato em 3 de Fevereiro de 1995. Nesse mesmo dia, a Telefónica de España obteve simultaneamente uma licença GSM correspondente sem efectuar qualquer pagamento deste tipo.

(9) Pelo ofício de 6 de Fevereiro de 1995, a Comissão manifestou as suas reservas sobre o procedimento adoptado para a selecção do segundo operador que tinha incluído condições menos favoráveis para o mesmo operador em relação à Telefónica de España.

Por ofício de 20 de Abril de 1995, o Governo espanhol transmitiu a sua resposta à Comissão, na qual expunha as circunstâncias do processo de licenciamento e que, na sua opinião, compensavam o pagamento inicial efectuado pela Airtel Móvil.

Em 1 de Julho de 1995, a Telefónica de España iniciou a exploração comercial dos seus serviços GSM.

Por ofício de 18 de Julho de 1995, a Comissão solicitou ao Governo espanhol que clarificasse o direito de utilização das redes de telecomunicações alternativas, o direito de interconexão directa com as redes de linhas alugadas e a metodologia que utilizaria para reexaminar as tarifas de interconexão com a rede fixa. Estas informações deveriam permitir à Comissão avaliar se estes factores concederiam ao segundo operador benefícios que compensariam a desvantagem concorrencial decorrente da imposição do pagamento inicial.

Em 3 de Outubro de 1995, a Airtel Móvil iniciou as suas operações.

Por ofício de 27 de Novembro de 1995, o Governo espanhol respondeu à Comissão, declarando que o segundo operador podia criar a sua própria infra-estrutura e utilizar igualmente a infra-estrutura da Retevisión e dos Correos y Telégrafos como alternativa à rede da Telefónica de España, e que o Governo espanhol não tinha recebido qualquer pedido de interconexão directa e que a questão das reduções das tarifas seria analisada em 1996.

Numa reunião realizada entre o Governo espanhol e a Comissão em 16 de Janeiro de 1996, o primeiro declarou que seria impossível sanar o desequilíbrio entre a Telefónica de España e o segundo operador mediante a imposição à Telefónica de España de um pagamento inicial análogo no valor de 85 mil milhões de pesetas espanholas. O Governo espanhol propôs uma solução eventual, consistindo na redução das tarifas de interconexão ao longo do período de concessão de 15 anos. Esta redução seria aplicável tanto à Telefónica de España como ao segundo operador. Declararam que esta solução seria efectivada em Setembro de 1996 e corresponderia a uma redução de 25 % destas tarifas.

A Comissão continuou a ser da opinião que esta proposta não contribuiria para sanar o desequilíbrio entre os dois operadores.

Por ofício de 23 de Abril de 1996, a Comissão notificou formalmente o Governo espanhol a:

i) Reembolsar o pagamento inicial ao segundo operador ou a adoptar outras medidas de correcção; ou

ii) A apresentar as suas observações sobre os argumentos invocados pela Comissão.

Por ofício de 30 de Maio de 1996, a Comissão solicitou à Telefónica de España a apresentação das suas observações sobre o seu ofício de 23 de Abril de 1996 ao Governo espanhol, tendo sido incluído em anexo uma cópia da notificação de 23 de Abril de 1996.

Numa reunião realizada em 28 de Abril de 1996 entre o Governo espanhol e a Comissão, o primeiro propôs que o desequilíbrio entre a Telefónica de España e o segundo operador seria sanado se a primeira transferisse os custos da exploração do projecto «TRAC» («Tecnología Rural de Acceso Celular») para a sua filial responsável pela exploração de serviços de telefones móveis, a Telefónica Servicios Móviles. No âmbito deste serviço, a Telefónica de España factura aos clientes em regiões montanhosas de reduzida densidade populacional taxas de telefonia fixas para as conexões à rede telefónica pública fixa através da tecnologia e a infra-estrutura analógica móvel. A Comissão estudou esta de forma mais aprofundada e pelos ofícios de 29 de Abril e 10 de Maio de 1996, solicitou informações complementares para completar a sua análise da proposta. Não tendo recebido qualquer resposta a esses ofícios, a Comissão enviou novo ofício em 3 de Junho de 1996. Por ofício de 7 de Junho de 1996, o Governo espanhol apresentou algumas das informações solicitadas. No entanto, as informações prestadas não continham dados suficientes sobre o custo real do sistema TRAC para a Telefónica Servicios Móviles. Consequentemente, a Comissão não podia avaliar até que ponto esta proposta contribuiria para estabelecer a igualdade das condições de concorrência entre os dois operadores GSM.

Numa reunião realizada em 9 de Julho de 1996 entre o Governo espanhol e a Comissão, esta última salientou que a questão não tinha sido resolvida e que o Governo espanhol deveria apresentar uma

nova proposta. Até à data, não foi recebida qualquer resposta à notificação da Comissão de 23 de Abril de 1996, a Telefónica de España não apresentou quaisquer observações sobre a mesma e o Governo espanhol não apresentou quaisquer propostas ulteriores.

APRECIAÇÃO DA COMISSÃO

**Nº 1 do artigo 90º do Tratado**

(10) O nº 1 do artigo 90º estabelece que, no que diz respeito às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão qualquer medida contrária às regras do Tratado e, nomeadamente, às vigentes no domínio da concorrência.

A Telefónica de España é uma empresa pública à qual foram conferidos direitos exclusivos para a exploração da rede fixa de telecomunicações e para a oferta de serviços de telefonia vocal e de serviços de radiotelefonia móvel analógica. O contrato de concessão confere igualmente à Telefónica de España o direito de explorar uma rede de radiotelefonia GSM, o que deve ser considerado um direito especial na medida em que o operador foi designado segundo critérios não objectivos e discriminatórios.

A imposição ao segundo operador de um pagamento inicial constitui uma medida estatal para efeitos do nº 1 do artigo 90º

**Artigo 86º**

*O mercado relevante*

(11) O mercado relevante é o dos serviços de radiotelefonia móvel digital celular. Convém distinguir este mercado do mercado de telefonia vocal fixa, bem como do mercado de todos os outros serviços de telecomunicações móveis.

(12) A Comissão definiu o mercado da telefonia vocal na sua Directiva 90/388/CEE. Esta directiva estabelece uma distinção entre «os serviços que consistem, totalmente ou em parte, na transmissão e encaminhamento de sinais na rede pública de telecomunicações» e os serviços de radiotelefonia móvel, que são excluídos do seu âmbito de aplicação.

(13) A telefonia vocal, nos termos da referida directiva, é o principal serviço fornecido através da rede pública fixa, ou seja, entre dois pontos terminais definidos desta rede. Estes pontos terminais da rede são definidos como «o conjunto das conexões físicas e das especificações técnicas de acesso». No que se refere às comunicações móveis, o ponto terminal situa-se, em contrapartida, na *interface* rádio entre a estação de base da rede móvel e a estação móvel, o que implica que não existe um ponto terminal físico. Por conseguinte, a definição de serviços de telefonia vocal, tal como enunciada no artigo 1º da directiva, não é aplicável aos serviços de telefonia móvel.

(14) De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [1], a fim de poder ser considerado objecto de um mercado suficientemente distinto, um produto deve poder ser individualizado pelas suas características específicas que o diferenciam dos outros produtos, apresentando um reduzido grau de intersubstituabilidade com estes e sofrendo uma concorrência negligenciável por parte dos mesmos.

É claro que a intersubstituabilidade entre a radiotelefonia móvel e a telefonia oferecida a partir da rede fixa é quase inexistente: os utilizadores que subscrevem uma assinatura relativa a um telefone de automóvel ou um telefone portátil não rescindem normalmente a assinatura que subscreveram anteriormente relativamente a um telefone instalado no seu domicílio ou no seu local de trabalho. A radiotelefonia móvel constitui, por conseguinte, efectivamente um serviço novo, adicional, não substituindo o telefone tradicional. Esta diferenciação traduz-se igualmente numa diferença de preços muito sensível.

É de reconhecer que, a longo prazo, uma maior difusão da radiotelefonia móvel possa conduzir a um sistema único de telecomunicações que englobe diferentes mercados actualmente distintos. Todavia, as condições de aplicação do artigo 86º devem ser apreciadas com base na procura actual e não com base numa evolução que poderá vir a esboçar-se num futuro indeterminado.

(15) Uma vez que, pelas razões acima expostas, convém considerar que a radiotelefonia móvel não se integra no mercado da telefonia vocal oferecida a partir da rede fixa, resta determinar se e em que medida se justifica distinguir os serviços de radiotelefonia móvel celular baseada na norma GSM, objecto da presente decisão (comercializados em Espanha pela Telefónica de España sob a marca «*Movistar*») dos serviços de radiotelefonia celular que utilizam a tecnologia analógica (comercializados em Espanha pela Telefónica de España sob a marca «*Moviline*»).

A Comissão anota que o sistema GSM de radiotelefonia móvel celular não representa apenas um desenvolvimento técnico da radiotelefonia celular analógica de concepção mais antiga. Para além das vantagens introduzidas pelo GSM em termos de

[1] Processo 27/76, *United Brands/Comissão*, 1978, p. 207, acórdão de 14 de Fevereiro de 1978.

qualidade de reprodução da voz ou de uma melhor utilização do espectro disponível (que permite aumentar consideravelmente o número de utilizadores para uma mesma frequência), este serviço proporciona novas funções adaptadas às necessidades de apenas uma parte dos utilizadores da radiotelefonia móvel:

i) Uma vez que se baseia numa norma comunitária, o serviço GSM pode tornar-se um serviço paneuropeu. Ao abrigo dos acordos de mobilidade *(«roaming»)* entre os operadores de redes, o sistema permite a qualquer utilizador efectuar chamadas a partir do seu aparelho para fora do território nacional do operador junto do qual tem a sua assinatura; esta possibilidade existe em todo o território das partes signatárias do memorando de Acordo GSM na Europa e noutras partes do mundo. Certos utilizadores que recorrem por razões profissionais aos serviços de radiotelefonia móvel apenas no território nacional ou a nível regional não estão interessados nesta nova função. Para outros, pelo contrário, este pode constituir o motivo determinante da sua assinatura;

ii) Para além do transporte da voz, o serviço GSM permite assegurar a transmissão de dados com elevado débito, respondendo assim novamente a necessidades específicas de apenas uma parte da clientela efectiva ou potencial dos serviços de radiotelefonia móvel;

iii) A codificação digital das mensagens permite assegurar um nível de confidencialidade muito superior ao garantido pelo sistema analógico, vantagem que apresenta interesse novamente para apenas uma parte dos utilizadores (nomeadamente no domínio comercial);

iv) A tecnologia digital permite assegurar toda uma gama de serviços de telecomunicações avançados que não podem ser prestados com base numa rede analógica (ou apenas a um custo muito superior). Estes serviços incluem uma identificação sofisticada da linha de chamada, correio vocal (incluindo serviços de mensagens curtas — «SMS») e chamadas aos serviços de segurança.

Nestas condições, não se prevê, a curto prazo, uma substituição pura e simples da radiotelefonia analógica pelo sistema GSM. Ao invés, é provável que, mesmo que se assista a uma nítida transferência da clientela de um sistema para outro, ambos continuem a subsistir lado a lado ainda durante vários anos [1], dando resposta a necessidades extremamente diferenciadas. Além disso, afigura-se que, mesmo nos países em que o sistema GSM está plenamente operacional, certos operadores continuam a investir na rede analógico. Estes factores estabelecem uma distinção entre os mercados GSM e analógico.

(16) Com base nas considerações tecidas *supra* e tendo em conta as condições actuais e as possibilidades de evolução do mercado, deverá assim concluir-se que os serviços de radiotelefonia GSM constituem também um mercado distinto do mercado da telefonia móvel analógica.

Em todo o caso, as conclusões da apreciação jurídica não seriam diferentes mesmo que a telefonia móvel analógica e o GSM fossem apenas dois segmentos do mesmo mercado. Como abaixo mencionado (ponto 21), tal só implicaria uma ligeira variação da primeira hipótese de abuso.

(17) De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, este mercado, que abrange actualmente o conjunto do território de Espanha, constitui uma parte substancial do mercado comum.

*A posição dominante*

(18) Segundo a jurisprudência do Tribunal, uma empresa que tenha um monopólio legal relativamente à prestação de certos serviços pode ter uma posição dominante, nos termos do artigo 86º do Tratado [2]. É o caso da Telefónica de España e da sua filial a 100 %, a Telefónica Servicios Móviles que, até recentemente, eram as únicas empresas que dispunham legalmente do direito de oferecer as redes de telecomunicações para a telefonia vocal pública e a radiotelefonia analógica em Espanha, três mercados em que beneficiam consequentemente de uma posição dominante. Como referido *supra*, a recente autorização, concedida à Retevisión relativa à exploração do mercado da telefonia vocal e da infra-estrutura correspondente, não terá qualquer impacto significativo a nível da quota de mercado da Telefónica de España no futuro próximo.

*O abuso de posição dominante*

(19) O Tribunal de Justiça estabeleceu que «um sistema de concorrência não falseada, tal como previsto pelo Tratado, apenas pode ser garantido se estiver assegurada a igualdade de oportunidades entre os diversos operadores económicos» [3].

Esta igualdade de oportunidades assume especial importância no que se refere aos novos participantes num mercado em que um operador dominante de um mercado limítrofe mas distinto está em vias de estabelecer-se, tal como sucede com a Telefónica de España e a sua filial, a Telefónica Servicios Móviles.

[1] Despacho ministerial de 13 de Março de 1995, BOE nº 101 de 28. 4. 1995, p. 12573.

[2] Acórdão de 3 de Outubro de 1985, processo 311/84, *Centre belge d'études de marché — Telemarketing (CBEM) SA/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA e Information publicité Benelux SA, Colectânea 1985, p. 3261.*

[3] Ver acórdão de 19 de Março de 1991, processo C-202/88, *França/Comissão,* Colectânea 1991, I-1223, ponto 51, p. 1261.

(20) A Telefónica de España beneficia já de importantes vantagens para conquistar uma quota preponderante do mercado de radiotelefonia GSM:

i) Uma vantagem à partida: já iniciou o desenvolvimento da sua rede antes do segundo operador e pode, por conseguinte, oferecer uma melhor cobertura geográfica; começou a comercializar o seu serviço em 1 de Julho de 1995, enquanto o segundo operador apenas arrancou com os seus serviços em 3 de Outubro de 1995;

ii) Clientes potenciais: o serviço de radiotelefonia analógica da Telefónica de España, a Moviline, dispunha de 1 235 690 assinantes em Outubro de 1996 e tem vindo a adquirir entre 10 000 a 20 000 novos assinantes todos os meses.

Os assinantes existentes da Moviline, o serviço analógico, podem ser considerados uma base de clientela potencial para a Movistar, o serviço GSM;

iii) Uma rede de distribuição existente: a rede é conhecida do público, uma vez que a Telefónica de España pode comercializar o seu serviço GSM em conjunto com os seus distribuidores Moviline;

iv) Informações privilegiadas: através da sua experiência com a Moviline, dispõe de informações privilegiadas sobre os hábitos dos assinantes espanhóis em matéria de chamadas telefónicas, por grupos de utilizadores e por regiões. Além disso, uma vez que beneficia igualmente de uma posição dominante no que se refere ao fornecimento de ligações fixas para as redes dos operadores GSM, continuará a obter informações importantes quanto aos fluxos de tráfego. Na realidade, o segundo operador não dispõe de outra alternativa senão a de recorrer à rede da Telefónica de España;

v) Economias de escala em matéria de infra-estrutura: a Telefónica de España era, até Junho de 1996, o único titular de uma licença para a prestação de serviços de telefonia vocal fixa, sendo actualmente o único operador que exerce actividades nesse mercado. Era igualmente, até 3 de Outubro de 1995, o único operador da telefonia móvel. Em consequência de tal facto, a Telefónica de España dispôs de instalações e equipamentos para a criação da sua rede GSM, ao contrário do seu concorrente. Por outro lado, várias comunidades autónomas subvencionam o desenvolvimento da rede de radiotelefonia analógica nas áreas em que a rede fixa não está suficientemente desenvolvida (mediante o projecto TRAC).

Em contrapartida, o segundo operador opera, conforme acima descrito, em condições menos favoráveis do que a Telefónica de España devido ao pagamento inicial supramencionado que teve de efectuar.

Se a Telefónica de España tiver alargado a sua posição dominante no mercado da telefonia por fio ou da telefonia móvel analógica para o mercado da radiotelefonia GSM através do aumento dos custos suportados pelo seu concorrente (por exemplo, mediante a imposição de tarifas de interconexão desproporcionadas em relação aos custos), tal viola o disposto no artigo 86º A mesma análise é válida se existir um único mercado para todos os serviços de radiotelefonia móvel e a Telefónica de España tiver reforçado a sua posição nesse mercado do mesmo modo.

(21) Nos termos do nº 1 do artigo 90º do Tratado CE, a Espanha deve abster-se de tomar medidas que, ao aumentarem os custos de acesso suportados pelo único concorrente de uma empresa pública num mercado recentemente liberalizado, falseiem significativamente a concorrência. Face ao encargo financeiro suplementar que é imposto ao seu único concorrente, a Telefónica de España poderá, com efeito, optar entre duas estratégias comerciais, ambas das quais conduzirão a uma violação do nº 1 do artigo 90º em articulação com o artigo 86º Estas estratégias comerciais consistem no seguinte: i) extensão ou reforço da sua posição dominante; ou ii) limitar a produção, os mercados ou o desenvolvimento técnico nos termos da alínea b) do artigo 86º

i) Extensão (1) ou reforço da posição dominante da empresa pública

O pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas efectuado pelo segundo operador neste mercado deverá ser forçosamente amortizado através de receitas. O segundo operador terá, consequentemente, dificuldades em concorrer com o primeiro operador através de tarifas mais reduzidas. O primeiro operador, a Telefónica de España, que não é obrigado a efectuar a mesma contribuição e que tem conhecimento, por outro lado, da estrutura de custos do segundo devido à posição dominante que tem no mercado da infra-estrutura, poderia ser assim tentado, mediante a redução das suas tarifas, a alargar a sua actual posição dominante no mercado da infra-estrutura fixa e no mercado de telefonia analógica ao mercado de radiotelefonia GSM. Se existir apenas um mercado de serviços de radiotelefonia, pode produzir-se um refroço da posição dominante da Telefónica de España nesse mercado, em lugar de uma extensão.

Além disso, a Telefónica de España pode utilizar o montante não desembolsado no valor de 85 mil milhões de pesetas espanholas para alargar a sua rede de distribuição, adoptar uma política de preços agressiva no mercado GSM em que se defronta com a concorrência por parte do

(1) Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1992, processos apensos C-271/90, C-281/90 e C-289/90, *Reino de Espanha, Reino da Bélgica e República Italiana/Comissão,* Colectânea 1992, I-5833, ponto 36.

segundo operador, fazer ofertas especiais aos potenciais assinantes e/ou levar a cabo intensas campanhas de publicidade, por exemplo. A opção desta estratégia (induzida pela medida estatal) pode ameaçar a viabilidade económica do segundo operador.

Deste modo, a Telefónica de España encontra-se numa situação em que pode alargar ou reforçar a sua posição dominante devido à vantagem concorrencial de que beneficia com a distorção da estrutura de custos decorrente do pagamento inicial. Tal torna a medida estatal contrária ao disposto no artigo 90º, conjugado com o artigo 86º

ii) Limitação da produção, dos mercados ou do desenvolvimento técnico na acepção da alínea b) do artigo 86º

A necessidade de financiar 85 mil milhões de pesetas espanholas irá atrasar os investimentos a realizar pelo novo operador, que deverá consagrar uma parte do seu capital de arranque para este efeito, não podendo assim investi-lo adequadamente no desenvolvimento da sua rede ou em tarifas mais baixas. Com efeito, o segundo operador teve de aumentar o seu capital em cerca de 40 mil milhões de pesetas espanholas em Fevereiro de 1996, para respeitar o seu plano de investimento.

Tal poderá incitar a Telefónica de España a atrasar igualmente o desenvolvimento da rede de radiotelefonia GSM e a centrar os seus esforços no sistema analógico Moviline. Este último é mais atraente, uma vez que a maior parte dos investimentos foi já amortizada e a rede dispõe de uma melhor cobertura.

O investimento inicial para a criação de uma rede GSM em Espanha cifra-se em cerca de 250 mil milhões de pesetas espanholas. O pagamento inicial, quando acrescido ao investimento inicial, aumenta por conseguinte as necessidades de financiamento do segundo operador em mais de um terço. O facto de os candidatos à segunda licença terem conhecimento da futura distorção da concorrência no mercado GSM em Espanha a favor da Telefónica de España não implica a inexistência de qualquer desequilíbrio neste contexto. As empresas que desejavam penetrar no mercado não teriam outra alternativa senão a de tomar em consideração esta desvantagem no seu plano de actividades.

Na segunda hipótese, a Telefónica de España que, conforme salientado, tem conhecimento da estrutura de custos do segundo operador devido à sua posição dominante no mercado da infra-estrutura, pode ser incentivada a imputar, relativamente ao seu serviço GSM, tarifas mais elevadas do que na ausência da medida estatal em questão. Ao fazê-lo, limitaria a produção ou o desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores, nos termos da alínea b) do artigo 86º, no que se refere ao serviço GSM, que exite uma tecnologia mais avançada, em benefício do serviço analógico mais antigo. Este facto viria, por outro lado, provocar atrasos na evolução em direcção às comunicações pessoais que combinam redes móveis e fixas. Com efeito, esta convergência só poderá concretizar-se se as tarifas das comunicações móveis forem substancialmente reduzidas.

O facto de a Telefónica de España adoptar um comportamento deste tipo pode advir de, por um lado, a empresa beneficiar de uma posição favorável em consequência do seu monopólio no que respeita ao sistema Moviline e do facto de lhe serem garantidas frequências suficientes para prosseguir este serviço e de, por outro, o Governo espanhol penalizar financeiramente a única empresa autorizada a criar um serviço GSM concorrente. A medida estatal em causa, isto é, a imposição de um pagamento de 85 mil milhões de pesetas espanholas somente ao segundo operador pode, consequentemente, implicar atrasos na difusão do serviço GSM e limitar deste modo o progresso técnico em detrimento dos consumidores.

A Comissão efectuou uma análise análoga num processo que envolvia um pagamento inicial na Itália. Após ter solicitado a introdução de medidas de correcção sem quaisquer resultados na prática, a Comissão adoptou a Decisão 95/489/CE dirigida à Itália nos termos do nº 3 do artigo 90º do Tratado CE [1]. Desde essa data, a Comissão foi informada que essas medidas de correcção foram já ou estão em vias de ser adoptadas.

Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça [2], o nº 1 do artigo 90º impede os Estados-membros de adoptar medidas susceptíveis de levar uma empresa a violar as disposições em causa, nomeadamente, no caso em apreço, as previstas no artigo 86º

Em suma, em qualquer das hipóteses, a medida estatal em causa é contrária ao nº 1 do artigo 90º do Tratado CE, em articulação com a alínea b) do artigo 86º do Tratado.

[1] JO nº L 280 de 23. 11. 1995, p. 49.

[2] Ver, por exemplo, acórdão de 23 de Abril de 1991, processo C-41/90, *Höfner/Macroton,* Colectânea 1991, I-1979, bem como os acórdãos de 18 de Junho de 1991, processo C-260/89, ΕΡΤ/Δημοτική Εταιρεία Πληροφόρησης e outros, Colectânea 1991, I-2925 e de 5 de Outubro de 1994, processo C-323/93, *Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne,* Colectânea 1994, I-5077.

(22) A responsabilidade que incumbe a um Estado-membro por força do nº 1 do artigo 90º e do artigo 86º do Tratado CE só intervém quando o comportamento abusivo da empresa em questão é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Neste contexto, as trocas comerciais entre os Estados-membros podem ser afectadas pelos seguintes motivos.

Qualquer alargamento ou reforço da posição dominante da Telefónica de España, bem como qualquer limitação da produção, dos mercados ou do desenvolvimento técnico no que respeita aos serviços GSM, é susceptível de implicar atrasos no processo da redução gradual das tarifas relativas à telefonia GSM. Com efeito, na ausência do pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas imposto ao segundo operador, a concorrência em matéria de preços teria sido mais acentuada, uma vez que após a introdução de serviços GSM em Espanha as tarifas nesse mercado teriam diminuido mais rapidamente.

— Se as tarifas GSM não sofrerem uma redução tão rápida como a que se teria verificado na ausência da medida estatal em causa, é pouco provável que os residentes de outros Estados-membros façam assinaturas junto dos operadores espanhóis, como alternativa a outros operadores nacionais ou estrangeiros. A título ilustrativo, uma empresa ou particular estabelecido em França não seria incentivado a adquirir um cartão SIM espanhol e a efectuar chamadas através desse cartão ao abrigo de acordos de mobilidade entre operadores, uma vez que as tarifas espanholas não seriam tão reduzidas quanto possível, caso o segundo operador estivesse em condições de investir o montante do pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas na redução das suas tarifas.

— Qualquer atraso no processo da redução gradual das tarifas provocaria, por seu turno, atrasos no desenvolvimento dos serviços de telefonia móvel como, por exemplo, melhores condições e modalidades de assinatura e serviços técnicos mais avançados, conforme descritos *supra*. Tal desincentivará novos investimentos nos mercados de serviços de telecomunicações espanhóis pelas empresas estabelecidas noutros Estados-membros em que se verifica já uma concorrência efectiva e em que se assistiu à emergência de novos serviços.

— Qualquer atraso no processo de redução gradual das tarifas pode diminuir, em geral, o nível do tráfego internacional de chamadas telefónicas a partir de Espanha. As empresas e os particulares com importantes necessidades em matéria de telecomunicações móveis tenderão a subscrever junto de operadores estrangeiros ou a utilizar sistemas «*call back*» a fim de tirar partido das tarifas mais reduzidas noutros Estados-membros.

— Qualquer limitação a nível da produção, dos mercados ou do desenvolvimento técnico na acepção da alínea b) do artigo 86º pode reduzir o nível de importações provenientes de outros Estados-membros quanto ao equipamento técnico necessário para investir no mercado de telefonia móvel e para desenvolver uma infra-estrutura eficiente e eficaz.

**Resposta das autoridades espanholas**

(23) O Governo espanhol apresentou os seguintes argumentos à Comissão:

— nos termos da licença concedida pelo Governo espanhol à Telefónica de España em 1991, esta última obteria uma licença GSM sem qualquer pagamento suplementar. Por conseguinte, o Governo espanhol não pode impor um pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas à Telefónica de España. Além disso, o Governo espanhol argumentou, rejeitando simultaneamente o princípio da compensação, que o valor relevante do pagamento inicial se cifrava em 50,095 mil milhões de pesetas espanholas e não em 85 mil milhões de pesetas espanholas. Argumentou que a Airtel Móvil tinha aumentado o pagamento inicial solicitado de 50,095 mil milhões de pesetas espanholas para 85 mil milhões sem qualquer obrigação de o fazer. O pagamento inicial mínimo imposto por lei era de 50,095 mil milhões de pesetas espanholas pelo que este devia ser o valor relevante a tomar em consideração,

— o governo espanhol considerou que uma possível solução consistiria numa redução das tarifas de interconexão durante o período de vigência da licença, ou seja, 15 anos,

— por último, o Governo espanhol propôs igualmente transferir para a Telefónica Servicios Móviles os custos do projecto TRAC.

**Apreciação da Comissão**

(24) Embora o segundo operador tenha, por iniciativa própria, proposto o pagamento de 85 mil milhões de pesetas espanholas, a Comissão não pode aceitar o argumento de que o pagamento inicial foi voluntário, uma vez que tal constituía um dos critérios de adjudicação no âmbito do concurso [1]. Cada candidato devia propor o maior pagamento inicial possível ao abrigo do seu plano de actividades para aumentar a possibilidade de obter a licença. Foram

[1] Acórdão de 26 de Abril de 1994, processo C-272/91, *Comissão/Itália*, Colectânea 1994, p. I-1409, ponto 11.

apenas fornecidas algumas indicações quanto à ponderação relativa que seria atribuída aos diferentes critérios de seleccção. A indicação mais clara foi dada relativamente ao pagamento inicial mínimo. Deste modo, o pagamento inicial constitui um dos critérios de selecção no âmbito do concurso, devendo ser pago na data de assinatura da licença. Deste modo, trata-se claramente de uma medida estatal.

O processo de selecção do segundo operador GSM não foi, na realidade, um verdadeiro concurso. O procedimento de selecção em Espanha constituíu um processo híbrido, que conjugava as características de uma comparação de propostas e de um concurso. Um dos critérios comparados incidia sobre o pagamento inicial proposto pelo candidato a fim de obter a segunda licença. Era, por conseguinte, difícil saber quais os critérios fundamentais. O facto da licença ter sido atribuída sem quaisquer indicações claras sobre os critérios, implica que qualquer destes pode ter sido importante.

(25) A Comissão não aceita a redução nas tarifas de interconexão proposta pelo Governo espanhol para o estabelecimento da igualdade das condições de concorrência, dado que o Governo espanhol recusou considerar uma redução nas tarifas assimétrica unicamente a favor do segundo operador.

(26) A solução proposta pelo Governo espanhol mediante a qual os investimentos no projecto TRAC compensariam o pagamento inicial efectuado pelo segundo operador também não pode ser aceite nas circunstâncias actuais.

Para além do facto de as informações prestadas pelas autoridades espanholas não permitirem efectuar uma análise adequada do impacto real desses investimentos e de não poder ser garantido que esta solução seja algo mais do que uma pura operação contabilística, a solução não pode ser aceite na fase actual, dado que a prestação de um serviço universal pela Telefónica de España, incluindo áreas remotas, é compensada, na situação actual, pelos direitos exclusivos ou especiais concedidos à Telefónica de España. Além disso, na execução do sistema TRAC, a Telefónica de España beneficiou de subvenções públicas, incluindo auxílios atribuídos pelo Feder.

(27) A Comissão considera que no presente caso a obrigação imposta somente ao segundo operador espanhol de proceder a um pagamento inicial de 85 mil milhões de pesetas espanholas é incompatível com o disposto no nº 1 do artigo 90º, em articulação com o artigo 86º

(28) O objectivo do presente processo consiste em fazer com que o Governo espanhol tome as medidas necessárias para eliminar a distorção da concorrência. A medida mais evidente seria o reembolso do pagamento efectuado pela Airtel Móvil.

Se o Governo espanhol assim o solicitar, a Comissão estaria disposta a examinar a possibilidade de este pôr termo à infracção através da adopção de outras medidas de correcção, desde que compensem efectivamente a desvantagem que recai sobre o segundo operador.

Cabe ao Governo espanhol apresentar propostas na matéria, devendo, em todo o caso, fornecer dados quantificados no que se refere a estas propostas, por forma a demonstrar que constituem uma compensação adequada dos 85 mil milhões de pesetas espanholas pagos pelo segundo operador.

No entanto, a imposição à Telefónica Servicios Móviles de um pagamento idêntico não seria considerada uma medida de compensação adequada nas circunstâncias actuais, e, nomeadamente, atendendo ao facto de as contas não estarem ainda claramente separadas e baseadas nos custos, a fim de assegurar que o ónus do referido pagamento seja imputado exclusivamente à Movistar.

(29) Algumas medidas de correcção foram já referidas no decurso das negociações bilaterais realizadas com o Governo espanhol:

i) Concessão à Airtel Móvil de acesso à base de dados TACS 900 da Telefónica de España relativa à sua clientela, mantendo a confidencialidade dos dados individuais;

ii) Revisão das condições tarifárias numa base assimétrica em matéria de interconexão com a rede telefónica comutada da Telefónica de España;

iii) Acesso em condições não discriminatórias tanto pela Telefónica Servicios Móviles (serviço GSM) e pela Airtel Móvil ao mesmo número de frequências GSM, incluindo a rápida liberalização das frequências GSM actualmente utilizadas pela Telefónica de España para a prestação no seu serviço analógico;

iv) Prorrogação da vigência da licença da Airtel Móvil, em consonância com a recente decisão espanhola relativa às licenças para a televisão por cabo.

Além disso, a rescisão da concessão já atribuída à Airtel Móvil não pode, de modo algum, ser considerada uma solução adequada para esta infracção. Tal deve-se ao facto de que esta rescisão suprimiria o único concorrente existente da Telefónica Servicios Móviles no mercado GSM; além disso, o monopólio da Telefónica de España em relação aos

serviços GSM e telefonia móvil analógica tornaria ainda mais difícil a concorrência durante o período necessário para a realização de um novo concurso em virtude da vantagem temporal suplementar que lhe seria deste modo conferida.

**Nº 2 do artigo 90º**

(30) O nº 2 do artigo 90º do Tratado prevê que as empresas encarregadas da gestão dos serviços de interesse económico geral estão submetidas às regras da concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O Governo espanhol não invocou esta disposição para justificar a imposição do pagamento inicial exclusivamente ao segundo operador.

A Comissão considera, por seu lado, que no caso em apreço, não é aplicável a derrogação prevista no nº 2 do artigo 90º do Tratado CE, uma vez que não dispõe de qualquer elemento que lhe permita concluir que o pagamento inicial se justifica devido ao cumprimento, de direito ou de facto, de um serviço de interesse económico geral.

**CONCLUSÃO**

(31) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que a desvantagem concorrencial constituída pelo pagamento inicial imposto exclusivamente ao segundo operador pela licença para a exploração de uma rede GSM em Espanha constitui uma infracção ao nº 1 do artigo 90º do Tratado, em articulação com o artigo 86º,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

*Artigo 1º*

A Espanha deve tomar as medidas necessárias a fim de eliminar a distorção da concorrência resultante do pagamento inicial imposto à Airtel Móvil SA e assegurar a paridade de condições entre os operadores de radiotelefonia GSM no mercado espanhol, o mais tardar, até 24 de Abril de 1997:

i) Quer reembolsando o pagamento inicial imposto à Airtel Móvil;

ii) Quer adoptando, após acordo da Comissão, medidas de correcção equivalentes em termos económicos ao pagamento efectuado pelo segundo operador GSM.

As medidas concretas adoptadas não podem prejudicar a concorrência criada na sequência da autorização de um segundo operador GSM em 29 de Dezembro de 1994.

*Artigo 2º*

A Espanha deve informar a Comissão das medidas tomadas no prazo de três meses a contar da data da notificação da presente decisão.

*Artigo 3º*

O Reino de Espanha é o destinatário da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 18 de Dezembro de 1996.

*Pela Comissão*

Karel VAN MIERT

*Membro da Comissão*