II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 4 ottobre 1995

relativa alle condizioni imposte al secondo gestore della radiotelefonia GSM in Italia

(Il testo in lingua italiana è il solo facente fede)

(95/489/CE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 90, paragrafo 3,

dopo aver dato alle autorità italiane, con lettera del 3 gennaio 1995, e all'impresa Telecom Italia, con lettera del 30 gennaio 1995, la possibilità di comunicare le loro osservazioni in merito agli addebiti formulati dalla Commissione in relazione al versamento iniziale imposto a Omnitel Pronto Italia,

considerando quanto segue :

I FATTI

La misura di Stato in questione

(1) Il governo italiano ha imposto un versamento iniziale per il rilascio di una seconda concessione riguardante la realizzazione e la gestione sul territorio italiano di una rete di telecomunicazioni per la fornitura del servizio pubblico di radiotelefonia mobile sulla base del sistema paneuropeo a tecnologia numerica denominato GSM. Tale obbligo era previsto dal disciplinare di gara e non riguarda il gestore pubblico Telecom Italia.

L'impresa e i servizi interessati

(2) L'impresa Telecom Italia SpA è controllata da STET, che detiene il 55 % del suo capitale. STET è, a sua volta, controllata da IRI e di conseguenza dal governo italiano. Telecom Italia è pertanto un'impresa pubblica ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1.

Con un fatturato di 26 700 Mrd di LIT, Telecom Italia è il sesto gestore delle telecomunicazioni nel mondo, dispone di un organico di 101 000 persone e può contare su più di 25 milioni di abbonati.

Al momento della sua costituzione nell'agosto 1994, Telecom Italia ha ripreso i diritti esclusivi per la gestione della rete pubblica di telecomunicazioni e del servizio di telefonia vocale accordati a SIP nel 1984 per una durata di 20 anni.

(3) La telefonia mobile numerica cellulare basata sulla norma GSM (Global System for Mobile communications) è un servizio messo a punto di recente in Europa che consente agli utenti di fare e ricevere chiamate anche durante i loro spostamenti all'interno della Comunità e in altri paesi europei. Questo servizio che si avvale di un sistema numerico, di un apparecchio telefonico e di una carta SIM (Subscriber Identity Module) offre una maggior potenzialità rispetto ai servizi più tradizionali di radiotelefonia operanti sulla base di una tecnologia analogica. La tecnologia numerica consente infatti, oltre ad una migliore qualità, la trasmissione di dati ad alta velocità ; garantisce una maggiore riservatezza grazie al sistema di codifica e un migliore sfruttamento delle frequenze rispetto ai sistemi analogici. Inoltre il sistema GSM è basato su norme comuni europee nel quadro delle bande di frequenza comuni approvate a livello comunitario, e contrariamente ai sistemi analogici spesso incompatibili tra uno Stato membro e l'altro, ha tutte le caratteristiche per costituire uno dei servizi paneu-

ropei la cui promozione rappresenta uno degli obiettivi principali della politica dell'Unione europea in materia di telecomunicazioni (1). Infine è opportuno rilevare il carattere particolarmente dinamico del nuovo mercato derivante dai servizi GSM. Secondo alcuni studi il numero degli utenti nell'Europa occidentale potrebbe passare da poco più di un milione nel 1993 a 15-20 milioni nel 2000 (2).

(4) Il Consiglio ha adottato una direttiva che riserva le frequenze comprese fra 890 e 915 Mhz e fra 935 e 960 Mhz all'introduzione del servizio comune di radiotelefonia numerica mobile GSM (3). Tali frequenze comuni consentono la coesistenza di più gestori in concorrenza tra di loro. L'offerta commerciale del servizio GSM nella Comunità è iniziata alla fine del 1992; da allora la stragrande maggioranza degli Stati membri (Belgio, Spagna, Italia, Paesi Bassi, Finlandia, Regno Unito, Danimarca, Repubblica federale di Germania, Francia, Portogallo e Grecia) ha già concesso le licenze a due gestori; altri Stati membri (Austria e Irlanda) hanno annunciato la loro intenzione di seguire la stessa strada o hanno già avviato procedure a tal fine. La Svezia ha concesso tre licenze GSM. Infine il Regno Unito, la Repubblica federale di Germania, i Paesi Bassi e la Francia hanno autorizzato o deciso di autorizzare un terzo gestore per la fornitura di servizi di radiotelefonia numerica cellulare su una gamma di frequenze più elevata in base alle specifiche DCS 1800.

La conferenza europea delle amministrazioni delle poste e telecomunicazioni (CEPT) che raggruppa le autorità nazionali in materia di regolamentazione di 36 paesi (tra cui l'Italia) ha raccomandato di incoraggiare attivamente la concorrenza tra i gestori dei servizi GSM e di abolire gli ostacoli di natura normativa in grado di limitarla (4).

Antefatto

(5) Con lettera del 29 luglio 1993 la Commissione invitava il governo italiano a porre fine al monopolio di Telecom Italia (all'epoca SIP) in materia di radiotelefonia mobile GSM oppure a comunicare le argomentazioni in risposta agli addebiti formulati dalla Commissione riguardo a detto monopolio. In seguito a tale richiesta il governo italiano decideva di pubblicare un bando di gara per il rilascio di una seconda concessione quindicennale per la gestione di una rete di radiotelefonia mobile GSM. Il bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 16 dicembre 1993 (n. 294) non prevedeva alcun versamento iniziale.

Il 29 gennaio 1994 il governo italiano inviava il disciplinare di gara alle imprese che avevano risposto al bando di gara. Tale documento prevedeva che le offerte dovessero indicare « l'importo in miliardi di lire che l'impresa candidata era disposta a versare una tantum al momento del rilascio della concessione » (clausola 4.9.1, pag. 44). Il disciplinare di gara indicava inoltre che l'importo proposto sarebbe stato uno dei criteri di selezione (pag. 51) senza tuttavia menzionare il fattore di ponderazione accordato a quest'ultimo. La scadenza per la presentazione delle offerte era fissata al 1° marzo 1994 (clausola 3.9., pag. 19).

Il disciplinare di gara è stato inviato alla Commissione soltanto il 2 marzo 1994 ossia dopo tale scadenza. Con lettera del 1° aprile 1994 la Commissione esprimeva il proprio rammarico sul fatto che il disciplinare di gara per la designazione del secondo gestore imponesse condizioni meno favorevoli al secondo gestore futuro rispetto a SIP e in particolare l'esistenza di un « versamento economico iniziale » (l'offerta economica) e il canone annuo minimo che l'impresa candidata doveva impegnarsi a pagare per i primi cinque anni indipendentemente dal volume del fatturato mentre per SIP il canone era fissato nella misura del 3,5 % sull'importo degli introiti effettivi.

La Commissione invitava pertanto il governo italiano ad abbandonare questi due obblighi e ad esaminare le offerte dei due consorzi rimasti in gara esclusivamente sulla base degli altri criteri citati nel disciplinare ossia dei criteri qualitativi.

Il 18 aprile 1994 il governo italiano comunicava ufficialmente il nome del consorzio prescelto, Omnitel Pronto-Italia, nonché i criteri di valutazione seguiti per la scelta. Tale valutazione non era nota ai candidati. Il consorzio prescelto ha ottenuto i migliori risultati per ogni criterio di selezione.

Nella lettera dell'11 maggio 1994 la Commissione faceva presente che essa manteneva le proprie riserve nei confronti del « versamento economico iniziale » ossia dell'offerta economica. Tenuto conto del fatto che tutti gli altri criteri di selezione erano favorevoli a Omnitel, la Commissione chiedeva di riconsiderare questo onere iniziale senza rimettere in discussione o ritardare l'avvio del servizio da parte di tale gestore.

(1) Vedi Raccomandazione 87/371/CEE del Consiglio, del 25 giugno 1987, (GU n. L 196 del 17. 7. 1987, pag. 81).
(2) « Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provisions up to the year 2010 », EUTELIS Consult, ottobre 1993.
(3) Direttiva 87/372/CEE del Consiglio del 25 giugno 1987 sulle bande di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonia mobile terrestre nella Comunità (GU n. L 196 del 17. 7. 1987, pag. 85).
(4) « Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services », CEPT/ECTRA(92) 57, pag. 17.

Non avendo ricevuto risposta a tale lettera, la Commissione ricordava, il 27 luglio 1994, di non poter chiudere la procedura di infrazione in corso prima della concessione formale della licenza e chiedeva nuovamente la posizione attuale del governo italiano sull'offerta economica. Tenuto conto dell'incidenza meno significativa del canone annuo minimo imposto esclusivamente al secondo gestore rispetto al versamento economico iniziale, la Commissione ha deciso di concentrarsi unicamente su quest'ultimo aspetto, senza tuttavia accettare il primo.

Con lettera dell'8 agosto 1994 le autorità italiane rispondevano su quest'ultimo punto che i concorrenti, e quindi anche il consorzio prescelto, erano a conoscenza di tale obbligo in quanto espressamente previsto nel disciplinare di gara e che nel corso dei colloqui intercorsi tra il ministero delle Poste e delle telecomunicazioni ed i rappresentanti ad alto livello di Omnitel Pronto-Italia, il problema relativo a tale impostazione era sembrato risolto. Il 31 ottobre 1994 la Commissione rispondeva che l'accettazione da parte del secondo gestore potenziale delle condizioni richieste per ottenere la concessione, non influiva assolutamente sul carattere eventualmente discriminatorio di tali condizioni e manteneva pertanto la propria richiesta.

Il 3 gennaio 1995 la Commissione invitava quindi ufficialmente il governo italiano ad abolire l'obbligo imposto al secondo gestore di effettuare un versamento iniziale oppure a presentare le proprie osservazioni in merito alle argomentazioni formulate dalla Commissione. Le autorità italiane rispondevano in data 28 febbraio, 17 maggio e 10 agosto 1995.

VALUTAZIONE DELLA COMMISSIONE

Articolo 90, paragrafo 1

(6) L'articolo 90, paragrafo 1, dispone che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del trattato, specialmente a quelle relative alla concorrenza.

Telecom Italia è un'impresa pubblica alla quale sono stati conferiti diritti esclusivi per la gestione della rete fissa di telecomunicazioni e per l'offerta di servizi di telefonia vocale [ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 90/388/CEE della Commissione ([1])] e di radiotelefonia mobile analogica. Il governo italiano gli ha altesì attribuito, in data 22 dicembre 1994, il diritto per la gestione di una rete di radiotelefonia mobile GSM, che è da qualificare come un diritto speciale in quanto tale gestore è stato designato non conformandosi a criteri di obiettività e non discriminazione.

Conformemente alla giurisprudenza della Corte ([2]) la compatibilità di tale monopolio con le norme del trattato deve essere valutata sulla base dell'articolo 90 e delle disposizioni a cui fa riferimento, e in particolare nel caso di specie, l'articolo 86.

Articolo 86

Il mercato di cui trattasi

(7) Il mercato di cui trattasi è quello della gestione dei servizi di radiotelefonia mobile numerica cellulare. È opportuno distinguere tale mercato da quello della telefonia vocale nonché da quello (o da quelli) degli altri servizi di telecomunicazioni mobili.

(8) La Commissione ha definito il mercato della telefonia vocale nella direttiva 90/388/CEE. Tale direttiva effettua una distinzione tra « i servizi la cui fornitura consiste totalmente o parzialmente nella trasmissione e nell'instradamento di segnali sulla rete pubblica di telecomunicazioni » e i servizi di radiotelefonia mobile che sono esclusi dal campo d'applicazione della direttiva.

(9) La telefonia vocale ai sensi di detta direttiva è il principale servizio fornito sulla rete pubblica fissa ossia tra due punti terminali definiti di tale rete. I punti terminali sono designati come « l'insieme delle connessioni fisiche e delle specifiche tecniche di accesso ». Per quanto riguarda le comunicazioni mobili, il punto terminale si colloca invece all'interfaccia radio tra la stazione di base della rete mobile e la stazione mobile : ciò implica pertanto che non esiste un punto terminale fisico. La definizione di servizi di telefonia vocale quale enunciata all'articolo 1 della direttiva non è applicabile per tale motivo ai servizi di telefonia mobile.

(10) Conformemente alla giurisprudenza della Corte « per essere considerato oggetto di un mercato sufficientemente distinto, il prodotto deve potersi identificare grazie a caratterstiche specifiche che lo distinguono dagli altri prodotti così da renderlo poco intercambiabile con essi a quasi insensibile alla loro concorrenza » ([3]).

([1]) Direttiva del 28 giugno 1990 relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni (GU n. L 192 del 24. 7. 1990, pag. 10).

([2]) In particolare, sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, « Corbeau », motivazione 12.

([3]) Sentenza del 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/ Commissione, Racc. 1978, pag. 207.

Ora, è chiaro che l'intercambiabilità tra la radiotelefonia mobile e la telefonia offerta dalla rete fissa è pressocché inesistente : gli utenti che sottoscrivono un abbonamento per un telefono veicolare o comunque portatile, normalmente non disdicono l'abbonamento sottoscritto in precedenza per un telefono installato al loro domicilio o sul luogo di lavoro. La radiotelefonia mobile costituisce dunque effettivamente un servizio nuovo, aggiuntivo ma non sostituibile al telefono tradizionale.

Questa differenziazione si traduce anche in una forte diversità di costo : secondo uno studio realizzato dall'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) il costo per l'utente della telefonia mobile (stabilito in base ad un paniere di servizi) sarebbe in media per l'insieme della zona OCSE quattro volte superiore a quello degli stessi servizi offerti sulla rete fissa (1).

Indubbiamente è ipotizzabile che una maggiore diffusione della radiotelefonia mobile condurrà, nel tempo, ad un sistema unico di telecomunicazioni comprendente vari mercati attualmente distinti. Tuttavia le condizioni di applicazione dell'articolo 86 devono essere valutate sulla base della domanda attuale e non di evoluzioni che potrebbero delinearsi in un futuro indeterminato.

(11) Se è opportuno, per i motivi esposti in precedenza, considerare che la radiotelefonia mobile non rientri nel mercato della telefonia vocale offerta a partire dalla rete fissa, resta da determinare se e in quale misura sarebbe giustificato distinguere i servizi di radiotelefonia mobile cellulare basati sulla norma GSM che sono oggetto della presente decisione dai servizi di radiotelefonia cellulare analogica.

A tale proposito la Commissione osserva che la radiotelefonia mobile cellulare GSM non rappresenta soltanto uno sviluppo tecnico della radiotelefonia cellulare analogica di più vecchia concezione. Oltre ai vantaggi consentiti dal GSM in termini di qualità di riproduzione della voce o di migliore impiego dello spettro disponibile (che consente di aumentare notevolmente il numero degli utenti nella stessa frequenza assegnata) questo servizio offre nuove funzioni che rispondono alle esigenze specifiche di una parte degli utenti della radiotelefonia mobile :

i) basato su una norma comunitaria, il servizio GSM ha vocazione paneuropea ; a condizione che siano conclusi accordi bilaterali detti « roaming agreements » tra i gestori delle reti, questo sistema consente a qualsiasi utente di chiamare a partire dal suo apparecchio anche al di fuori del territorio nazionale del gestore con il quale ha sottoscritto l'abbonamento e ciò può avvenire su tutto il territorio dei firmatari del Memorandum d'intesa GSM, in Europa e in altre parti del mondo. Alcuni utenti che utilizzano per motivi professionali i servizi di radiotelefonia mobile soltanto all'interno del territorio nazionale o addirittura in un ambito regionale, non sono interessati a questa nuova capacità. Per altri, invece, questo può rappresentare un motivo per sottoscrivere un abbonamento ;

ii) oltre al trasporto della voce, il servizio GSM consente di garantire la trasmissione di dati ad alta velocità rispondendo, anche in questo caso, ad esigenze specifiche di una parte soltanto della clientela effettiva o potenziale dei servizi di radiotelefonia mobile ;

iii) la codifica numerica dei messaggi permette di garantire un livello di riservatezza molto più elevato rispetto a quello assicurato dal sistema analogico, vantaggio interessante anche in questo caso solo per una parte degli utenti (in particolare l'utenza affari) ;

iv) la tecnologia numerica consente di fornire un'intera gamma di servizi avanzati di telecomunicazioni che non possono essere offerti (se non a un costo notevolmente superiore) sulla base di una rete analogica.

v) le tariffe applicate per il servizio GSM sono ancora, nella maggioranza degli Stati membri, più elevate di quelle della telefonia mobile analogica.

In tali condizioni una mera sostituzione della radiotelefonia analogica con il sistema GSM non è in linea di massima prevista a breve termine. È probabile invece che, pur assistendo ad una migrazione della clientela da un sistema all'altro, i due sistemi continuino a coesistere l'uno accanto all'altro ancora per parecchi anni rispondendo ad esigenze ampiamente differenziate. Comunque, a quanto risulta, anche nei paesi in cui è pienamente operativo il sistema GSM, alcuni gestori continuano ad investire nella rete analogica.

(12) Sulla base delle considerazioni esposte in precedenza e nelle attuali condizioni, tenuto conto delle possibilità di evoluzione del mercato, si deve quindi considerare che i servizi di radiotelefonia GSM rappresentano altresì verosimilmente un mercato distinto da quello della radiotelefonia analogica.

(1) OCSE, studio pubblicato il 24 febbraio 1993.

Comunque, le conclusioni della valutazione giuridica non sarebbero diverse, neppure qualora la radiotelefonia analogica e il GSM dovessero costituire soltanto due segmenti dello stesso mercato.

(13) Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, questo mercato, attualmente esteso a tutto il territorio dell'Italia, costituisce una parte sostanziale del mercato comune.

La posizione dominante

(14) Secondo la giurisprudenza della Corte, un'impresa che detiene un monopolio, attribuito dalla legge, per la prestazione di determinati servizi, può detenere una posizione da qualificare dominante ai sensi dell'articolo 86 del trattato [1]. È questo il caso di Telecom Italia e della sua filiale Telecom Italia Mobile, costituita nel luglio 1995, che insieme sono le sole, a norma di legge, in grado di offrire al pubblico la rete di telecomunicazioni, la telefonia vocale e la radiotelefonia analogica in Italia, tre mercati sui quali godono pertanto di una posizione dominante.

L'abuso di posizione dominante

(15) La Corte di giustizia ha ricordato che « un sistema di concorrenza non alterata come quello prefigurato dal trattato può garantirsi solo se venga assicurata l'uguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici » [2].

La par condicio è importante soprattutto in relazione ai nuovi concorrenti su un mercato nel quale sta per inserirsi un gestore dominante su un mercato vicino, ma distinto, come nel caso di Telecom Italia e della sua filiale Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile beneficia già di importanti vantaggi per poter conquistare una quota rilevante del mercato della radiotelefonia GSM:

— un vantaggio in termini di tempo: è già in grado di commercializzare il proprio servizio mentre il secondo gestore sarà pronto soltanto nella seconda metà del 1995;

— clienti potenziali: Telecom Italia Mobile conta più di 2,2 milioni di abbonati al servizio di radiotelefonia analogica TACS (febbraio 1995) e stipula 100 000 nuovi contratti al mese. Tale servizio perderà comunque parte del suo interesse in futuro in considerazione delle più ampie possibilità offerte dal GSM. Il TACS è inoltre gestito nelle bande di frequenza riservate alla radiotelefonia mobile GSM. A termine, una parte degli abbonati del TACS dovranno quindi migrare verso il GSM. Pertanto Telecom Italia Mobile dispone già di una clientela potenziale per il suo servizio GSM;

— una rete di distribuzione esistente, nota al pubblico, in quanto Telecom Italia Mobile può commercializzare il proprio servizio GSM attraverso i suoi distributori TACS;

— informazioni privilegiate: Telecom Italia Mobile, con la sua esperienza in materia di TACS, ha acquisito informazioni esatte sulle abitudini di chiamata degli italiani, per gruppi di utenti e per regione. Inoltre, beneficiando altresì del monopolio per la fornitura di collegamenti fissi per le reti dei gestori del GSM [3], Telecom Italia continuerà ad ottenere informazioni importanti sui flussi di traffico;

— economie di scala in materia di infrastruttura: essendo attualmente l'unico gestore di telefonia fissa e mobile analogica, Telecom Italia Mobile può disporre di siti e di antenne per l'installazione della rete GSM che non sono accessibili al suo concorrente.

Telecom Italia non potrebbe estendere la sua posizione dominante sul mercato della telefonia fissa o mobile analogica verso il mercato della radiotelefonia GSM, aumentando i costi a carico del suo concorrente, ossia imponendo oneri di interconnessione non giustificati dai costi, senza violare l'articolo 86 del trattato CE.

(17) In virtù dell'articolo 90, paragrafo 1 del trattato, l'Italia deve in parallelo astenersi dall'adottare misure in grado di aumentare i costi di accesso dell'unico concorrente di un'impresa pubblica su un nuovo mercato aperto alla concorrenza e che falsano in maniera significativa tale concorrenza. Messa di fronte all'onere finanziario aggiuntivo imposto esclusivamente al suo concorrente, Telecom Italia Mobile avrà in effetti la scelta tra due strategie commerciali che palesano ciascuna un'infrazione al combinato disposto dell'articolo 90, paragrafo 1, e dell'articolo 86 del trattato.

[1] Sentenza del 3 ottobre 1985, causa C-311/84, Centre belge d'études de marché Telemarketing/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Racc. 1985, pag. 3261.

[2] Vedi sentenza del 19 marzo 1991, C-202/88, Francia/Commissione, punto 51, Raccolta 1991, pag. I-1271.

[3] Telecom Italia e la sua filiale Telecom Italia Mobile gestiscono la rete fissa e i servizi mobili. Per contro, Omnitel Pronto-Italia può stabilire ponti radio soltanto dopo aver dimostrato che Telecom Italia non può fornirgli le linee affittate necessarie in termini di tempo ragionevoli.

i) estensione della posizione dominante (1) dell'impresa pubblica

Il versamento iniziale di 750 Mrd di LIT effettuato dal secondo gestore su tale mercato dovrà necessariamente essere ammortizzato dagli introiti. Il secondo gestore avrà pertanto difficoltà a far concorrenza al primo ricorrendo ad una riduzione delle tariffe. Il primo gestore, Telecom Italia Mobile, che non ha da effettuare lo stesso ammortamento e che conosce d'altronde la struttura dei costi del secondo in virtù del monopolio di Telecom Italia sull'infrastruttura (2), potrebbe quindi essere incoraggiato, ricorrendo alla sottoquotazione delle tariffe, ad estendere al mercato della radiotelefonia GSM la posizione dominante che detiene attualmente sul mercato dell'infrastruttura e su quello della radiotelefonia analogica. Si tratta di un'estensione di posizione dominante dovuta al vantaggio concorrenziale derivante dalla struttura dei costi distorta dall'offerta economica e che rende la misura di Stato contraria al combinato disposto dell'articolo 90 e dell'articolo 86.

ii) limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico ai sensi dell'articolo 86 b)

Peraltro la necessità di finanziare i 750 Mrd di LIT ritarderà anche gli investimenti del nuovo concorrente, che deve dedicare parte del suo capitale iniziale per soddisfare l'offerta economica e non può quindi investirlo nello sviluppo della sua rete, oltre quanto è necessario per commercializzare il suo servizio in adempimento degli obblighi minimi specificati nella relativa convenzione. Ciò contribuerà a rallentarne l'evoluzione e potrebbe in alternativa indurre Telecom Italia Mobile a ritardare la commercializzazione del proprio servizio GSM (3). Infatti il sistema TACS è più interessante in quanto garantisce a Telecom Italia Mobile introiti sicuri poiché quest'ultima lo offre in regime di monopolio ed inoltre la maggior parte degli investimenti relativi è già stata ammortizzata.

Pertanto il gruppo Telecom Italia che, come indicato in precedenza, conosce la struttura dei costi del secondo gestore a causa del suo monopolio sull'infrastruttura potrebbe essere incoraggiato a mantenere tariffe più elevate per il suo servizio GSM rispetto a quelle praticabili in assenza della misura di Stato in questione. Ciò facendo limiterebbe la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori ai sensi dell'aricolo 86 b) per quanto riguarda il servizio GSM, che incorpora una tecnologia più avanzata, a vantaggio del servizio analogico di più vecchia concezione.

Tale situazione ritarderebbe inoltre l'evoluzione verso le comunicazioni personali destinate ad abbinare reti mobili e reti fisse. Tale convergenza potrà infatti realizzarsi soltanto se le tariffe delle comunicazioni mobili registreranno una diminuzione sostanziale.

Conformemente alla giurisprudenza della Corte (4) l'articolo 90, paragrafo 1 osta a che gli Stati membri adottino disposizioni che avrebbero l'effetto di indurre l'impresa a contravvenire alle disposizioni alle quali esso rinvia, in particolare, nel caso di specie, quelle previste dall'articolo 86.

In conclusione, nell'una o l'altra ipotesi, la misura di Stato in questione è pertanto incompatibile con il combinato disposto dell'articolo 90, paragrafo 1, e dell'articolo 86 b) del trattato.

(18) La responsabilità incombente ad uno Stato membro a norma degli articoli 86 e 90, paragrafo 1, del trattato entra in gioco solo qualora il comportamento abusivo dell'impresa in questione possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri. Nel caso di specie, si ha un effetto potenziale di questo tipo in quanto l'attività commerciale degli operatori GSM italiani può estendersi ai cittadini di altri Stati membri, che possono acquistare carte SIM in Italia, nonché ai territori di altri Stati membri, tramite accordi di roaming con gli operatori competenti.

(1) Vedi in particolare sentenza della Corte del 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Regno di Spagna, Regno del Belgio e Repubblica italiana/Commissione, Racc. 1992, pag. I-5833, motivazione 36.

(2) Il disciplinare di gara prevedeva una riduzione del 50 % a favore del secondo gestore rispetto alla tariffa pubblicata per le linee affittate di SIP. Malgrado tale sconto il costo delle linee affittate per il secondo gestore GSM in Italia è comunque superiore di tre volte rispetto a quello applicato da BT ai gestori della telefonia cellulare nel Regno Unito.

(3) Come sottolineato dalla Commissione nella lettera di messa in mora del 29 luglio 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) Vedi sentenze del 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner/Macrotron, Racc. 1991, pag. I-1979, del 18 giugno 1991, causa C-260/89, EPT/Dimotiki Etaira Pliroforisis e altri, Racc. 1991, pag. I-2925, e del 5 ottobre 1994, causa C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Racc. 1994, pag. I-5077.

La risposta delle autorità italiane

(19) Nella lettera del 28 febbraio 1995 il governo italiano sottolinea che il versamento iniziale era stato uno degli elementi alla base della selezione del secondo gestore. L'importo offerto dal secondo gestore sarebbe stato pertanto il risultato di una scelta strategica di quest'ultimo in quanto il disciplinare di gara non indicava alcun importo minimo o massimo.

Inoltre, il disciplinare di gara era aperto ad eventuali integrazioni ed approfondimenti suggeriti dalle società concorrenti, quali ad esempio l'abbandono del versamento iniziale o il suo scaglionamento su un certo numero di anni. D'altro canto i candidati erano a conoscenza del fatto che Telecom Italia Mobile non sarebbe stata assoggettata all'obbligo di corrispondere tale somma.

Il governo italiano precisa che non era possibile imporre un versamento analogo a Telecom Italia Mobile in considerazione del fatto che quest'ultima aveva già effettuato i propri investimenti nel settore prima della sua liberalizzazione e che contava pertanto ammortizzarli sulla base della gestione del servizio in regime di monopolio.

Secondo il parere del governo italiano, il secondo gestore nel determinare l'importo del versamento iniziale che egli era disposto a corrispondere, ha necessariamente tenuto conto dei fattori positivi quali gli investimenti già realizzati da Telecom Italia Mobile e la possibilità di roaming nazionale in grado di consentire al secondo gestore di utilizzare la rete di Telecom Italia Mobile.

Il governo italiano nega pertanto il rafforzamento della posizione dominante di Telecom Italia e della sua filiale Telecom Italia Mobile. Contesta altresì il fatto che il versamento iniziale abbia avuto ripercussioni negative sugli investimenti o sul livello delle tariffe in quanto la concessione relativa al secondo gestore stabilisce obblighi ben precisi in materia.

Infine il governo italiano rifiuta di abolire il versamento iniziale. Secondo il governo italiano l'abbandono di questo criterio di selezione comporterebbe necessariamente la riapertura della procedura di gara al fine di rispettare i principi di trasparenza e di non discriminazione. Secondo il governo italiano, la soppressione di un elemento come l'offerta di un importo da corrispondere per entrare sul mercato del GSM darebbe necessariamente adito ad un nuovo procedimento di gara. I concorrenti avrebbero infatti potuto formulare in modo diverso la loro offerta in assenza del criterio relativo al versamento iniziale. Tale argomentazione è stata confermata con lettera del 10 agosto 1995.

(20) Nella lettera del 17 maggio 1995, il governo italiano dissocia la questione del versamento iniziale da quella del rischio di estensione di posizione dominante.

Per quanto riguarda il versamento iniziale, il governo italiano afferma che, in passato, Telecom Italia Mobile ha sviluppato il nuovo servizio con esborsi superiori a quello in esame e che, inoltre, l'apertura alla concorrenza del GSM ha inciso negativamente sulle aspettative di Telecom Italia Mobile in termini di incassi relativi alla gestione di tale servizio. D'altra parte, il rimborso del versamento iniziale consentirebbe al candidato non aggiudicatario di impugnare la concessione assegnata a Omnitel, ed il procedimento di gara dovrebbe essere riaperto. A tale proposito, il governo italiano riafferma che l'abolizione dell'obbligo del versamento iniziale da parte del secondo gestore comporterebbe necessariamente il rinnovo della gara.

Quanto al rischio di estensione della posizione dominante di Telecom Italia e della sua filiale Telecom Italia Mobile, il governo italiano sottolinea che, grazie al suo intervento, sono stati conclusi accordi tra Telecom Italia e Omnitel in materia di interconnessione della rete GSM di quest'ultima alla rete telefonica fissa di Telecom Italia, di roaming sperimentale del servizio di Omnitel via la rete GSM di Telecom Italia Mobile, di sistema di distribuzione del GSM di Telecom Italia Mobile, di separazione contabile tra il GSM e le altre attività di Telecom Italia.

Valutazione della Commissione

(21) La Commissione non ha contestato la decisione del governo italiano di utilizzare due procedure separate per il rilascio delle concessioni GSM. Ha tuttavia chiesto a più riprese al governo italiano di evitare che la procedura seguita e i criteri adottati per la concessione della seconda licenza avessero per effetto di aumentare i costi di ingresso del nuovo concorrente sul mercato del GSM rispetto al gestore pubblico.

Gli investimenti iniziali per l'installazione di una rete GSM in Italia ammontano a circa 2 000 Mrd di LIT. Il versamento iniziale, aggiungendosi agli investimenti iniziali, aumenta pertanto di oltre un terzo il fabbisogno finanziario del secondo gestore. Poiché Telecom Italia Mobile non è assoggettata allo stesso pagamento non è esatto affermare che il versamento iniziale non abbia rafforzato la posizione di quest'ultima. Telecom Italia Mobile può sfruttare le risorse finanziarie risparmiate in tal modo per ampliare la sua rete di distribuzione o per fare offerte speciali agli abbonati potenziali.

Peraltro Telecom Italia Mobile dispone di un vantaggio in termini di tempo per far fruttare le ingenti somme investite nello sviluppo del GSM. Quando il primo gestore nazionale metterà la propria rete a disposizione del secondo, nel quadro del roaming nazionale, quest'ultimo non beneficerà gratuitamente dell'investimento ma dovrà altresì partecipare al suo ammortamento.

(22) Il fatto che i candidati alla seconda concessione fossero al corrente di questa futura distorsione della concorrenza sul mercato del GSM in Italia a favore di Telecom Italia Mobile non influisce assolutamente su tale situazione di squilibrio. D'altronde le imprese che volevano entrare comunque sul mercato non avevano altra scelta al di fuori di quella di integrare questo svantaggio nel loro piano imprenditoriale.

Non è neppure esatto affermare che il versamento iniziale non inciderà sui prezzi praticati e sulla copertura offerta. La concessione del secondo gestore riprende gli obiettivi che egli si è impegnato a conseguire dopo aver considerato il costo del versamento iniziale. Il governo italiano ammette a tale proposito che in assenza del versamento iniziale i candidati avrebbero « potuto modulare in modo diverso gli obiettivi economici per ciascuno dei parametri di valutazione ». La semplice possibilità di roaming nazionale prevista nel disciplinare di gara non può d'altro canto essere considerata una compensazione sufficiente dello svantaggio imposto al secondo gestore. Fino ad ora il governo italiano non ha comunque informato la Commissione dell'attuazione di un accordo al riguardo con il secondo gestore.

(23) Infine l'argomentazione che, in caso di abbandono del versamento iniziale, la procedura di gara avrebbe dovuto essere ripetuta al fine di rispettare i principi di trasparenza e di non discriminazione non è convincente.

Tenendo conto del fatto che il consorzio prescelto avesse presentato la migliore offerta in relazione a tutti gli altri criteri di selezione, la Commissione ha constatato nella sua lettera dell'11 maggio 1994 che era possibile e necessario riconsiderare quest'onere iniziale senza comunque rimettere in discussione o ritardare l'avvio del servizio del secondo gestore.

D'altronde la ponderazione attribuita ai vari criteri di selezione non era stata comunicata ai candidati. Questi ultimi non avrebbero quindi potuto affermare che se avessero saputo dell'abbandono dell'elemento costituito dall'offerta economica avrebbero fatto un'offerta migliore. La ponderazione del versamento iniziale richiesto avrebbe infatti potuto essere minima o nulla.

In ogni caso, per non interferire in una questione che rientra in parte nel diritto interno, la Commissione lascia al governo italiano la scelta dei mezzi per porre rimedio all'infrazione, senza prevedere esplicitamente il rimborso del versamento iniziale. Tale rimborso non è infatti il solo mezzo che si possa prospettare per controbilanciare lo squilibrio provocato dal contestato versamento. Il governo italiano potrebbe infatti imporre un pagamento identico a Telecom Italia Mobile, oppure adottare misure correttive, come quelle evocate nel corso dei contatti intercorsi tra la Commissione e le autorità italiane, quali, ad esempio :

— la concessione senza indugio di un diritto incondizionato ad ogni gestore di installare infrastrutture proprie (e la messa a disposizione delle frequenze radio necessarie per stabilire ponti via etere) o di utilizzare le infrastrutture esistenti di imprese terze come le FS, le autostrade o l'ENEL ;

— l'effettiva attuazione dell'accordo di roaming tra i due gestori della radiotelefonia GSM che, da un punto di vista tecnico e tariffario, compenserebbe il ritardo del secondo gestore ;

— l'accesso da parte di qualsiasi gestore alla base di utenti di Telecom Italia Mobile — TACS 900, nel rispetto della riservatezza dei dati individuali ;

— la revisione delle condizioni tariffarie di interconnessione con la rete telefonica commutata di Telecom Italia ;

— la concessione a qualsiasi gestore del diritto di avvalersi di tecnologie alternative, come DCS-1800 o DECT, per offrire il proprio servizio.

In nessun caso una scelta implicante la revoca della concessione potrebbe considerarsi un appropriato rimedio all'infrazione, tenuto conto del fatto che si eliminerebbe l'unico concorrente esistente di Telecom Italia Mobile sul mercato GSM e si estenderebbe l'attuale monopolio dell'impresa pubblica Telecom Italia in materia di telefonia fissa alla radiotelefonia GSM per tutta la durata necessaria al rinnovo della gara rendendo quindi ancora più difficile la concorrenza a causa dell'ulteriore vantaggio da essa acquisito in termini di tempo.

(24) Le obiezioni della Commissione nei confronti del versamento iniziale imposto al secondo gestore e non a Telecom Italia Mobile non sono basate sull'articolo 6 del trattato. Nel quadro di detta procedura il problema non riguarda la discriminazione in quanto tale ma l'effetto della misura di Stato in questione che, come dimostrato ai punti 17 e 18, consiste nell'indurre l'organismo delle telecomunicazioni a rafforzare la sua posizione dominante oppure a limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico.

Lo scopo della presente procedura è di indurre il governo italiano a prendere i provvedimenti necessari per impedire tale effetto. La misura più logica risulterebbe pertanto l'imposizione di un pagamento identico a Telecom Italia Mobile.

(25) La Commissione sarebbe altresì disposta a esaminare, su richiesta del governo italiano, la possibilità di porre fine all'infrazione attraverso l'adozione di altre misure in grado di compensare effettivamente lo svantaggio del secondo gestore.

Spetta al governo italiano fare proposte al riguardo. Il governo italiano dovrebbe in ogni caso fornire dati esatti in merito a tali proposte al fine di dimostrare che esse rappresentano un effettivo compenso nei confronti dei 750 Mrd di LIT pagati da Omnitel.

Articolo 90, paragrafo 2

(26) L'articolo 90, paragrafo 2, del trattato dispone che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali regole non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata. Il governo italiano non ha invocato tale disposizione per giustificare il versamento economico iniziale imposto soltanto al secondo gestore.

(27) La Commissione ritiene, da parte sua, che, nella fattispecie, le disposizioni dell'articolo 90, paragrafo 2, non siano applicabili, in quanto non dispone di alcun elemento che le consenta di concludere che il versamento economico iniziale è giustificato dall'adempimento, in linea di diritto o di fatto, di una missione d'interesse economico generale.

CONCLUSIONE

(28) Tenuto conto di quanto precede, la Commissione considera che lo svantaggio in materia di concorrenza costituito dal versamento iniziale imposto esclusivamente al secondo gestore per la concessione relativa alla gestione di una rete GSM in Italia rappresenti un'infrazione al combinato disposto dell'articolo 90, paragrafo 1 e dell'articolo 86,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

Il governo italiano è tenuto ad adottare le misure necessarie al fine di eliminare la distorsione della concorrenza derivante dal pagamento iniziale imposto all'impresa Omnitel Pronto-Italia e di garantire la par condicio tra i gestori della radiotelefonia mobile GSM sul mercato italiano entro il 1° gennaio 1996:

— imponendo un pagamento identico a Telecom Italia Mobile, oppure

— adottando, previo accordo della Commissione, misure correttive equivalenti in termini economici al pagamento effettuato dal secondo gestore.

Le misure concrete adottate non devono compromettere la concorrenza instaurata dall'autorizzazione di un secondo gestore GSM il 2 dicembre 1994.

Articolo 2

Il governo italiano è tenuto ad informare la Commissione delle misure adottate a tal fine entro il termine di tre mesi a decorrere dalla notifica della presente decisione.

Articolo 3

La Repubblica italiana è destinataria della presente decisione.

Fatto a Bruxelles, il 4 ottobre 1995.

Per la Commissione

Karel VAN MIERT

Membro della Commissione