II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION
du 4 octobre 1995
relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Italie

(Le texte en langue italienne est le seul faisant foi.)

(95/489/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 90 paragraphe 3,

après avoir donné, par lettre du 3 janvier 1995, aux autorités italiennes et, par lettre du 30 janvier 1995, à l'entreprise Telecom Italia l'occasion de faire connaître leurs points de vue concernant les griefs formulés par la Commission au sujet du versement initial imposé à Omnitel Pronto Italia,

considérant ce qui suit :

FAITS

Mesure étatique en cause

(1) Le gouvernement italien a imposé un versement initial pour l'octroi d'une seconde concession concernant la réalisation et la gestion sur le territoire italien d'un réseau de télécommunications pour la fourniture du service public de radiotéléphonie mobile par le système paneuropéen en technologie numérique dénommé GSM. Cette obligation était prévue par le cahier des charges et ne s'applique pas à l'opérateur public, Telecom Italia.

Entreprise et services concernés

(2) L'entreprise Telecom Italia Spa est contrôlée par la STET, qui détient 55 % de son capital. La STET est à son tour contrôlée par l'IRI et donc, par ce biais, par le gouvernement italien. Telecom Italia est dès lors une entreprise publique au sens de l'article 90 paragraphe 1 du traité.

Avec un chiffre d'affaires de 26 700 milliards de lires italiennes, Telecom Italia est le sixième opérateur de télécommunications du monde. Elle occupe 101 000 personnes et dessert plus de 25 millions d'abonnés.

Lors de sa création en août 1994, Telecom Italia a repris les droits exclusifs pour l'exploitation du réseau public de télécommunications et du service de téléphonie vocale accordés en 1984 à la SIP pour une durée de vingt ans.

(3) La téléphonie mobile numérique cellulaire répondant à la norme GSM (Global System for Mobile communications) est un service récemment développé en Europe, permettant d'appeler et d'être appelé tout en se déplaçant à l'intérieur de la Communauté et de certains autres pays européens. Ce service, basé sur l'utilisation d'un système numérique, d'un combiné et d'une carte SIM (Subscriber Identity Module), offre plus de potentialités que les services de radiotéléphonie plus traditionnels fonctionnant sur la base d'une technologie analogique. La technologie numérique permet en effet, outre une qualité supérieure, la transmission de données à haut débit ; elle assure un cryptage garantissant une meilleure confidentialité et est plus économe en fréquences que les systèmes analogiques. Par ailleurs, le système GSM repose sur des normes communes communautaires dans le cadre de bandes de fréquences communes approuvées au niveau communautaire et, à l'inverse des systèmes analogiques souvent incompatibles d'un État membre à l'autre, a vocation à être l'un des

services paneuropéens dont la promotion représente l'un des axes principaux de la politique de l'Union européenne en matière de télécommunications (1). Enfin, il y a lieu de relever que le marché naissant des services GSM est particulièrement dynamique : selon certaines études, le nombre d'utilisateurs recensés en Europe occidentale pourrait passer d'un peu plus d'un million en 1993 à 15 à 20 millions en l'an 2000 (2).

(4) Le Conseil a adopté une directive réservant les fréquences de 890-915 MHz et 935-960 MHz pour l'introduction du système commun de radiotéléphonie numérique mobile GSM (3). Ces fréquences communes permettent de faire cohabiter plusieurs opérateurs en concurrence. L'offre commerciale du service GSM dans la Communauté a débuté à la fin de 1992 ; depuis lors, la grande majorité des États membres (Belgique, Espagne, Italie, Pays-Bas, Finlande, Royaume-Uni, Danemark, Allemagne, France, Portugal et Grèce) ont déjà accordé des licences à deux opérateurs ; d'autres États membres (Autriche et Irlande) ont annoncé leur intention d'agir de même ou ont déjà entamé des procédures à cet effet. La Suède a accordé trois licences GSM. Enfin le Royaume-Uni, l'Allemagne, les Pays-Bas et la France ont autorisé ou décidé d'autoriser un troisième opérateur à exploiter des services de radiotéléphonie numérique cellulaire, sur une gamme de fréquences plus élevée, sur la base des spécifications DCS 1800.

La Conférence européenne des administrations des postes et des télécommunications (CEPT), qui regroupe les autorités réglementaires nationales de trente-six pays (dont l'Italie), a recommandé que la concurrence entre opérateurs de services GSM soit encouragée activement et que les barrières réglementaires qui la restreignent soient abolies (4).

Antécédents

(5) Par lettre du 29 juillet 1993, la Commission a mis en demeure le gouvernement italien soit de mettre fin au monopole de la Telecom Italia (à cette époque, la SIP) en matière de radiotéléphonie mobile GSM, soit de faire parvenir ses arguments en réponse aux griefs de la Commission contre ce monopole. Suite à cette demande, le gouvernement italien a décidé de publier un appel d'offres pour l'octroi d'une seconde concession pour quinze ans pour la gestion d'un réseau de radiotéléphonie mobile GSM. L'appel d'offres, publié à la GURI du 16 décembre 1993 (n° 294), ne prévoyait pas de versement initial.

Le 29 janvier 1994, le gouvernement italien a envoyé le cahier des charges aux entreprises qui ont répondu à l'appel d'offres. Ce document prévoit que les offres devront mentionner « le montant, en milliards de lires italiennes, que le soumissionnaire est disposé à verser *una tantum* au moment de l'octroi de la concession » (clause 4.9.1, p. 44). Le cahier des charges indique en outre que le montant proposé sera l'un des critères de sélection (p. 51), sans toutefois mentionner la pondération qui sera accordée à celui-ci. L'échéance pour la présentation des offres était fixée au 1er mars 1994 (clause 3.9, p. 19).

Le cahier des charges n'a été envoyé à la Commission que le 2 mars 1994, soit après cette échéance. Par lettre du 1er avril 1994, la Commission a critiqué le fait que le cahier des charges pour la désignation du second opérateur impose au futur opérateur des conditions moins favorables par rapport à la SIP, notamment en ce qui concerne le versement initial (l'offre financière) et la redevance annuelle minimale que le candidat doit s'engager à payer pour les cinq premières années quel que soit le volume de son chiffre d'affaires, alors que la SIP ne paie cette redevance de 3,5 % que sur le montant de ses revenus effectifs.

La Commission a dès lors invité le gouvernement italien à abandonner ces deux obligations et à examiner les offres des deux consortiums restés en présence seulement sur la base des autres critères mentionnés dans le cahier des charges, c'est-à-dire des critères qualitatifs.

Le 18 avril 1994, le gouvernement italien a communiqué officiellement le nom du consortium sélectionné, Omnitel Pronto Italia, ainsi que la pondération utilisée pour la sélection. Cette pondération n'était pas connue des candidats. Le consortium sélectionné a obtenu les meilleures cotations pour chacun des critères de sélection.

Dans sa lettre du 11 mai 1994, la Commission a répondu qu'elle maintenait ses réserves à l'encontre du versement initial, c'est-à-dire de l'offre financière. Compte tenu du fait que tous les autres critères de sélection étaient favorables à Omnitel, la Commission a demandé de reconsidérer cette charge initiale sans pour cela remettre en cause ou retarder le démarrage du service de cet opérateur.

(1) Recommandation 87/371/CEE du Conseil (JO n° L 196 du 17. 7. 1987, p. 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, octobre 1993.
(3) Directive 87/372/CEE du Conseil, du 25 juin 1987, concernant les bandes de fréquence à réserver pour l'introduction coordonnée de communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes dans la Communauté, (JO n° L 196 du 17. 7. 1987, p. 85).
(4) « Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services », CEPT/ECTRA (92) 57, p. 17.

Cette lettre étant restée sans réponse, la Commission a rappelé le 27 juillet 1994 qu'elle ne pouvait pas clôturer la procédure d'infraction en cours avant que la licence ait été formellement accordée et elle a demandé entre autres, une nouvelle fois au gouvernement italien de faire connaître sa position actuelle au sujet de l'offre financière. Compte tenu de l'incidence moins significative de la redevance annuelle minimale imposée au seul second opérateur par rapport au versement initial, la Commission a décidé de se concentrer uniquement sur ce dernier aspect, sans pour autant accepter le premier.

Par lettre du 8 août 1994, les autorités italiennes ont répondu sur ce dernier point que les concurrents, et donc aussi le consortium sélectionné, connaissaient bien cette obligation, du fait qu'elle était expressément prévue dans le cahier des charges et que, lors des entretiens entre le ministère des postes et des télécommunications et des représentants de haut niveau de Omnitel Pronto Italia, cette question était apparue résolue. Le 31 octobre 1994, la Commission a répondu que l'acceptation par le second opérateur potentiel de conditions en vue d'obtenir sa licence n'enlevait rien au caractère éventuellement discriminatoire de ces conditions, et elle a maintenu sa demande.

Le 3 janvier 1995, la Commission a ensuite formellement mis en demeure le gouvernement italien soit d'abolir l'obligation imposée au second opérateur d'effectuer un versement initial, soit de présenter ses observations en réponse aux arguments développés par la Commission. Les autorités italiennes ont répondu par lettres du 28 février, du 17 mai et du 10 août 1995.

APPRÉCIATION DE LA COMMISSION

Article 90 paragraphe 1

(6) L'article 90 paragraphe 1 du traité dispose que, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, les États membres n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, et notamment aux règles en matière de concurrence.

Telecom Italia est une entreprise publique à laquelle ont été conférés des droits exclusifs pour l'exploitation du réseau fixe de télécommunications et pour l'offre de services de téléphonie vocale [au sens de l'article 1er de la directive 90/388/CEE de la Commission (1)] et de radiotéléphonie mobile analogique. Le gouvernement italien lui a également attribué le 22 décembre 1994 le droit pour la gestion d'un réseau de radiotéléphonie mobile GSM, qui est à qualifier de droit spécial dans la mesure où cet opérateur a été désigné selon des critères qui ne sont pas objectifs et non discriminatoires.

Conformément à la jurisprudence de la Cour (2), la compatibilité de ce monopole avec les règles du traité doit être appréciée sur la base de l'article 90 du traité et des dispositions auxquelles il renvoie, en particulier, dans le cas d'espèce, l'article 86.

Article 86

Marché en cause

(7) Le marché en cause est celui de l'exploitation des services de radiotéléphonie mobile numérique cellulaire. Il convient de distinguer ce marché de celui de la téléphonie vocale ainsi que de celui (ou de ceux) des autres services de télécommunications mobiles.

(8) La Commission a défini le marché de la téléphonie vocale dans sa directive 90/388/CEE. Cette directive opère une distinction entre « les services qui consistent, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux sur le réseau public de télécommunications », et les services de radiotéléphonie mobile qui sont exclus du champ d'application de la directive.

(9) La téléphonie vocale au sens de cette directive est le principal service fourni sur le réseau public fixe, c'est-à-dire entre deux points de terminaison définis de ce réseau. Ces points de terminaison sont définis comme « l'ensemble des connexions physiques et des spécifications techniques d'accès ». En ce qui concerne les communications mobiles, le point de terminaison se situe en revanche à l'interface radio entre la station de base du réseau mobile et la station mobile, ce qui implique qu'il n'existe pas de point de terminaison physique. La définition de services de téléphonie vocale telle qu'énoncée à l'article 1er de la directive n'est donc pas applicable aux services de téléphonie mobile.

(10) Conformément à la jurisprudence de la Cour, « pour pouvoir être considéré comme constituant l'objet d'un marché suffisamment distinct, un produit doit pouvoir être individualisé par ses caractéristiques particulières le différenciant des autres produits au point qu'il soit peu interchangeable avec eux et ne subisse leur concurrence que d'une manière peu sensible » (3).

(1) Directive du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO n° L 192 du 24. 7. 1990, p. 10).

(2) Notamment arrêt du 19 mai 1993 dans l'affaire C-320/91, « Corbeau », point 12 des motifs.

(3) Arrêt du 14 février 1978 dans l'affaire 27/76 : United Brands contre Commission, Recueil 1978, p. 207.

Or, il est clair que l'interchangeabilité entre la radiotéléphonie mobile et la téléphonie offerte à partir du réseau fixe est quasiment inexistante : les usagers qui souscrivent un abonnement pour un téléphone de voiture ou pour un téléphone portable ne résilient normalement pas l'abonnement qu'ils ont souscrit antérieurement pour un téléphone installé à leur domicile ou sur leur lieu de travail. La radiotéléphonie mobile constitue donc bien un service nouveau, supplémentaire mais non substituable au téléphone traditionnel.

Cette différenciation se traduit également par une différence de prix très sensible : selon une étude réalisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le coût pour l'usager de la téléphonie mobile (établi sur la base d'un panier de services) serait, en moyenne pour l'ensemble de la zone OCDE, quatre fois supérieur à celui des mêmes services offerts sur le réseau fixe (1).

Certes, il est envisageable qu'à terme une plus grande diffusion de la radiotéléphonie mobile conduira vers un système unique de télécommunications englobant différents marchés aujourd'hui distincts. Toutefois, les conditions d'application de l'article 86 du traité doivent être appréciées sur la base de la demande actuelle et non pas d'évolutions qui pourraient se dessiner dans un avenir indéterminé.

(11) S'il convient, pour les raisons exposées ci-dessus, de considérer que la radiotéléphonie mobile n'appartient pas au marché de la téléphonie vocale offerte à partir du réseau fixe, il reste à déterminer si et dans quelle mesure il serait justifié de distinguer les services de radiotéléphonie mobile cellulaire fondée sur la norme GSM qui font l'objet de la présente décision des services de radiotéléphonie cellulaire analogique.

À cet égard, la Commission observe que la radiotéléphonie mobile cellulaire GSM ne constitue pas seulement un développement technique de la radiotéléphonie cellulaire analogique de conception plus ancienne. Outre les avantages apportés par le GSM en termes de qualité de reproduction de la voix ou de meilleur usage du spectre disponible (qui permet d'accroître sensiblement le nombre d'utilisateurs pour une même attribution de fréquence), ce service offre des fonctionnalités nouvelles qui ne répondent aux besoins que d'une partie des utilisateurs de la radiotéléphonie mobile :

i) fondé sur une norme communautaire, le service GSM a une vocation paneuropéenne ; à condition que des accords bilatéraux dits *roaming agreements* aient été conclus entre les opérateurs de réseaux, ce système permet à tout utilisateur d'appeler à partir de son combiné y compris hors du territoire national de l'opérateur auprès duquel il a contracté son abonnement et ceci sur l'ensemble du territoire des membres du GSM Memorandum of Understanding, en Europe et dans d'autres parties du monde. Certains usagers qui n'utilisent pour des raisons professionnelles les services de radiotéléphonie mobile qu'à l'intérieur du territoire national, voire dans un cadre régional, ne sont pas intéressés par cette capacité nouvelle. Pour d'autres, à l'inverse, ce peut être un motif de décision d'abonnement ;

ii) outre le transport de la voix, le service GSM permet d'assurer la transmission de données à haut débit, répondant là encore à des besoins spécifiques d'une partie seulement de la clientèle effective ou potentielle des services de radiotéléphonie mobile ;

iii) le codage numérique des messages permet d'assurer un niveau de confidentialité très supérieur à celui garanti par le système analogique, avantage intéressant là encore une partie seulement des utilisateurs (notamment la clientèle d'affaires) ;

iv) la technologie numérique permet d'assurer toute une gamme de services de télécommunications avancés qui ne peuvent être offerts (ou à un coût sensiblement supérieur) sur la base d'un réseau analogique ;

v) les tarifs appliqués pour le service GSM restent à l'heure actuelle, dans la plupart des États membres, plus élevés que ceux de la téléphonie mobile analogique.

Dans ces conditions, une substitution pure et simple de la radiotéléphonie analogique par le système GSM n'est généralement pas envisagée à bref délai. Il est vraisemblable au contraire que même si l'on assiste à un glissement de la clientèle de l'un vers l'autre, les deux systèmes continueront de subsister côte à côte pendant plusieurs années encore, répondant à des besoins largement différenciés. Il apparaît d'ailleurs que même dans les pays où le système GSM est pleinement opérationnel, certains opérateurs continuent d'investir dans le réseau analogique.

(12) Sur la base des considérations susmentionnées et dans les conditions actuelles, compte tenu des possibilités d'évolution du marché, il y a donc lieu de considérer que les services de radiotéléphonie GSM constituent vraisemblablement également un marché distinct du marché de la radiotéléphonie analogique.

(1) OCDE, étude publiée le 24 février 1993.

En tout état de cause, les conclusions de l'appréciation juridique ne seraient pas différentes même si la radiotéléphonie analogique et le GSM ne constituaient que deux segments du même marché.

(13) Conformément à la jurisprudence de la Cour, ce marché, à l'heure actuelle étendu à l'ensemble du territoire de l'Italie, représente une partie substantielle du marché commun.

Position dominante

(14) Selon la jurisprudence de la Cour, une entreprise qui détient un monopole légal pour la prestation de certains services peut détenir une position dominante au sens de l'article 86 du traité [1]. Tel est le cas de Telecom Italia et de sa filiale Telecom Italia Mobile, créée en juillet 1995, qui ensemble sont les seules à pouvoir légalement offrir au public le réseau de télécommunications, la téléphonie vocale et la radiotéléphonie analogique en Italie, trois marchés sur lesquels elles jouissent donc d'une position dominante.

Abus de position dominante

(15) La Cour de justice a rappelé qu'« un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée » [2].

Une telle égalité des chances est avant tout importante en ce qui concerne les nouveaux entrants sur un marché dans lequel un opérateur dominant sur un marché proche mais distinct est en train de s'établir, comme c'est le cas avec Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile bénéficie déjà d'atouts majeurs pour conquérir une part de marché dominante sur le marché de la radiotéléphonie GSM :

— un avantage temporel : elle est déjà en mesure de commercialiser son service tandis que le second opérateur ne sera prêt que dans la seconde moitié de 1995,

— des clients potentiels : Telecom Italia Mobile dessert plus de 2 200 000 abonnés avec son service de radiotéléphonie analogique TACS (février 1995) et conclut 100 000 nouveaux contrats par mois.

Ce service perdra néanmoins une partie de son attrait à l'avenir vu les possibilités supérieures du GSM. Le TACS est en outre exploité dans les bandes de fréquences réservées à la radiotéléphonie mobile GSM. À terme, une partie des abonnés du TACS devront donc muter vers le GSM. Telecom Italia Mobile dispose donc déjà d'une clientèle potentielle pour son service GSM,

— un réseau de distribution existant, connu du public, dans la mesure où Telecom Italia Mobile peut commercialiser son service GSM par ses distributeurs TACS,

— des informations privilégiées : Telecom Italia Mobile a acquis par son expérience en matières de TACS des informations précises sur les habitudes d'appels des Italiens, par groupes d'utilisateurs et par région. En outre, bénéficiant également du monopole pour la fourniture de liaisons fixes pour les réseaux des opérateurs de GSM [3], Telecom Italia continuera d'obtenir des informations importantes sur les flux de trafic,

— des économies d'échelle en matière d'infrastructure : étant actuellement le seul opérateur de téléphonie fixe et mobile analogique, Telecom Italia Mobile peut disposer de sites et d'antennes pour l'établissement de son réseau GSM qui ne sont pas accessibles à son concurrent.

Telecom Italia ne pourrait étendre sa position dominante du marché de la téléphonie filaire ou mobile analogique vers le marché de la radiotéléphonie GSM en accroissant les coûts de son rival, par exemple en demandant des charges d'interconnexion qui ne seraient pas justifiées par les coûts, sans enfreindre l'article 86 du traité.

(17) En vertu de l'article 90 paragraphe 1 du traité, l'Italie doit en parallèle s'abstenir d'adopter des mesures qui augmentent les coûts d'entrée du seul rival d'une entreprise publique sur un marché nouvellement ouvert à la concurrence et qui faussent significativement cette concurrence. En présence de la charge financière supplémentaire imposée à son seul concurrent, Telecom Italia Mobile aura en effet le choix entre deux stratégies commerciales dont chacune fait apparaître une violation de l'article 90 paragraphe 1 du traité, en relation avec l'article 86 du traité.

[1] Arrêt du 3 octobre 1985 dans l'affaire C-311/84 : Centre belge d'études de marché Telemarketing contre Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Recueil 1985, p. 3261.

[2] Arrêt du 19 mars 1991 dans l'affaire C-202/88 : France contre Commission, Recueil 1991, p. I-1271, point 51 des motifs.

[3] Telecom Italia et sa filiale Telecom Italia Mobile exploitent le réseau fixe et les services mobiles. En revanche, Omnitel Pronto Italia ne peut établir des ponts radios que lorsqu'elle démontre que Telecom Italia ne peut lui fournir les lignes louées demandées dans des délais raisonnables.

i) Extension de la position dominante (1) de l'entreprise publique

Le versement initial de 750 milliards de lires italiennes effectué par le second opérateur sur ce marché devra nécessairement être amorti par des recettes. Le second opérateur aura dès lors des difficultés à concurrencer le premier opérateur par des rabais tarifaires. Le premier opérateur, Telecom Italia Mobile, qui n'a pas le même amortissement à effectuer et qui connaît par ailleurs la structure des coûts du second du fait du monopole de Telecom Italia sur l'infrastructure (2), pourrait ainsi être encouragé, en sous-cotant les tarifs, à étendre sa position dominante actuelle sur le marché de l'infrastructure et sur celui de la radiotéléphonie analogique au marché de la radiotéléphonie GSM. Il s'agit d'une extension de position dominante due à l'avantage concurrentiel provoqué par la distorsion de la structure des coûts résultant de l'enchère et rendant la mesure étatique contraire à l'article 90 du traité en relation avec l'article 86 du traité.

ii) Limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au sens de l'article 86 deuxième alinéa point b) du traité

Par ailleurs, la nécessité de financer les 750 milliards de lires italiennes retardera également les investissements du nouvel entrant, qui doit consacrer une partie de son capital de départ au paiement de l'offre financière et ne peut ainsi l'investir dans le développement de son réseau, au-delà de ce qui est nécessaire pour commercialiser son service conformément aux minima fixés dans sa concession. Cela en retardera le développement et pourrait aussi encourager Telecom Italia Mobile à retarder la commercialisation de son propre service GSM (3). En effet, le système TACS est plus attractif car il garantit à Telecom Italia Mobile des recettes assurées étant donné qu'il l'offre en régime de monopole et qu'en plus l'essentiel des investissements est déjà amorti.

Le groupe Telecom Italia, qui, ainsi que mentionné, connaît par ailleurs la structure des coûts du second opérateur du fait de son monopole sur l'infrastructure, pourrait dès lors être encouragé à maintenir des tarifs plus élevés pour son service GSM qu'en l'absence de la mesure étatique en question. Ce faisant, il limiterait la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs au sens de l'article 86 deuxième alinéa point b) en ce qui concerne le service GSM, qui incorpore une technologie plus avancée, au bénéfice du service analogique plus ancien.

Ceci retarderait en outre l'évolution vers les communications personnelles, combinant réseaux mobiles et réseaux fixes. Cette convergence ne pourra en effet se réaliser que si les tarifs des communications mobiles baissent substantiellement.

Or, conformément à la jurisprudence de la Cour (4), l'article 90 paragraphe 1 du traité s'oppose à ce que les États membres adoptent des mesures susceptibles d'amener l'entreprise à violer les dispositions auxquelles il renvoie, en particulier, dans le cas d'espèce, celles prévues par l'article 86 du traité.

En conclusion, dans l'une ou l'autre hypothèse, la mesure étatique concernée est donc contraire à l'article 90 paragraphe 1 du traité en liaison avec l'article 86 deuxième alinéa point b) du traité.

(18) La responsabilité incombant à un État membre en vertu des articles 86 et 90 paragraphe 1 du traité n'est engagée que si le comportement abusif de l'entreprise en question est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. En l'espèce, un tel effet potentiel existe parce que l'activité commerciale des opérateurs GSM italiens peut s'étendre aux ressortissants d'autres États membres, qui peuvent acquérir des cartes « SIM » en Italie, ainsi qu'aux territoires d'autres États membres, par le biais d'accords de *roaming* avec les opérateurs couvrant ceux-ci.

(1) Notamment arrêt du 17 novembre 1992, dans les affaires jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, royaume d'Espagne, royaume de Belgique et République italienne contre Commission, Recueil 1992, p. I-5833, point 36 des motifs.

(2) Le cahier des charges prévoyait une réduction de 50 % par rapport au tarif publié des lignes louées de SIP en faveur du second opérateur. Malgré cette ristourne, le coût des lignes louées pour le second opérateur GSM en Italie est toujours trois fois plus élevé que celui appliqué par BT au Royaume-Uni aux opérateurs de téléphonie cellulaire.

(3) Comme la Commission l'avait déjà souligné dans sa lettre de mise en demeure du 29 juillet 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) Arrêt du 23 avril 1991 dans l'affaire C-41/90, Höfner contre Macrotron, Recueil 1991, p. I-1979, ainsi que les arrêts du 18 juin 1991 dans l'affaire C-260/89, [ERT/DEP et autres], Recueil 1991, p. I-2925, et du 5 octobre 1994 dans l'affaire C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle contre Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Recueil 1994, p. I-5077.

Réponse des autorités italiennes

(19) Dans sa lettre du 28 février 1995, le gouvernement italien souligne que le versement initial avait été un des éléments de sélection du second opérateur. Le montant offert par le second opérateur résulterait dès lors d'un choix stratégique de ce dernier, le cahier des charges ne mentionnant ni minimum, ni maximum.

En outre, le cahier des charges permettait aux soumissionnaires de suggérer des modifications et des approfondissements éventuels, tels que l'abandon du versement initial ou l'étalement de celui-ci sur un certain nombre d'années. D'autre part, les candidats savaient que Telecom Italia Mobile ne serait pas soumise à l'obligation de verser une telle somme.

Le gouvernement italien précise qu'il n'était pas possible d'imposer un versement identique à Telecom Italia Mobile étant donné que cette dernière avait déjà effectué ses investissements dans le secteur avant sa libéralisation, et qu'elle escomptait donc faire ses amortissements sur la base de l'exploitation du service en régime de monopole.

En déterminant le montant du versement initial qu'il était disposé à payer, le second opérateur a donc, selon le gouvernement italien, nécessairement pris en compte les facteurs positifs tels que les investissements déjà réalisés par Telecom Italia Mobile et la possibilité de *roaming* national permettant au second opérateur d'utiliser le réseau de Telecom Italia Mobile.

Le gouvernement italien conteste dès lors que la position dominante de Telecom Italia et de sa filiale Telecom Italia Mobile ait été renforcée. Il conteste également que le versement initial ait eu des répercussions négatives sur les investissements ou sur le niveau des tarifs dans la mesure où la concession du second opérateur fixe des obligations précises en la matière.

Enfin, le gouvernement italien refuse de supprimer le versement initial. L'abandon de ce critère de sélection obligerait, selon le gouvernement italien, à recommencer la procédure de sélection, afin de respecter les principes de transparence et de non-discrimination. Selon le gouvernement italien, la suppression d'un élément tel que l'offre d'une somme à payer pour entrer sur le marché du GSM, conduirait nécessairement à l'ouverture d'une nouvelle procédure d'adjudication. Les concurrents pourraient, en effet, avoir modulé autrement leur offre, en l'absence du critère de versement initial. Cette argumentation a été confirmée par lettre du 10 août 1995.

(20) Dans sa lettre du 17 mai 1995, le gouvernement italien dissocie la question du versement initial du risque d'extension de position dominante.

En ce qui concerne le versement initial, le gouvernement italien affirme que dans le passé, Telecom Italia Mobile a dépensé des sommes supérieures à ce montant pour le développement du nouveau service et que, en outre, l'ouverture à la concurrence du GSM a eu des incidences négatives sur les recettes escomptées par Telecom Italia Mobile dans le cadre de l'exploitation de ce service. Par ailleurs, le remboursement de ce versement initial permettrait au candidat évincé d'attaquer la concession d'Omnitel et la procédure de sélection devrait être recommencée. À ce sujet, le gouvernement italien réaffirme que la suppression de l'obligation de versement initial de la part du deuxième opérateur aurait pour conséquence la nécessité de mettre en œuvre une nouvelle procédure de sélection.

En ce qui concerne le risque d'extension de la position dominante de Telecom Italia et de sa filiale Telecom Italia Mobile, le gouvernement italien souligne que grâce à son intervention, des accords ont été conclus entre Telecom Italia et Omnitel, relatifs à l'interconnexion du réseau GSM de ce dernier au réseau téléphonique fixe de Telecom Italia, au *roaming* expérimental du service d'Omnitel *via* le réseau GSM de Telecom Italia Mobile, au système de distribution du GSM de Telecom Italia Mobile, à la comptabilité séparée entre le GSM et les autres activités de Telecom Italia.

Appréciation de la Commission

(21) La Commission n'a pas contesté la décision du gouvernement italien d'utiliser deux procédures distinctes pour accorder les concessions GSM. Elle a cependant demandé à plusieurs reprises au gouvernement italien que la procédure utilisée et les critères retenus pour la concession de la seconde licence n'aient pas pour effet d'augmenter les coûts d'accès du nouvel entrant sur le marché du GSM en comparaison avec l'opérateur public.

Les investissements initiaux pour l'établissement d'un réseau GSM en Italie se montent à environ 2 000 milliards de lires italiennes. Le versement initial s'ajoute aux investissements initiaux et augmente dès lors les besoins de financement du second opérateur de plus d'un tiers. Comme Telecom Italia Mobile n'est pas soumise à la même dépense, il n'est donc pas exact que le versement initial n'ait pas renforcé la position de celle-ci. Telecom Italia Mobile peut utiliser les ressources financières ainsi épargnées pour étendre son réseau de distribution ou pour faire des offres spéciales aux abonnés potentiels.

Par ailleurs, Telecom Italia Mobile possède un avantage temporel pour rentabiliser les sommes importantes investies pour le développement du GSM. Enfin, lorsque le premier opérateur national mettra son réseau à la disposition du second opérateur, dans le cadre du *roaming* national, ce dernier ne bénéficiera pas gratuitement de l'investissement mais devra également participer à son amortissement.

(22) Le fait que les candidats à la seconde licence étaient au courant de cette future distorsion de la concurrence sur le marché du GSM en Italie en faveur de Telecom Italia Mobile ne change en rien à ce déséquilibre. Par ailleurs, les entreprises qui voulaient quand même entrer sur le marché n'avaient pas d'autre choix que d'intégrer ce désavantage dans leur business plan.

Il n'est donc pas exact non plus que le versement initial n'aura pas d'incidence sur les prix pratiqués et la couverture offerte. La concession du second opérateur reprend les objectifs qu'il s'est lui-même engagé à atteindre, après les avoir diminués du coût du versement initial. Le gouvernement italien admet à cet égard lui-même qu'en l'absence du versement initial, les candidats auraient « pu moduler de façon différente les objectifs économiques pour chacun des paramètres d'évaluation ». La simple possibilité de *roaming* national prévue dans le cahier de charges ne peut, d'autre part, certainement pas être considérée comme une compensation suffisante du désavantage imposé au second opérateur. Jusqu'à présent, le gouvernement italien n'a pas informé la Commission de la mise en œuvre d'un accord à ce sujet avec le second opérateur.

(23) Enfin l'argument selon lequel, en cas d'abandon du versement initial, la procédure d'adjudication devrait être répétée afin de respecter les principes de transparence et de non discrimination, n'est pas convaincant.

Compte tenu du fait que le consortium sélectionné avait fait la meilleure offre pour tous les autres critères de sélection, la Commission a, dans sa lettre du 11 mai 1994, constaté qu'il était possible et nécessaire de reconsidérer cette charge initiale sans pour cela remettre en cause ou retarder le démarrage du service du second opérateur.

Par ailleurs, la pondération des différents critères de sélection n'avait pas été communiquée aux différents candidats. Les candidats ne pourraient donc affirmer qu'ils auraient fait une meilleure offre s'ils avaient su que l'élément d'enchère allait être abandonné. La pondération du versement initial demandé aurait, en effet, pu être minimale ou nulle.

En tout état de cause, pour ne pas interférer dans une question qui relève en partie du droit interne italien, la Commission laisse au gouvernement italien le choix des moyens pour remédier à l'infraction sans prévoir expressément le remboursement du versement initial. Ce remboursement n'est en effet pas le seul moyen envisageable pour remédier au déséquilibre occasionné par celui-ci. Le gouvernement italien pourrait soit imposer un paiement identique à Telecom Italia Mobile, soit adopter des mesures correctives telles que celles évoquées dans le cadre des contacts entre la Commission et les autorités italiennes, par exemple :

— l'octroi sans délais d'un droit inconditionnel à tout opérateur d'établir ses propres infrastructures (et la mise à sa disposition des fréquences radio nécessaires pour établir des ponts hertziens) ou d'utiliser des infrastructures existantes d'entreprises tierces, telle que les FS, les autoroutes ou l'ENEL,

— la mise en œuvre effective de l'accord de *roaming* entre les deux gestionnaires de radiotéléphonie GSM, qui d'un point de vue technique et tarifaire, compenserait le retard du second opérateur,

— l'accès de la part de tout opérateur à la base d'utilisateurs de Telecom Italia Mobile-TACS 900, dans le respect de la confidentialité des données individuelles,

— la révision des conditions tarifaires d'interconnexion avec le réseau téléphonique commuté de Telecom Italia,

— l'octroi à tout opérateur du droit d'utiliser des technologies alternatives, telles que le DCS-1800 ou le DECT, pour offrir son service.

En aucun cas, un choix qui impliquerait le retrait de la concession accordée ne pourrait être considéré comme un remède approprié à l'infraction, compte tenu qu'elle éliminerait le seul concurrent existant de l'entreprise publique Telecom Italia Mobile sur le marché du GSM et étendrait le monopole actuel de Telecom Italia en matière de téléphonie fixe à la radiotéléphonie GSM pendant toute la durée nécessaire pour la mise en œuvre d'un nouvel appel d'offres en rendant par la suite encore plus difficile la concurrence en raison de l'avantage temporel supplémentaire.

(24) Les objections de la Commission à l'encontre du versement initial imposé au second opérateur et non à Telecom Italia Mobile ne sont pas fondées sur l'article 6 du traité. La question n'est pas, dans le cadre de cette procédure, la discrimination en tant que telle, mais l'effet de la mesure étatique concernée qui, comme démontré aux considérants 17 et 18, est d'amener l'organisme des télécommunications soit à étendre sa position dominante, soit à restreindre la production, les débouchés ou le développement technique.

Le but de la présente procédure est d'amener le gouvernement italien à prendre les mesures nécessaires pour empêcher un tel effet. La mesure la plus évidente serait l'imposition d'un paiement identique à Telecom Italia Mobile.

(25) La Commission serait également disposée à examiner, sur demande du gouvernement italien, la possibilité pour celui-ci de mettre fin à l'infraction par le biais de l'adoption d'autres mesures pour autant qu'elles compensent effectivement le désavantage du second opérateur.

Il appartient au gouvernement italien de faire des propositions à cet égard. Le gouvernement italien devrait en tout état de cause joindre à ces propositions des éléments chiffrés démontrant que celles-ci constituent une compensation effective aux 750 milliards de lires italiennes payées par Omnitel.

Article 90 paragraphe 2

(26) L'article 90 paragraphe 2 du traité prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le gouvernement italien n'a pas invoqué cette disposition pour justifier le versement initial imposé au seul second opérateur.

(27) La Commission considère, pour sa part, que les dispositions de l'article 90 paragraphe 2 du traité ne sont pas applicables en l'espèce, car elle ne dispose d'aucun élément lui permettant de conclure que le versement initial est justifié par l'accomplissement en droit ou en fait d'une mission d'intérêt économique général.

CONCLUSION

(28) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère que le désavantage concurrentiel constitué par le versement initial imposé au seul second opérateur pour la concession relative à l'exploitation d'un réseau GSM en Italie constitue une infraction à l'article 90 paragraphe 1 du traité en liaison avec l'article 86,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article premier

Le gouvernement italien est tenu d'adopter les mesures nécessaires afin d'éliminer la distorsion de concurrence résultant du paiement initial imposé à l'entreprise Omnitel Pronto Italia et d'assurer la parité de conditions entre les opérateurs de radiotéléphonie mobile GSM sur le marché italien au plus tard le 1er janvier 1996 :

— soit en imposant un paiement identique à Telecom Italia Mobile,

— soit en adoptant, après accord de la Commission, des mesures correctives équivalentes en termes économiques au paiement effectué par le second opérateur.

Les mesures concrètes adoptées ne doivent pas porter atteinte à la concurrence instaurée par l'autorisation d'un second opérateur GSM le 2 décembre 1994.

Article 2

Le gouvernement italien est tenu de communiquer à la Commission dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision les mesures qu'il aura prises.

Article 3

La République italienne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 4 octobre 1995.

Par la Commission

Karel VAN MIERT

Membre de la Commission