II

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

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 4 de Outubro de 1995

relativa às condições impostas ao segundo operador de radiotelefonia GSM em Itália

(Apenas faz fé o texto em língua italiana)

(95/489/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 dado, por carta de 3 de Janeiro de 1995, às autoridades italianas e, por ofício de 30 de Janeiro de 1995, à empresa Telecom Italia a oportunidade de exporem os seus pontos de vista relativamente às acusações formuladas pela Comissão em relação ao pagamento inicial imposto à Omnitel Pronto-Italia,

Considerando o seguinte :

OS FACTOS

A medida estatal em causa

(1) O estado italiano impôs um pagamento inicial para a distribuição de uma segunda concessão relativa à realização e gestão, no território italiano, de uma rede para o fornecimento do serviço público de radiotelefonia móvel de comunicação através do sistema pan-europeu de tecnologia digital denominado GSM. Esta obrigação estava prevista no caderno de encargos e não se aplica ao operador público, a Telecom Italia.

A empresa e os serviços em causa

(2) A empresa Telecom Italia Spa é controlada pela STET, que tem 55 % do seu capital. A STET é, por sua vez, controlada pela IRI e assim, através desta empresa, pelo Estado italiano. Consequentemente, a Telecom Italia é uma empresa pública para efeitos do nº 1 do artigo 90º do Tratado CE.

A Telecom é, com base no volume de negócios de 26 700 mil milhões de liras italianas (a seguir denominadas « liras »), o sexto operador de telecomunicações do mundo. Empresa 101 000 trabalhadores e presta serviços a mais de 25 milhões de assinantes.

Aquando da sua criação em Agosto de 1994, a Telecom Italia retomou os direitos exclusivos para a exploração da rede pública de telecomunicações e do serviço de telefonia vocal concedidos em 1984 à SIP, por um período de 20 anos.

(3) A telefonia móvel digital celular que satisfaz a norma GSM (Global System for Mobile Communications) é um serviço recentemente desenvolvido na Europa que permite aos utilizadores efectuar e receber chamadas enquanto se deslocam no interior da Comunidade e de certos outros países europeus. Este serviço, baseado na utilização de um sistema digital, um aparelho e um cartão SIM (Subscriber Identity Module), oferece mais potencialidades do que os serviços de radiotelefonia mais tradicionais que funcionam em modo analógico. A tecnologia digital permite, com efeito, para além de uma qualidade superior, transmitir dados com elevado débito ; assegura uma cifragem que garante uma melhor confidencialidade, sendo mais económica em frequências do que os sistemas analógicos. Para além disso, o sistema GSM baseia-se em normas comuns comunitárias no âmbito de bandas de frequências comuns aprovadas a nível comunitário e, ao invés dos sistemas analógicos, muitas vezes

incompatíveis de um Estado-membro para outro, está vocacionado para ser um dos serviços pan-europeus cuja promoção representa um dos principais eixos da política da União Europeia em matéria de telecomunicações (1). Por fim, é oportuno assinalar que o mercado recente dos serviços GSM é especialmente dinâmico: segundo certos estudos, o número de utilizadores apurados na Europa Ocidental poderá passar de pouco mais de um milhão em 1993 para quinze a vinte milhões no ano 2000 (2).

(4) O Conselho adoptou uma directiva que reserva as frequências de 890-915 Mhz e 935-960 Mhz a um sistema comum de radiotelefonia digital móvel GSM a introduzir (3). Estas frequências comuns permitem a coabitação de vários operadores concorrentes. A oferta comercial do serviço GSM na Comunidade teve início no final de 1992; desde essa data, a grande maioria dos Estados-membros (Bélgica, Espanha, Itália, Países Baixos, Finlândia, Reino Unido, Dinamarca, Alemanha, França, Portugal e Grécia) concederal já licenças a dois operadores; outros Estados-membros (Áustria e Irlanda) anunciaram a sua intenção de agir da mesma forma ou iniciaram já procedimentos com esta finalidade. A Suécia concedeu três licenças GSM. Por último, o Reino Unido, a Alemanha, os Países Baixos e a França autorizaram ou decidiram autorizar um teceiro operador a explorar serviços de radiotelefonia digital celular numa gama de frequências mais elevada, com base em especificações DCS 1800.

A Conferência Europeia dos Correios e Telecomunicações (CEPT), que agrupa as autoridades regulamentares nacionais de trinta e seis países (entre os quais a Itália) recomendou que a concorrência entre operadores de serviços GSM seja activamente encorajada e que sejam abolidas as barreiras regulamentares que se lhe opõem (4).

Antecedentes

(5) Por carta de 29 de Julho de 1993, a Comissão notificou o estado italiano para quer pôr termo ao monopólio da Telecom Italia (nessa altura a SIP) em matéria de radiotelefonia móvel GSM, quer comunicar os argumentos de resposta às acusações da Comissão contra tal monopólio. Na sequência deste pedido, o Governo italiano decidiu lançar um concurso para a atribuição de uma segunda concessão, por um período de quinze anos, para a gestão de uma rede de radiotelefonia móvel GSM. O anúncio de concurso foi publicado na GURI de 16 de Dezembro de 1993 (nº 294) e não previa um pagamento inicial.

Em 29 de Janeiro de 1994, o Governo italiano enviou o caderno de encargos (*disciplinare de gara*) às empresas que responderam ao anúncio de concurso. Este documento prevê que as propostas deverão mencionar « o montante, em mil milhões de liras, que o proponente tenciona pagar *una tantum* no momento da atribuição da concessão » (cláusula 4.9.1, p. 44). O caderno de encargos indica, além disso, que o montante proposto será um dos critérios de selecção (p. 51), sem todavia mencionar a ponderação que lhe será atribuída. O prazo de apresentação das propostas foi fixado em 1 de Março de 1994 (cláusula 3.9, p. 19).

O caderno de encargos apenas foi enviado à Comissão em 2 de Março de 1994, ou seja, depois de ultrapassado esse prazo. Por carta de 1 de Abril de 1994, a Comissão lamentou o facto de o caderno de encargos relativo à designação do segundo gestor impor condições menos favoráveis ao futuro segundo operador comparativamente com a SIP, sobretudo no que se refere ao pagamento de um montante inicial e à contribuição anual mínima que o proponente deve comprometer-se a pagar durante os primeiros cinco anos, independentemente do seu volume de negócios, enquanto a SIP apenas paga uma contribuição de 3,5 % sobre o montante das suas receitas efectivas.

Assim, a Comissão convidou o Governo italiano a eliminar estas duas obrigações e a examinar as propostas dos dois consórcios candidatos apenas com base nos restantes critérios mencionados no caderno de encargos, ou seja, critérios qualitativos.

Em 18 de Abril de 1994, o Governo italiano comunicou oficialmente o nome do consórcio seleccionado, a Omnitel Pronto-Italia, bem como a ponderação utilizada na selecção. Os proponentes não tiveram conhecimento desta ponderação. O consórcio seleccionado obteve as melhores cotações relativamente a todos os critérios de selecção.

Na sua carta de 11 de Maio de 1994, a Comissão respondeu que mantinha as suas reservas contra o « pagamento inicial ». Tomando em consideração o facto de todos os outros critérios de selecção serem favoráveis à Omnitel, a Comissão solicitou que este encargo inicial fosse reconsiderado, sem que para tal fosse posto em causa ou atrasado o arranque do serviço deste operador.

(1) Ver Recomendação 87/371/CEE do Conselho de 25 de Junho de 1987 (JO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 81).

(2) « Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical developement and commercial provision up to the year 2010 » EUTELIS Consult, Outubro de 1993.

(3) Directiva 87/372/CEE do Conselho, de 25 de Junho de 1987, relativa às bandas de frequência a atribuir para a introdução coordenada de comunicações móveis terrestes digitais celulares públicas pan-europeias na Comunidade (JO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 85).

(4) « Review of the Requirements for the Future Harmonization of Regulatory Policy Regarding Mobile Communications Services », CEPT/ECTRA (92) 57, p. 17.

Visto que esta carta não obteve qualquer resposta, a Comissão recordou, em 27 de Julho de 1994, que não podia encerrar o processo por infracção em curso enquanto a licença não fosse formalmente concedida e solicitou, nomeadamente, mais uma vez, a posição do Governo italiano relativamente ao pagamento inicial. Tendo em conta o facto de a contribuição anual mínima imposta apenas ao segundo operador ter uma menor incidência do que o pagamento inicial, a Comissão decidiu concentrar-se exclusivamente sobre este último aspecto sem, contudo, aceitar o primeiro.

Por carta de 8 de Agosto de 1994, as autoridades italianas responderam a este último ponto, afirmando que os concorrentes e, consequentemente, também o consórcio seleccionado, tinham pleno conhecimento desta obrigação, uma vez que estava expressamente prevista no caderno de encargos e que, por ocasião dos encontros entre o Ministério dos Correios e das Telecomunicações e representantes de alto nível da Omnitel Pronto-Italia, a questão parecia ter sido resolvida. Em 31 de Outubro de 1994, a Comissão respondeu que a aceitação, por parte do candidato a segundo gestor, das condições necessárias à obtenção da sua licença em nada afecta o carácter eventualmente discriminatório de tais condições, tendo mantido o seu pedido.

Em 3 de Janeiro de 1995, a Comissão notificou formalmente o Estado italiano para quer abolir a obrigação imposta ao segundo operador no sentido de efectuar um pagamento inicial, quer comunicar as suas observações em resposta aos argumentos apresentados pela Comissão. As autoridades italianas responderam por cartas de 28 de Fevereiro, 17 de Maio e 10 de Agosto de 1995.

APRECIAÇÃO DA COMISSÃO

Nº 1 do artigo 90º

(6) O nº 1 do artigo 90º estabelece que, no que respeita 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 regras relativas à concorrência.

A Telecom Italia é uma empresa pública a que foram conferidos direitos exclusivos para a exploração da rede fixa de telecomunicações e para a oferta de serviços de telefonia vocal [nos termos do artigo 1º da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (1)] e de rediotelefonia móvel analógica. O Governo italiano atribuiu-lhe igualmente, em 22 de Dezembro de 1994, o direito relativo à gestão de uma rede de radiotelefonia móvel GSM, que deverá ser considerado um direito especial na medida em que o operador foi designado segundo critérios não objectivos.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal (2), a compatibilidade deste monopólio com as regras do Tratado deve ser apreciada com base no artigo 90º e nas disposições para as quais este remete, nomeadamente, no caso em apreciação, o artigo 86º

Artigo 86º

O mercado em causa

(7) O mercado em causa é o da exploração dos serviços de radiotelefonia móvel digital celular. Convém distinguir este mercado do mercado de telefonia vocal, bem como do (ou dos) mercado(s) dos outros serviços de telecomunicações móveis.

(8) A Comissão definiu o mercado da telefonia vocal na sua Directiva 90/388/CEE. Esta directiva estabelece uma clara 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 âmbito de aplicação da directiva.

(9) A telefonia vocal, para efeitos desta 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.

(10) Nos termos da jurisprudência do Tribunal « para poder ser considerado como o 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 intersubstituibilidade com estes e sofrendo uma concorrência da sua parte pouco sensível » (3).

(1) JO nº L 192 de 24. 7. 1990, p. 10.

(2) Nomeadamente acórdão de 19 de Maio de 1993, processo C-320/91, « Corbeau », fundamento 12.

(3) Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, processo 27/76, United Brands/Comissão, Colectânea 1978, p. 207, ponto 22.

É claro que a intersubstituibilidade 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 a 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, suplementar, mas que não pode substituir o telefone tradicional.

Esta diferenciação traduz-se igualmente numa diferença de preço muito sensível : segundo um estudo realizado pela OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos), o custo da telefonia móvel para o utilizador (estabelecido com base num pacote de serviços) será, em média, para o conjunto da zona da OCDE, quatro vezes superior ao dos mesmos serviços prestados na rede fixa (1).

Como é evidente, é possível que, a longo prazo, uma maior difusão da radiotelefonia móvel conduza 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.

(11) Uma vez que, pelas razões acima expostas, convém considerar que a radiotelefonia móvel não faz parte do mercado da telefonia vocal oferecida a partir da rede fixa, resta determinar se e em que medida se justificará distinguir os serviços de radiotelefonia móvel celular baseada na norma GSM, que são objecto da presente decisão, dos serviços de radiotelefonia celular analógica.

A este respeito, a Comissão observa que a radiotelefonia móvel celular GSM não constitui apenas um desenvolvimento técnico da radiotelefonia celular analógica de concepção mais antiga. Para além das vantagens introduzidas pelo GSM em termos de qualidade de reprodução da voz, ou de uma melhor utilização do espectro disponível (que permite aumentar consideravelmente o número de utilizadores para uma mesma atribuição de frequência), este serviço proporciona novas funções adaptadas às necessidades de apenas uma parte dos utilizadores da radiotelefonia móvel :

i) Baseado numa norma comunitária, o serviço GSM tem uma vocação pan-europeia ; desde que tenham sido concluídos acordos bilaterais denominados « *roaming agreements* » entre os operadores de redes, este sistema permite a qualquer utilizador efectuar chamadas a partir do seu aparelho, inclusivamente fora do território nacional do operador junto do qual tem a sua assinatura, e isto no território dos membros do GSM Memorandum of Understanding, na Europa e noutras partes do mundo. Certos utilizadores que recorrem por razões profissionais aos serviços de radiotelefonia móvel apenas no território nacional, e mesmo num âmbito regional, não estão interessados nesta nova função. Para outros, pelo contrário, este pode constituir o motivo determinante para procederem à 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 do mundo dos negócios) ;

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) ;

v) As tarifas aplicadas ao serviço GSM continuam a ser actualmente, na maior parte dos Estados-membros, superiores às da telefonia móvel analógica.

Nestas condições, não se prevê em geral, a curto prazo, uma substituição pura e simples da radiotelefonia analógica pelo sistema GSM. Em contrapartida, é provável que, mesmo que se assista a uma passagem da clientela de um sistema para outro, ambos continuem a subsistir lado a lado ainda durante vários anos, dando resposta a necessidades extremamente diferenciadas. Afigura-se, para além disso, que, mesmo nos países em que o sistema GSM está plenamente operacional, certos operadores continuam a investir na rede analógica.

(12) Com base nas considerações atrás apresentadas e tendo em conta as condições actuais e as possibilidades de evolução do mercado, deverá concluir-se que os serviços de radiotelefonia GSM constituem também um mercado distinto do mercado da radiotelefonia analógica.

(1) OCDE, estudo publicado em 24 de Fevereiro de 1993.

De qualquer forma, as conclusões da apreciação jurídica não seriam diferentes mesmo que a radiotelefonia analógica e o GSM fossem apenas dois segmentos do mesmo mercado.

(13) Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, este mercado, que actualmente abrange o conjunto do território da Itália, constitui uma parte substancial do mercado comum.

A posição dominante

(14) Segundo a jurisprudência do Tribunal, uma empresa que tenha um monopólio legal relativamente à prestação de certos serviços pode ter uma posição dominante, para efeitos do artigo 86º do Tratado [1]. É o caso da Telecom Italia e da sua filial Telecom Italia Mobile, criada em Julho de 1995, que em conjunto são as únicas empresas a poder legalmente oferecer ao público a rede de telecomunicações, a telefonia vocal e a radiotelefonia analógica em Itália, três mercados em que beneficiam portanto de uma posição dominante.

O abuso de posição dominante

(15) O Tribunal de Justiça recordou que « um sistema de concorrência não falseada, tal como o previsto pelo Tratado, apenas pode ser garantido se estiver assegurada a igualdade de oportunidades entre os diversos operadores económicos » [2].

Esta igualdade de oportunidades assume especial importância no que se refere aos novos participantes num mercado em que está em vias de se estabelecer um operador dominante num mercado vizinho mas distinto, tal como acontece com a Telecom Italia Mobile.

(16) A Telecom Italia Mobile beneficia já de importantes vantagens para conquistar uma quota de mercado dominante no mercado da radiotelefonia GSM:

— uma vantagem em termos temporais: está já em condições de comercializar o seu serviço, enquanto o segundo gestor apenas reunirá essas condições no segundo semestre de 1995,

— clientes potenciais: a Telecom Italia Mobile serve mais de 2 200 000 assinantes através do seu serviço de radiotelefonia analógica, TACS (Fevereiro de 1995) e liga à rede 100 000 novos assinantes por mês. Contudo, este serviço perderá, no futuro, uma parte do seu atractivo devido às possibilidades superiores do GSM. Além disso, o TACS é explorado nas bandas de frequência reservadas à radiotelefonia móvel GSM. Assim, no futuro, uma parte dos assinantes do TACS deverão passar para o GSM. A Telecom Italia Mobile dispõe já, desta forma, de uma clientela potencial para o seu serviço GSM,

— uma rede de distribuição já existente, conhecida do público, na medida em que a Telecom Italia Mobile pode comercializar o seu serviço GSM através dos seus distribuidores do TACS,

— informações privilegiadas: a Telecom Italia Mobile adquiriu, através da sua experiência a nível do TACS, informações precisas quanto aos hábitos dos italianos em matéria de chamadas telefónicas, por grupos de utilizadores e por regiões. Além disso, uma vez que beneficia igualmente do monopólio relativo ao fornecimento de ligações fixas para as redes dos gestores do GSM [3], a Telecom Italia continuará a obter informações importantes em matéria de fluxos de tráfego,

— economias de escala em matéria de infra-estrutura: uma vez que é actualmente o único operador de telefonia móvel e fixa analógica, a Telecom Italia Mobile pode dispor de locais e antenas para a criação da sua rede GSM, que não são acessíveis ao seu concorrente.

A Telecom Italia não poderia, sem violar o artigo 86º do Tratado CE, alargar a sua posição dominante no mercado da telefonia de fio ou móvel analógica para o mercado da radiotelefonia GSM ao aumentar os custos do seu rival, por exemplo ao exigir encargos de ligação não justificados pelos custos.

(17) Nos termos do nº 1 do artigo 90º do Tratado CE, a Itália deve, simultaneamente, abster-se de adoptar medidas que, ao aumentarem os custos de entrada do único rival de uma empresa pública num mercado recentemente aberto à concorrência, falseiam significativamente esta concorrência. Face ao encargo financeiro suplementar que é imposto ao seu único concorrente, a Telecom Italia Mobile poderá, com efeito, optar entre duas estratégias comerciais que provocarão, ambas, uma violação do nº 1 do artigo 90º em articulação com o 86º do Tratado.

[1] Acórdão de 3 de Outubro de 1985, processo C-311/84, Centre belge d'études de marché Telemarketing/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Colectânea 1985, p. 3261.

[2] Ver acórdão de 19 de Março de 1991, C-202/88, França/Comissão, Colectânea 1991, p. I-1271, ponto 51.

[3] A Telecom Italia e a sua filial Telecom Italia Mobile exploram a rede fixa e os serviços móveis. Em contrapartida, a Omnitel Pronto-Italia apenas pode estabelecer ligações rádio nas situações em que demonstrar que a Telecom Italia não lhe pode fornecer as linhas alugadas solicitadas dentro de um prazo razoável.

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

O pagamento inicial de 750 mil milhões de liras efectuado pelo segundo operador neste mercado deverá, necessariamente, ser amortizado através de receitas. O segundo operador terá, consequentemente, dificuldades em competir com o primeiro operador através de reduções tarifárias. O primeiro operador, a Telecom Italia Mobile, que não é obrigado a fazer a mesma amortização e que conhece, por outro lado, a estrutura de custos do segundo devido ao monopólio da Telecom Italia relativamente à infra-estrutura (2), poderia ser assim encorajado, recorrendo a uma subcotação das tarifas, a alargar a sua posição dominante actual no mercado da infra-estrutura e da radiotelefonia analógica ao mercado da radiotelefonia GSM. Trata-se de uma extensão de posição dominante devido à vantagem concorrencial provocada pela distorção da estrutura dos custos resultante do pagamento inicial e que torna a medida estatal contrária ao artigo 90º, em articulação com o artigo 86º

ii) Limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico, nos termos da alínea b) do artigo 86º

Por outro lado, a necessidade de financiar os 750 mil milhões de liras irá também atrasar os investimentos do novo participante, que deverá consagrar uma parte do seu capital inicial a este efeito, não podendo assim investi-lo no desenvolvimento da sua rede, para além do necessário para comercializar o seu serviço em conformidade com os limites mínimos fixados na sua concessão. Esta situação virá provocar atrasos em termos de desenvolvimento e poderá também incitar a Telecom Italia Mobile a atrasar a comercialização do seu próprio serviço GSM (3). Com efeito, o sistema TACS é mais atraente visto que garante à Telecom Italia Mobile receitas seguras, uma vez que a empresa o oferece em regime de monopólio e que a maior parte dos investimentos foi já amortizada.

O grupo Telecom Italia que, como já referido, conhece além disso a estrutura de custos do segundo gestor devido ao seu monopólio sobre a infra-estrutura, poderia ser também encorajado a manter, relativamente ao seu serviço GSM, tarifas mais elevadas do que na ausência da medida estatal em questão. Ao fazê-lo, limitaria a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, nos termos da alínea b) do artigo 86º, no que se refere ao serviço GSM, que exige uma tecnologia mais avançada, em benefício do serviço analógico mais antigo.

Este facto viria, por outro lado, provocar atrasos na evolução no sentido das 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.

Ora, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça (4) que o nº 1 do artigo 90º proíbe que os Estados-membros adoptem medidas susceptíveis de levar as empresas a violar as disposições para as quais remete, principalmente, no caso em apreço, as previstas no artigo 86º

Consequentemente, 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 mesmo Tratado.

(18) A responsabilidade que incumbe a um Estado-membro por força do artigo 86º e do nº 1 do artigo 90º do Tratado CE apenas entra em jogo quando o comportamento abusivo da empresa em questão é susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros. No caso em apreço, este efeito potencial existe porque a actividade comercial dos operadores GSM italianos poderá atingir nacionais de outros Estados-membros que podem adquirir cartões « SIM » em Itália, bem como os territórios de outros Estados-membros, através de acordos de *roaming* com os operadores que cobrem esses territórios.

(1) Ver, nomeadamente, acórdão 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, p. I-5833, ponto 36.

(2) O caderno de encargos previa uma redução de 50 % relativamente à tarifa publicada das linhas alugadas da SIP a favor do segundo operador. Apesar deste desconto, o custo destas linhas alugadas é de qualquer forma, para o segundo operador de GSM em Itália, três vezes mais elevado que o aplicado pela BT no Reino Unido aos operadores de telefonia celular.

(3) Tal como a Comissão havia já sublinhado na sua notificação para cumprir de 29 de Julho de 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) Ver acórdão de 23 de Abril de 1991, processo C-41/90, Höfner/Macrotron, Colectânea 1991, p. I-1979, bem como os acórdãos de 18 de Junho de 1991, processo C-260/89, EPT/Dimotiki Etairia Pliroforissis e outros, Colectânea 1991, p. I-2925, e de 5 de Outubro de 1994, processo C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage e d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Colectânea 1994, p. I-5077.

Resposta das autoridades italianas

(19) Na sua carta de 28 de Fevereiro de 1995, o Governo italiano sublinhou que o pagamento inicial havia sido um dos elementos de selecção do segundo gestor. O montante oferecido pelo segundo gestor resultaria, assim, de uma opção estratégica deste último, uma vez que o caderno de encargos não mencionava montantes mínimos nem máximos.

Além disso, o caderno de encargos permitia que os proponentes sugerissem alterações ou a inclusão de outras disposições eventuais , tais como a eliminação do pagamento inicial ou o seu escalonamento por um certo número de anos. Por outro lado, os proponentes tinham conhecimento de que a Telecom Italia Mobile não seria obrigada a pagar esse montante.

O Governo italiano esclareceu que não seria possível impor um pagamento idêntico à Telecom Italia Mobile, uma vez que esta empresa havia já realizado investimentos no sector antes da sua liberalização, prevendo portanto efectuar as amortizações com base na exploração do serviço em regime de monopólio.

Ao determinar o montante do pagamento inicial que estaria disposto a efectuar, o segundo gestor tomou necessariamente em consideração, segundo o Governo italiano, os factores positivos, tais como os investimentos já realizados pela Telecom Italia Mobile e a possibilidade de *roaming* nacional que lhe permitiria utilizar a rede da Telecom Italia Mobile.

Assim, o Governo italiano contesta que a posição dominante da Telecom Italia e da sua filial Telecom Italia Mobile tenha sido reforçada. Contesta, igualmente, que o pagamento inicial tenha tido repercussões negativas sobre os investimentos ou sobre o nível das tarifas, na medida em que a concessão do segundo gestor estabelece obrigações precisas na matéria.

Por último, o Governo italiano recusa-se a abolir o pagamento inicial. A renúncia a este critério de selecção obrigaria, segundo o Governo italiano, a recomeçar o processo de selecção, a fim de respeitar os princípios de transparência e de não discriminação. Segundo o Governo italiano, a supressão de um elemento como a oferta de uma quantia a pagar para entrar no mercado do GSM levaria, necessariamente, à realização de um novo procedimento de adjudicação. Com efeito, caso o critério do pagamento inicial não existisse, os concorrentes poderiam ter apresentado a sua proposta de forma diferente. Esta argumentação foi confirmada por carta de 10 de Agosto de 1995.

(20) Na sua carta de 17 de Maio de 1995, o Governo italiano dissocia a questão do pagamento inicial do risco de reforço de posição dominante.

No que se refere ao pagamento inicial, o Governo italiano afirma que, no passado, a Telecom Italia Mobile despendeu quantias superiores a este montante para o desenvolvimento do novo serviço e que, por outro lado, a abertura do serviço GSM à concorrência teve repercussões negativas sobre as receitas previstas da Telecom Italia Mobile no que se refere à exploração deste serviço. Além disso, o reembolso do pagamento inicial permitiria ao candidato excluído atacar a concessão da Omnitel, o que implicaria o reinício do processo de selecção. O Governo italiano reafirma a este respeito que a supressão da obrigação de efectuar um pagamento inicial tornaria necessária a realização de um novo processo de selecção.

Quanto ao risco de reforço da posição dominante da Telecom Italia e da sua filial Telecom Italia Mobile, o Governo italiano salienta que, graças à sua intervenção, foram concluídos acordos entre a Telecom Italia e a Omnitel relativos à interconexão da rede GSM deste último à rede telefónica fixa da Telecom Italia, ao *roaming* experimental do serviço Omnitel através da rede GSM da Telecom Italia Mobile, ao sistema de distribuição do GSM da Telecom Italia Mobile e à contabilidade separada do GSM e das outras actividades da Telecom Italia.

Apreciação da Comissão

(21) A Comissão não contestou a decisão do Governo italiano de utilizar dois processos distintos para atribuir concessões GSM. Em contrapartida, solicitou por diversas ocasiões ao Governo italiano que o processo utilizado e os critérios adoptados para a concessão da segunda licença não tivessem por efeito aumentar os custos de acesso do novo participante no mercado do GSM, comparativamente com os do gestor público.

Os investimentos iniciais para o estabelecimento de uma rede GSM na Itália elevam-se a cerca de 2 000 mil milhões de liras. O pagamento inicial vem juntar-se aos investimentos iniciais, aumentando, consequentemente, as necessidades de financiamento do segundo gestor em mais de um terço. Uma vez que a Telecom Italia Mobile não está sujeita a esta despesa, não é exacto que o pagamento inicial não tenha reforçado a posição desta última empresa. A Telecom Italia Mobile pode utilizar os recursos financeiros assim economizados para alargar a sua rede de distribuição ou para fazer ofertas especiais aos seus potenciais assinantes.

Por outro lado, a Telecom Italia Mobile possui uma vantagem em termos temporais para rentabilizar as elevadas quantias investidas no desenvolvimento do GSM. Por último, quando colocar a sua rede à disposição do segundo operador nacional, no âmbito do *roaming* nacional, este último não beneficiará gratuitamente do investimento, mas deverá participar também na sua amortização.

(22) O facto de os candidatos à segunda licença estarem ao corrente desta futura distorção da concorrência no mercado do GSM na Itália, a favor da Telecom Italia Mobile, em nada afecta este desequilíbrio. Além disso, as empresas que, apesar desta situação, pretendiam entrar no mercado, não tinham outra hipótese senão incluir esta desvantagem no seu plano de actividades.

Por conseguinte, também não é exacto que o pagamento inicial não seja relevante no que se refere aos preços praticados e à cobertura oferecida. A concessão do segundo gestor retoma os objectivos que ele próprio se comprometeu a atingir, após dedução do custo do pagamento inicial. O próprio Governo italiano admite, a este propósito, que caso o pagamento inicial não existisse, os candidatos teriam podido « modular de forma diferente os objectivos económicos relativamente a cada um dos parâmetros de avaliação ». Por outro lado, a mera possibilidade de *roaming* nacional prevista no caderno de encargos não poderá certamente ser considerada como compensação suficiente da desvantagem imposta ao segundo gestor. Até ao momento, o Governo italiano não informou ainda a Comissão da conclusão de um acordo a este respeito com o segundo gestor.

(23) Por último, não é também convincente o argumento segundo o qual, em caso de renúncia ao pagamento inicial, o processo de concessão deveria ser repetido a fim de respeitar os princípios de transparência e de não discriminação.

Tendo em conta o facto de o consórcio seleccionado ter apresentado a melhor proposta relativamente a todos os outros critérios de selecção, a Comissão afirmou, na sua carta de 11 de Maio de 1994, que seria possível e necessário reconsiderar este encargo inicial sem que, para tal, o arranque do serviço do segundo gestor fosse retardado ou posto em causa.

Além disso, a ponderação dos diversos critérios de selecção não foi comunicada aos diferentes candidatos. Os candidatos não poderiam, assim, afirmar que teriam apresentado uma melhor proposta se tivessem tido conhecimento de que o elemento do pagamento inicial iria ser suprimido. A ponderação do pagamento inicial exigido poderia, com efeito, ter sido mínima ou nula.

De qualquer forma, a fim de não interferir numa questão que depende, em parte, do direito interno italiano, a Comissão deixa ao Governo italiano a escolha dos meios para pôr termo à infracção, sem prever expressamente o reembolso do pagamento inicial. Com efeito, este reembolso não constitui o único meio possível para eliminar o desequilíbrio provocado pelo pagamento inicial. O Governo italiano poderia quer exigir um pagamento idêntico à Telecom Italia Mobile quer adoptar medidas de correcção tais como as referidas no âmbito dos contactos entre a Comissão e as autoridades italianas, como por exemplo:

— concessão, o mais rapidamente possível, de um direito incondicional a qualquer gestor para criar as suas próprias infra-estruturas (e colocação à disposição das frequências rádio necessárias para criar os pontos hertzianos) ou para utilizar infra-estruturas existentes de empresas terceiras, tais como as FS, as auto-estradas ou a ENEL,

— aplicação efectiva do acordo de *roaming* entre os dois gestores de radiotelefonia GSM que, a nível técnico e tarifário, compensaria o atraso do segundo gestor,

— acesso de qualquer gestor à base de utilizadores da Telecom italia — TACS 900, tendo em conta o respeito da confidencialidade dos dados individuais,

— revisão das condições tarifárias de ligação à rede telefónica comutada da Telecom Italia,

— concessão, a qualquer gestor, do direito de utilizar tecnologias alternativas, tais como o DCS-1800 ou o DECT na oferta do seu serviço.

Uma escolha que implicasse a revogação da concessão concedida não poderia, de forma alguma, ser considerada como uma medida adequada para pôr termo à infracção, uma vez que eliminaria o único concorrente existente da empresa pública Telecom Italia Mobile no mercado do GSM e alargaria o monopólio actual da Telecom Italia em matéria de telefonia fixa à radiotelefonia GSM durante o período necessário para a realização de um novo concurso, o que dificultaria ainda mais a concorrência devido à vantagem suplementar em termos temporais.

(24) As objecções da Comissão contra o pagamento inicial imposto ao segundo gestor e não à Telecom Italia Mobile não se baseiam no artigo 6º do Tratado. Não se trata, no âmbito deste processo, de discriminação enquanto tal, mas do efeito da medida estatal em causa que, tal como demonstrado nos pontos 17 e 18, consiste em levar o organismo das telecomunicações, quer a alargar a sua posição dominante quer a restringir a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico.

O objectivo do presente processo consiste em fazer com que o Governo italiano tome as medidas necessárias para impedir tal efeito. A medida mais evidente seria a imposição de um pagamento idêntico à Telecom Italia Mobile.

(25) A Comissão estaria igualmente disposta a examinar, mediante pedido do Governo italiano, a possibilidade de este pôr termo à infracção através da adopção de outras medidas, desde que compensem efectivamente a desvantagem do segundo gestor.

Cabe ao Governo italiano apresentar propostas na matéria. O Governo italiano deverá, de qualquer forma, fornecer dados quantificados, no que se refere a estas propostas, por forma a demonstrar que constituem uma compensação efectiva dos 750 mil milhões de liras pagos pela Omnitel Pronto Italia.

Nº 2 do artigo 90º

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

(27) A Comissão considera, por seu lado que, no caso em apreço, não é aplicável o disposto 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 uma missão de interesse económico geral.

CONCLUSÃO

(28) Tendo em conta o atrás referido, a Comissão considera que a desvantagem concorrencial constituída pelo pagamento inicial imposto exclusivamente ao segundo gestor relativamente à concessão da exploração de uma rede GSM em Itália constitui uma infracção ao nº 1 do artigo 90º do Tratado, em articulação com o artigo 86º,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

O Estado Italiano deve tomar as medidas necessárias a fim de eliminar a distorção de concorrência resultante do pagamento inicial imposto à empresa Omnitel Pronto Italia e assegurar a paridade de condições entre os operadores de radiotelefonia móvel GSM no mercado italiano, o mais tardar até ao dia 1 de Janeiro de 1996:

— quer impondo um pagamento idêntico à Telecom Italia Mobile,

— quer adoptando, após acordo da Comissão, medidas de correcção equivalentes em termos económicos ao pagamento efectuado pelo segundo gestor.

As medidas concretas adoptadas não podem prejudicar a concorrência criada na sequência da autorização de um segundo operador GSM em 2 de Dezembro de 1994.

Artigo 2º

O Estado italiano deve informar a Comissão no prazo de três meses a contar da data da notificação da presente decisão das medidas que tiver tomado.

Artigo 3º

A República Italiana é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 4 de Outubro de 1995.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão