DECISÃO DA COMISSÃO

de 16 de Julho de 2003

relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE

(Processo COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: acordo-quadro relativo a partilha de infra-estruturas)

[notificada com o número C(2003) 2432]

(O texto em língua alemã é o único que faz fé)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2004/207/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [1], com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 [2], e, nomeadamente, os seus artigos 2.º, 6.º e 8.º,

Tendo em conta o pedido de certificado negativo e a notificação para efeitos de isenção apresentados nos termos dos artigos 2.º e 4.º do Regulamento n.º 17 em 6 de Fevereiro de 2002,

Tendo em conta o resumo do pedido e da notificação publicado nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e do artigo 3.º do Protocolo n.º 21 do Acordo EEE [3],

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Tendo em conta o relatório final do auditor sobre este processo [4],

Considerando o seguinte:

1. INTRODUÇÃO

(1) Em 6 de Fevereiro de 2002, a T-Mobile Deutschland GmbH («T-Mobile») e a O2 Germany & Co OHG («O2 Germany») (anteriormente VIAG Interkom GmbH) notificaram à Comissão um acordo-quadro, de 20 de Setembro de 2001, relativo à partilha das infra-estruturas e à itinerância nacional no que diz respeito às telecomunicações móveis GSM de terceira geração («3G») no mercado alemão («acordo»). Na sua notificação, a T-Mobile e a O2 Germany («partes») solicitaram um certificado negativo ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ou, em alternativa, uma isenção nos termos do disposto do n.º 3 do artigo 81.º e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE [5].

(2) Em Fevereiro de 2002, a Comissão publicou uma primeira comunicação que resumia o acordo notificado e que convidava os terceiros interessados a apresentarem as suas eventuais observações [6]. Seguiu-se-lhe, em Agosto de 2002, uma comunicação publicada nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17/62, que definia a posição preliminar da Comissão e dava aos terceiros interessados a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre a abordagem favorável proposta [7]. Em Fevereiro de 2003 procedeu-se a nova consulta dos terceiros que tinham reagido à comunicação publicada nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento 17/62, relativamente a determinadas alterações ao acordo notificado. A presente decisão constitui o passo final no processo de decisão da Comissão.

[1] JO 13 de 21.1.1962, p. 204/62.
[2] JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.
[3] JO C 189 de 9.8.2002, p. 22.
[4] JO C 64 de 12.3.2004.
[5] A Comissão recebeu também uma notificação conexa da O2 UK Limited (anteriormente BT-Cellnet Limited) e da BT3G Limited, da T-Mobile UK (anteriormente One2One Personal Communications Limited), datada de 6 de Fevereiro de 2002, relacionada com um acordo de desenvolvimento da rede 3G e de itinerância bilateral 3G para o Reino Unido. Este acordo está a ser apreciado separadamente (processo COMP/38.370 — Acordo Reino Unido), tendo sido adoptada uma decisão em 30 de Abril de 2003.
[6] JO C 53 de 28.2.2002, p. 18.
[7] JO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

2. AS PARTES

(3) A T-Mobile é um operador de redes e serviços de telecomunicações móveis digitais na Alemanha que utiliza a família de normas GSM. A T-Mobile fornece serviços GSM na Alemanha com base numa licença GSM 900, tendo obtido uma licença de sistema universal de telecomunicações móveis (UMTS) na Alemanha, em Agosto de 2000 ([8]). A T-Mobile é propriedade integral da T-Mobile International AG, por sua vez uma filial a 100 % do operador histórico de rede fixa Deutsche Telekom AG («DTAG»).

(4) A T-Mobile International AG é uma *holding* internacional que opera em telecomunicações móveis. As suas principais filiais operam redes no Reino Unido [T-Mobile (UK) Limited, T-Motion, Virgin Mobile], na Áustria, na República Checa e nos EUA. A T-Mobile International AG possui igualmente filiais activas nos Países Baixos, na Rússia e na Polónia. No exercício financeiro de 2001, a DTAG e a T-Mobile International AG realizaram um volume de negócios à escala mundial de, respectivamente, 48,3 mil milhões e 14,6 mil milhões de euros.

(5) A O2 Germany explora igualmente redes e serviços de telecomunicações móveis digitais na Alemanha, mercado em que entrou como o quarto de quatro operadores, com base numa licença GSM 1800 concedida em 1997, tendo-lhe sido concedida uma licença UMTS em Agosto de 2000. A O2 Germany é uma filial a 100 % da mmO2 plc, antiga BT Cellnet limited, uma empresa controlada anteriormente pela British Telecommunications plc. A mmO2 explora, através das suas filiais, redes no Reino Unido (O2 UK), na Alemanha (VIAG — com a nova designação de O2 Germany), na República da Irlanda (Digifone — com a nova designação de O2 Ireland) e na Ilha de Man (Manx Telecom). No exercício financeiro que terminou em 31 de Março de 2002, o grupo mmO2 realizou um volume de negócios de 4,3 mil milhões de libras esterlinas (cerca de 6,7 mil milhões de euros).

3. ANTECEDENTES JURÍDICOS E FACTUAIS

3.1. Desenvolvimento das comunicações móveis de terceira geração na União Europeia

(6) Na Europa, a primeira geração («1G») de sistemas de comunicações móveis baseava-se na tecnologia analógica. Seguiram-se-lhe, no início dos anos 90, os sistemas de segunda geração («2G») que introduziram a tecnologia digital, a saber, a GSM 900 (Sistema Global Europeu para Comunicações Móveis) e a DCS 1800 (dita Redes de Comunicações Pessoais ou Serviços PCN). Tanto os serviços GSM 900 como os DCS 1800 são agora habitualmente referidos como serviços GSM. As comunicações normalizadas GSM processam-se em circuitos comutados, o que significa que é criado um canal físico para a chamada e dedicado a uma única ligação entre os dois pontos terminais de comunicação na rede enquanto dura a ligação. O débito de transmissão em GSM varia entre 9,6 kbit/s (*kilobytes* por segundo) e 11,4 kbit/s ou, com compressão, 14 kbit/s, o que permite comunicações básicas de telefonia vocal, serviços de mensagens curtos (SMS) e de correio electrónico, bem como de dados através de circuitos comutados.

(7) Estão em desenvolvimento tecnologias móveis melhoradas «2.5G» que recorrem a comunicações mais eficazes de comutação por pacotes para o envio de dados em pacotes para os respectivos destinos (através de vias diferentes) sem que seja necessário reservar uma canal de transmissão dedicado (utilizando apenas recursos rádio quando os utilizadores estão efectivamente a enviar ou a receber dados), para permitir o fornecimento de uma gama mais vasta de serviços, incluindo correio electrónico, comunicações visuais, envio de mensagens multimédia e serviços localizados através de serviços móveis. O *General Packet Radio Service* («GPRS») é uma das principais plataformas da tecnologia 2.5G que oferecem ligação «permanente», uma capacidade superior e serviços de dados com base em pacotes. O débito de transmissão de dados em GPRS varia entre 30 kbit/s e 40 kbit/s e, com a tecnologia EDGE, entre 80 kbit/s e 130 kbit/s, consoante a situação específica de utilização. Tal permite o fornecimento de serviços do tipo acesso móvel à internet de base, rádio móvel e serviços localizados ([9]).

(8) Está em curso a preparação da introdução no mercado de uma terceira geração («3G») de tecnologia, aplicações e serviços móveis ([10]). A tecnologia 3G baseia-se na tecnologia 2.5G, integrando a transmissão de dados por circuitos comutados e por pacotes. Tecnicamente pode alcançar uma velocidade de 144 kbit/s, podendo eventualmente permitir débitos de transmissão que se espera venham a alcançar na prática um máximo de 384 kbit/s ([11]). Os serviços 3G são sistemas de comunicações móveis susceptíveis de suportarem serviços multimédia inovadores, para além da capacidade dos sistemas de segunda geração como o GMS, e com capacidade para combinar a utilização de componentes terrestres e de satélite ([12]).

([8]) Em Agosto de 2000, o Governo alemão atribuiu seis licenças 3G na sequência de um processo de leilão de frequências no valor de 50,8 mil milhões de euros. As empresas que receberam as licenças foram a T-Mobile, a Vodafone-Mannesmann, a E-Plus, a Viag Interkom Group, a Group 3G e a Mobilcom multimedia. A Group 3G e a Mobilcom multimedia cessaram entretanto as suas operações 3G, estando por esclarecer se as suas frequências serão reatribuídas para fins de 3G.

([9]) Entre as tecnologias menos divulgadas incluem-se a WAP (*Wireless Application Protocol*), HSCSD (*High-speed circuit switched data*) e EDGE (*Enhanced Data GSM Environment*).

([10]) O UMTS (Sistema Universal de Telecomunicações Móveis) é um dos maiores sistemas de comunicações móveis da «terceira geração» (3G), em fase de desenvolvimento dentro do quadro definido pela União Internacional de Telecomunicações (ITU), conhecido sob a designação IMT-2000.

([11]) O débito exacto de transmissão depende de parâmetros como o tempo e a localização da chamada, o número de utilizadores numa célula e as aplicações utilizadas, dado que o débito disponível será dividida entre diferentes utilizadores e aplicações.

([12]) «Introdução das comunicações móveis de terceira geração na União Europeia: ponto da situação e via a seguir» (introdução da 3G na União Europeia), COM(2001) 141 final (20 de Março de 2001).

(9) O anexo I à Decisão n.º 128/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 1998, relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade («Decisão UMTS») ([13]) define quais as características que a UMTS deverá ter capacidade para suportar. Estes serviços incluem:

a) Possibilidades multimédia, aplicações de mobilidade completa e mobilidade reduzida em diferentes contextos geográficos que ultrapassam as capacidades dos sistemas de segunda geração;

b) Acesso eficaz à internet, às intranets e aos outros serviços baseados no protocolo internet;

c) Transmissão local de grande qualidade comparável à das redes fixas;

d) Portabilidade dos serviços em ambientes de terceira geração diferentes;

e) Funcionamento em configurações sem descontinuidade, incluindo itinerância total com GSM, bem como entre componentes terrestres e de satélite das redes UMTS. Considerando que as redes e os serviços de terceira geração não estão ainda totalmente disponíveis não é possível apresentar um catálogo fiável. No entanto, os serviços previstos incluem videoconferência móvel, telefone/correio vídeo móvel, navegação rodoviária de bordo avançada, compras por catálogo digital e diversas aplicações para utilização entre empresas (aplicações B2B) ([14]).

(10) O desenvolvimento na União Europeia da tecnologia de terceira geração baseia-se na plataforma tecnológica comum UMTS, na harmonizações do espectro de radiofrequências e na definição de um enquadramento regulamentar harmonizado. Estes objectivos de harmonização foram atingidos em parte através da Directiva 97/13/CE, do Parlamento Europeu e o Conselho de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações ([15]). Esta directiva foi seguida, no final de 1998, pela decisão acima mencionada (considerando 9) relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade ([16]). Esta decisão exigia que os Estados-Membros permitissem a introdução do serviço UMTS no seu território até 1 de Janeiro de 2002 e sublinhava o papel dos organismos técnicos tais como a Conferência Europeia das Administrações dos Correios e Telecomunicações («CEPT») e o Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações («ETSI») no que diz respeito à harmonização da utilização das frequências e à promoção de uma norma comum e aberta tendo em vista o fornecimento de serviços UMTS compatíveis em toda a Europa.

([13]) JO L 17 de 22.1.1999, p. 1.
([14]) Ver http://www.umts-forum.org
([15]) JO L 117 de 7.5.1997, p. 15. Esta directiva define os processos relacionados com a concessão de autorizações para fins de serviços de telecomunicações, bem como as condições que se prendem com tais autorizações.
([16]) Decisão UMTS, nota 13.

(11) Finalmente, em Março de 2001, a Comissão publicou uma comunicação que expunha o ponto da situação e a via a seguir tendo em vista a introdução de comunicações móveis de terceira geração na União Europeia ([17]). Esta comunicação refere-se ao facto de os operadores europeus de telecomunicações se encontrarem numa situação financeira difícil em toda a União Europeia e terem de suportar custos elevados associados aos investimentos em infra-estruturas, o que os incentiva a celebrar acordos de partilha de infra-estruturas. Conclui que a partilha economicamente vantajosa da infra-estrutura de rede deveria, em princípio, ser encorajada, desde que as regras da concorrência e outra legislação comunitária pertinente sejam respeitadas ([18]). Na comunicação de acompanhamento, «Rumo à implantação das comunicações móveis de terceira geração», de Junho de 2002 ([19]), a Comissão salientava a sua intenção de continuar a trabalhar juntamente com as administrações nacionais no sentido de criar uma abordagem com base em experiências positivas em matéria de partilha de redes. A Comissão publicou nova comunicação relativa a «Comunicações electrónicas: via para a economia do conhecimento», em 11 de Fevereiro de 2003 ([20]).

3.2. **Partilha de redes e itinerância nacional**

(12) A partilha da rede de terceira geração pode fazer-se a vários níveis e implicar graus de cooperação diversos. O grau de independência mantido pelos operadores depende dos elementos da rede que forem partilhados e da sua capacidade remanescente para instalar elementos distintos (liberdade de planeamento). No contexto do acordo das partes em matéria de partilha de redes, é conveniente estabelecer uma distinção relevante entre a rede de acesso via rádio («RAN») e a rede de base.

3.2.1. *RAN*

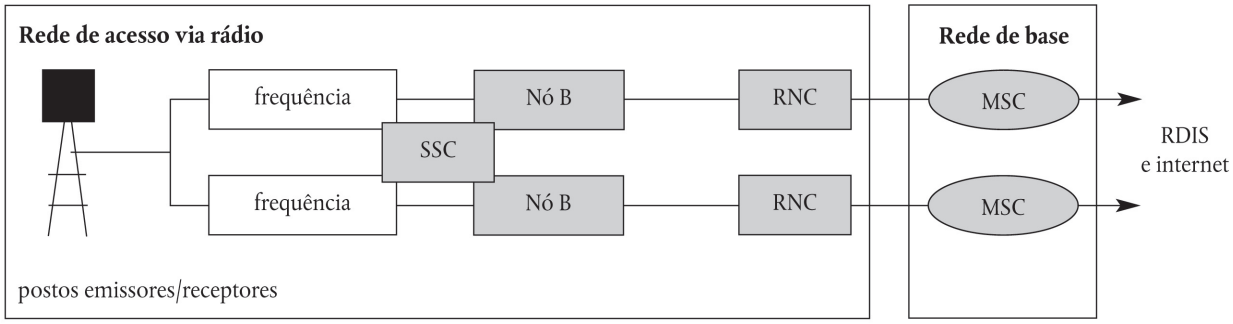
(13) RAN: esta rede inclui postos emissores/receptores, caixas de equipamento de apoio («SSC») e fornecimento de electricidade, bem como antenas, combinadores e ligações de transmissão, nós B, isto é, as estações de base que recebem e enviam dados através de frequências e controlam uma determinada célula da rede e os controladores de redes via rádio («RNC») que controlam determinados nós B e que estão ligados à rede de base.

3.2.2. *Rede de base*

(14) A rede de base constitui a parte inteligente da rede. Inclui centros móveis de comutação («MSC»), vários nós de apoio, plataformas de serviços, registos de localização de clientes, bem como centros de exploração e de manutenção. Está ligada à rede fixa RDIS (rede digital com integração de serviços) e às redes internet.

([17]) COM(2001) 141 final (20 de Março de 2001), nota 12.
([18]) *Ibidem*, ponto 4.3.
([19]) COM(2002) 301 final.
([20]) COM(2003) 65 final.

Figura 1: Rede UMTS



(15) Pode distinguir-se, por grau crescente de partilha da rede:

a) Partilha de sítios, desde a partilha de postes individuais à partilha de grelhas (o que exige uma estrutura uniforme das redes), e que pode incluir uma infra-estrutura de apoio, como é o caso das caixas de equipamento de apoio (SSC);

b) Estações de base (nós B) e antenas;

c) Controladores de redes via rádio («RNC»);

d) Redes de base, incluindo os centros móveis de comutação («MSC») e diversas bases de dados;

e) Frequências.

(16) Finalmente, a itinerância nacional diz respeito às situações em que os operadores em causa não partilham qualquer elemento da rede propriamente dita, mas utilizam simplesmente a rede uns dos outros para prestarem serviços aos seus próprios clientes.

(17) Na sua notificação, as partes utilizam a expressão «maior partilha de sítios» para designar a partilha de sítios e infra-estruturas de sítios até ao nível dos nós B e RNC exclusive (considerando 15, alínea a)). Reservam a expressão «partilha de RAN» para a utilização em comum de toda a rede de acesso via rádio até aos nós B e RNC inclusive (considerando 15, alíneas a), b) e c)). As partes não prevêem partilhar nem as suas redes de base nem as frequências. O acordo (alterado) abrange de facto a itinerância nacional da O2 Germany na rede T-Mobile, designadamente na área de cobertura dos 50 %, bem como a itinerância recíproca das partes para além das áreas de cobertura dos 50 %.

3.3. **Enquadramento regulamentar nacional**

(18) Para além do direito comunitário, deve ter-se em consideração os requisitos nacionais aplicáveis em matéria de concessão de licenças, bem como a regulamentação no âmbito da partilha das infra-estruturas de rede [21]. Quer o enquadramento regulamentar geral nacional na Alemanha, quer os termos das licenças de terceira geração das partes estabelecem parâmetros para a partilha de rede, entre os quais figuram:

a) Os requisitos de configuração da rede em termos de cobertura efectiva em função de um calendário exacto, nomeadamente a condição segundo a qual esta rede deve cobrir 25 %, até ao final de 2003, e 50 % até ao final de 2005, da população que não pode beneficiar da itinerância nacional mas sim da infra-estrutura partilhada [22];

b) As obrigações gerais no que diz respeito, por exemplo, à partilha de sítios e de antenas que se prendam com restrições em matéria de planeamento e preocupações ambientais;

c) As limitações relativamente ao alargamento da partilha de rede autorizada, no que se refere, por exemplo, à partilha da inteligência de rede e dos dados sensíveis relativos aos clientes.

[21] Diversas entidades reguladoras nacionais (NRA) da União Europeia elaboraram directrizes sobre as condições de partilha de infra-estruturas, por forma a harmonizá-las com as exigências nacionais em matéria de licenças e de regulamentação. Na Alemanha, a Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) publicou a sua própria interpretação das condições de adjudicação das UMTS à luz da evolução tecnológica mais recente, RegTP (6 de Junho de 2001), disponível em www.regtp.de Em Maio de 2001, o Office for Telecommunications (Oftel), entidade reguladora do Reino Unido, publicou uma nota para informação sobre a partilha de infra-estruturas móveis 3G no Reino Unido, disponível no endereço http://www.oftel.gov.uk/publications/mobile/infrashare0501.htm As entidades reguladoras neerlandesa e francesa publicaram idênticos documentos de orientação, disponíveis nos respectivos sítios *web* nos endereços http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf e http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm

[22] O débito de transmissão mínimo necessário para a obrigação de cobertura será especificado pela RegTP após nova consulta pública. De acordo com as especificações técnicas relativas aos serviços 3G, espera-se que ronde ou exceda 144 kbit/s.

(19) No que diz respeito ao acordo notificado, a entidade reguladora nacional competente em matéria de telecomunicações (NRA) é a entidade reguladora alemã para os correios e telecomunicações (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post — «RegTP»). A RegTP publicou orientações gerais em Junho de 2001, em que adopta uma posição favorável relativamente à partilha de infra-estruturas, desde que sejam satisfeitas determinadas condições ([23]).

(20) Especificamente, a RegTP excluí a partilha da rede de base e o agrupamento das frequências, mas autoriza a partilha dos sítios, dos postes, das antenas, dos cabos e dos combinadores, bem como a partilha das caixas de equipamento de apoio e a partilha dos nós B e das RNC, logicamente distintos ([24]), desde que:

a) Cada titular de licença possa controlar de forma independente o seu próprio nó B lógico ou RNC;

b) Não exista qualquer intercâmbio de dados (tais como dados relativos a clientes) para além do exigido pelas operações técnicas;

c) Exista uma separação entre os centros de exploração e os centros de manutenção;

d) Possam ser explorados nós B ou RNC próprios suplementares, de forma a garantir a independência do planeamento e os nós B próprios do operador explorados unicamente por si sejam associados aos seus próprios RNC lógicos;

e) Não exista divisão regional das áreas de cobertura que impeça a sobreposição de redes e de áreas de cobertura; designadamente, as partes não podem acordar em assegurar a cobertura de apenas uma área geográfica distinta e em recorrerem à itinerância na rede dos outros nas áreas não cobertas pela sua própria rede.

(21) Em 7 de Dezembro de 2001, a RegTP considerou que o acordo-quadro das partes estava em conformidade com estas restrições regulamentares, desde que as partes respeitassem as necessidades de controlo logicamente independentes dos nós B e RNC. A aprovação da RegTP foi ainda sujeita a obrigações de apresentação de relatórios relativamente à distribuição geográfica da infra-estrutura partilhada e ao cumprimento das suas obrigações de cobertura de 50 % da população ([25]).

(22) De acordo com o princípio do primado do direito comunitário, o quadro regulamentar nacional e as regras da União Europeia em matéria de concorrência aplicam-se paralela e cumulativamente. As regras nacionais não podem entrar em conflito com as regras comunitárias em matéria de concorrência nem a compatibilidade com as regras e regulamentos nacionais pode prejudicar o resultado de uma apreciação ao abrigo das regras comunitárias em matéria de concorrência. Assim, é necessário proceder a uma avaliação completa do acordo notificado ao abrigo das regras comunitárias de concorrência.

4. O ACORDO

(23) Em 20 de Setembro de 2001, as partes celebraram o acordo notificado que consiste num acordo-quadro que estabelece as principais condições da sua cooperação em matéria de infra-estruturas de terceira geração na Alemanha. O acordo foi alterado pelas partes, em especial no que diz respeito à itinerância. O acordo afecta directamente a posição das partes nos mercados alemães dos i) sítios e infra-estrutura de sítios para serviços de comunicações móveis digitais, ii) acesso grossista à itinerância relativamente a serviços de terceira geração. O acordo poderá vir a ter efeitos indirectos em mercados conexos.

(24) Os objectivos do acordo alterado consistem em garantir a eficiência dos investimentos e poupanças nas despesas de exploração que permitam melhorar a situação financeira das partes e a sua posição no mercado, expandir a cobertura geográfica, limitando o impacto ambiental, e alcançar uma utilização mais rápida das infra-estruturas de rede de terceira geração e o arranque dos serviços 3G. O acordo fornece a base de cooperação entre as partes relativamente a:

a) Partilha alargada de sítios: a partilha mútua de sítios e de elementos da infra-estrutura de sítios, tais como postes de emissão, caixas de equipamento de apoio e o fornecimento de energia, bem como, eventualmente, antenas, combinadores e ligações de transmissão, numa zona geográfica suficientemente extensa para permitir a cada uma das partes respeitar a obrigação de uma cobertura até 50 % da população, antes do final de 2005;

b) Partilha da rede de acesso via rádio (RAN): a partilha mútua dos nós B (isto é, estações de base que recebem e enviam dados através de frequências e que controlam uma célula específica da rede) e dos controladores de redes via rádio (RNC), em que um controla um certo número de nós B que estão ligados à rede de base;

c) Itinerância nacional: a rede da O2 Germany terá itinerância na rede da T-Mobile — mas não vice-versa — na área da obrigação de cobertura de 50 % da população por parte da O2 Germany, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008, sujeita às limitações definidas na secção 4.3.1. Quanto às zonas da Alemanha que ultrapassam a obrigação de cobertura de 50 % da população por cada parte, acordou-se em recorrer à itinerância nacional recíproca durante o período abrangido pelo acordo.

(25) As partes manterão redes de base distintas, continuarão a fornecer serviços separadamente e não partilharão as suas frequências. O acordo não é exclusivo, na medida em que as duas partes podem acordar numa partilha alargada do sítio, numa partilha de RAN e na itinerância nacional com terceiros (cláusula 1.3). As principais disposições do acordo são enunciadas mais em pormenor seguidamente.

([23]) RegTP (6 de Junho de 2001), no endereço: www.regtp.de

([24]) Por «logicamente distintos» entende-se que um único elemento da rede física, dada a sua programação, pode realizar operações logicamente distintas para as duas redes, como se estivessem implicados dois nós B ou RCS distintos.

([25]) Carta da RegTP à Comissão Europeia, de 7 de Dezembro de 2001.

4.1. **Partilha alargada de sítios**

(26) As partes construirão cada uma a sua própria infra-estrutura de rede, mas colaborarão na base da «partilha alargada de sítios» numa zona correspondente à sua obrigação de cobertura de 50 % da população, a que estão sujeitas no âmbito das respectivas licenças até ao final de 2005. Ao abrigo do acordo, a «partilha alargada de sítios» implica partilhar os SSC e o fornecimento de energia, bem como, eventualmente, as antenas, os combinadores e as ligações de transmissão.

(27) O acordo estabelece regras específicas no que diz respeito à determinação dos sítios que podem ser objecto de acordos de partilha. Ao abrigo da cláusula 2.1, cada parte deve em primeiro lugar elaborar separadamente os seus próprios planos de implantação; estes planos devem seguidamente ser divididos em períodos de programação com a duração de [(*)] que indiquem as zonas respectivas que a T-Mobile e a O2 Germany pretendem desenvolver. As zonas geográficas que as partes consideram relevantes para a implantação da sua própria rede serão comparadas regularmente e poderão, em caso de sobreposições, ser consideradas zonas de partilha de infra-estruturas. As respectivas sucursais locais das partes a nível técnico determinarão quais os sítios que devem ser objecto de uma partilha alargada com base na maximização das poupanças de custos.

(28) A cláusula 3.2 determina especificamente que as partes não podem deter nem controlar conjuntamente elementos resultantes da partilha alargada de sítios. Contudo, a parte que possui ou controla estes elementos deve autorizar a outra parte a utilizá-los. Ao abrigo da cláusula 3.3, um acordo-quadro bilateral sobre os sítios, que deve ainda ser concluído, definirá a utilização comum e específica dos sítios partilhados, bem como a regulação dos custos (preço) em relação aos sítios partilhados. A T-Mobile transferiu entretanto a propriedade dos seus sítios para uma entidade jurídica distinta recentemente criada, a Deutsche Funkturm GmbH, que não negociou ainda os termos do acordo-quadro pertinente com a O2 Germany. Dado que, até à data, o acordo não foi ainda celebrado e a Comissão não recebeu os pormenores a ele relativos, esta reserva a sua posição sobre o mesmo, que, de qualquer modo, não é abrangido pela presente decisão.

(29) O acordo contém igualmente cláusulas de salvaguarda no que diz respeito à troca de informações confidenciais. A cláusula 2.6 estabelece que apenas podem ser trocadas as informações necessárias para a realização técnica da partilha alargada de sítios. Ao abrigo do acordo, não podem ser trocadas outras informações, nomeadamente as informações sensíveis de um ponto de vista comercial que digam respeito aos clientes.

4.2. **Partilha de RAN**

(30) A secção 4 do acordo refere-se à cooperação entre as partes sob a forma de uma partilha de RAN. Ao abrigo do acordo, a partilha de RAN pode incluir a partilha adicional de nós B e de controladores de redes via rádio (RNC) físicos comuns (para se manter no âmbito do quadro definido pela RegTP, os nós B e os RNC teriam de ser logicamente separados). Por força da cláusula 4.1 as partes devem efectuar uma estudo de viabilidade relativamente à partilha de RAN até 30 de Junho de 2002. Com base na apreciação da viabilidade, as partes decidiram por enquanto não dar início à partilha de RAN, mas poderão vir a considerá-la no futuro. Ao abrigo da cláusula 4.2, se a partilha de RAN se afigurar exequível, as partes concluirão um acordo na matéria o mais rapidamente possível. Dado não existir ainda um acordo, a Comissão reserva a sua posição sobre esta questão, que, de qualquer modo, não é abrangida pela presente decisão.

4.3. **Itinerância nacional**

(31) A itinerância nacional é abordada no capítulo 3 do acordo (secções 5 a 11) alterado pelos acordos suplementares de 20 de Setembro de 2002, 22 de Janeiro de 2003 e 21 de Maio de 2003.

4.3.1. *Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile no âmbito da área de cobertura de 50 %*

(32) Com a alteração de 22 de Janeiro de 2003 ao acordo de 20 de Setembro de 2001, as partes acordaram em que a T-Mobile fornecesse à O2 Germany (mas não o inverso) itinerância nacional na área correspondente à obrigação de cobertura de 50 % da população, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008. A itinerância na área de cobertura de 50 % será paga pela O2 Germany a [(*)] (ver secção 4.3.2 *infra*).

(33) Na sequência de discussões com a Comissão, as partes acordaram em limitar a itinerância na área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população ao mínimo estrito. Consequentemente, identificaram três áreas separadas (áreas 1, 2 e 3) na área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população, onde a itinerância será sucessivamente suprimida de acordo com um calendário acordado à medida que a O2 Germany atinja uma qualidade e densidade de rede que permita concorrer com eficácia com os outros operadores de rede licenciados. As partes alteraram o acordo em 21 de Maio de 2003 por forma a reflectir estas modificações.

(34) As áreas onde a itinerância será suprimida de acordo com um calendário específico são as seguintes:

a) A área 1 inclui [grandes zonas urbanas (*)] que abrangem aproximadamente [(*)] ([26]) da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não fazer itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2005 ([27]);

b) A área 2 inclui as [pequenas zonas urbanas (*)] [(de importância comercial secundária (*)] que abrangem cerca de [(*)] da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não efectuar itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2007 ([28]); e

c) A área 3 inclui as [pequenas zonas urbanas (*)] [(de menor importância comercial (*)] que abrangem cerca de [(*)] da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não efectuar itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2008 ([29]).

A título de excepção à presente regra, nas áreas 1 e 2 a O2 Germany continuará a itinerância nas chamadas «áreas subterrâneas» até 31 de Dezembro de 2008. De acordo com o calendário, a O2 Germany tem também direito a efectuar itinerância nas áreas subterrâneas da área 3 até 31 de Dezembro de 2008 ([30]).

4.3.2. *Itinerância recíproca fora da área de cobertura de 50 %*

(35) Fora da área necessária para a obtenção da cobertura de 50 % da população, as partes acordaram nas condições de aquisição recíproca por grosso de itinerância nacional quer através de circuitos comutados, quer de comutação por pacotes. A O2 Germany compromete-se a adquirir um volume mínimo destes serviços de itinerância à T-Mobile. Esta obtém o direito de adquirir serviços de itinerância à O2 Germany em condições idênticas, sem contudo a tal ser obrigada.

([26]) Parte do texto foi omitida para garantir a não divulgação de informações confidenciais; essas partes são assinaladas por um asterisco dentro de parênteses rectos.
([27]) A área 1 inclui: [(*)].
([28]) A área 2 inclui: [(*)].
([29]) A área 3 inclui: [(*)].
([30]) Por «áreas subterrâneas» entende-se qualquer área urbana ou regional nas áreas 1, 2 e 3 que faz parte do sistema de transportes públicos subterrâneos (incluindo caminhos-de-ferro e metro), centros comerciais subterrâneos, parques de estacionamento subterrâneos, túneis para veículos e peões e quaisquer outras áreas subterrâneas similares, bem como as áreas imediatamente adjacentes (ao nível do solo) mas apenas na medida em que as áreas subterrâneas ou ao nível do solo não possam ser tecnicamente separadas para fins de itinerância.

(36) A secção 5 do acordo estabelece os grandes princípios da itinerância nacional. A cláusula 5.3 determina que as partes acordam em não praticar discriminações relativamente a outros parceiros nacionais ou internacionais em matéria de itinerância. Além disso, nenhuma das partes reservará aos clientes da outra um tratamento menos favorável do que reserva aos seus próprios clientes. Por força da cláusula 5.6, as partes comprometem-se a garantir que a sua cooperação em matéria de itinerância não limitará a concorrência que exercem entre si no que diz respeito aos serviços.

(37) A secção 6 do acordo diz respeito à itinerância nacional dos clientes da O2 Germany na rede de terceira geração da T-Mobile. Por força da cláusula 6.1, a T-Mobile proporcionará à O2 Germany a itinerância nacional por grosso durante a vigência do acordo. A O2 Germany acordou em adquirir à T-Mobile uma quantidade mínima de serviços de itinerância no valor de [(*)] num período de três anos a contar da data do lançamento dos serviços de itinerância de terceira geração (cláusula 6.5). As partes forneceram dados baseados na experiência com a itinerância da O2 Germany na rede GSM de segunda geração da T-Mobile que revelam que tal deverá representar uma parte muito reduzida das necessidades da O2 Germany. Do mesmo modo, a secção 7 contempla a itinerância nacional dos clientes da T-Mobile na rede de terceira geração da O2 Germany. Ao abrigo da cláusula 7.1, a T-Mobile tem a possibilidade, mas não a obrigação, de adquirir serviços de itinerância de terceira geração à O2 Germany. No entanto, se a T-Mobile adquirir serviços de itinerância nacional à O2 Germany, está sujeita à mesma obrigação de aquisição mínima que a O2 Germany (cláusula 7.4).

(38) A secção 8 do acordo fixa regras específicas no que diz respeito às proibições que podem ser impostas aos clientes. A cláusula 8.3 determina que a parte que fornece a itinerância nacional tem o direito de excluir da sua rede os assinantes da outra parte. Do mesmo modo, a parte que utiliza a itinerância nacional pode proibir os seus próprios clientes de utilizarem a rede da outra parte. Esta cláusula é aplicável em caso de sobreposição de zonas. O acordo inclui igualmente indicações relativas às áreas de localização de bloqueio e as circunstâncias em que as partes podem abdicar de tais proibições.

(39) A secção 10 do acordo define um duplo sistema de tarifação para a itinerância de terceira geração. Estabelece que os preços de itinerância de terceira geração dos circuitos comutados (destinados aos serviços de telefonia local móvel) se baseiam nos seus preços respectivos para os segmentos terminais da interligação da T-Mobile e da O2 Germany. Os preços por grosso da itinerância de terceira geração por comutação por pacotes (destinados a serviços móveis de dados) baseiam-se no [modelo «*retail minus*» (*)] ([31]) tomando em consideração a eventual evolução dos preços e da procura no que se refere à itinerância por comutação por pacotes.

([31]) [(*)].

(40) A secção 11 do acordo estabelece regras específicas no que se refere à revenda das capacidades de itinerância nacional a terceiros. A cláusula 11.1.a enuncia a regra geral segundo a qual cada parte tem o direito de revender a capacidade de itinerância da outra parte a prestadores de serviços. Tal está em conformidade com as obrigações das partes no âmbito da legislação nacional e nos termos da respectiva licença de terceira geração de fornecimento de acesso aos fornecedores de serviços ([32]). No entanto, a revenda da capacidade de itinerância aos operadores da rede móvel virtual («MVNO») que fornecem serviços de voz aos utilizadores finais ([33]) e da capacidade de itinerância a outros operadores de rede licenciados, está sujeita a aprovação prévia do operador de acolhimento, a saber, a outra parte.

(41) A cláusula 11.1.b estabelece que as partes têm o direito de colocar as capacidades de itinerância nacional da outra parte à disposição dos MVNO para o tráfego de dados («MVNO de dados»), desde que estes operadores não utilizem esta capacidade para fornecer os seus serviços aos clientes finais, serviços que, do ponto de vista destes últimos, são, essencialmente, idênticos a um serviço de telefonia vocal móvel de extremo a extremo («MVNO de voz»). As partes também têm a possibilidade de fornecer capacidade de itinerância relativa ao trafego vocal aos «MVNO de dados», na qualidade de prestadores de serviços.

(42) Além disso, a cláusula 11.1.c prevê que a revenda da capacidade de itinerância a outros operadores de rede licenciados ou a «MVNO de voz», tal como definido na cláusula 11.1.b, está sujeita à autorização da outra parte. Contudo, em conformidade com a cláusula 11.2, a necessidade de autorização prévia prevista na cláusula 11.1.c não é aplicável se os MVNO forem empresas do grupo da outra parte, desde que estas respeitem os diferentes regimes de preços para os serviços de telefonia vocal e dados. Acresce ainda que, em conformidade com a cláusula 11.3, uma vez que uma parte ofereça serviços de itinerância a terceiros (excluindo empresas do grupo) que sejam «MVNO de voz» e ofereçam serviços essencialmente idênticos aos serviços de telefonia vocal móvel de extremo a extremo do ponto de vista do cliente, na acepção da cláusula 11.1.b, esta parte é obrigada a permitir que a outra parte forneça as suas capacidades de itinerância nacional igualmente recebidas a esses «MVNO de voz».

4.4. **Duração**

(43) O acordo permanecerá em vigor até 31 de Dezembro de 2011, data após a qual será automaticamente renovado por um período de dois anos, salvo rescisão por uma das partes mediante pré-aviso de dois anos.

5. **MERCADO RELEVANTE**

5.1. **Introdução**

(44) Considerando que o acordo apresenta uma natureza essencialmente técnica e não tem por objecto a restrição da concorrência, há que analisar os efeitos do acordo. A eventual incidência de efeitos negativos do acordo na concorrência depende não só da natureza do mesmo, mas também do seu contexto económico, ou seja, do poder de mercado das partes e de outros factores relacionados com a estrutura de mercado. Tal análise exige a definição dos dois mercados por grosso relevantes directamente afectados pelo acordo, bem como a identificação de diversos outros mercados (potenciais) por grosso e a retalho onde os efeitos se possam fazer sentir.

(45) Os mercados de telecomunicações podem, em geral, ser divididos em mercados por grosso e a retalho. Os mercados por grosso consistem tipicamente no fornecimento de acesso às redes (ou elementos de redes) e de serviços de redes a operadores de redes e serviços, consistindo os mercados a retalho no fornecimento de serviços de comunicações aos utilizadores finais ([34]). No âmbito destas categorias alargadas é possível definir mercados mais limitados, não apenas com base nas características do serviço em causa e do grau em que pode ser substituído por outros serviços em função do preço, utilização e preferência do consumidor, mas também através da análise das condições de concorrência e da estrutura da oferta e da procura ([35]). Considerando

([32]) Os prestadores de serviços (também designados por «revendedores») são entidades autorizadas a oferecer serviços móveis directamente aos utilizadores finais utilizando a sua própria marca (em operações de *marketing*, emissão de facturas, etc.) com base no *airtime* por grosso adquirido à rede móvel de terceiros. A base jurídica relativa à obrigação de fornecer aos prestadores de serviços acesso à terceira geração encontra-se na secção 4 da TKV Telecommunications Customer Protection Ordinance de 11 de Dezembro de 1997 (Federal Law Gazette I, p. 2910) com a última redacção que lhe foi dada pela Second Ordinance Telecommunications Customer Protection Ordinance, de 27 de Agosto de 2002 (Federal Gazette I, p. 3365) [Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365], e a secção 15 das licenças alemãs de terceira geração.

([33]) Os MVNO são empresas com um código de rede móvel próprio e uma gama própria de números móveis IMSI (identidade do assinante móvel internacional) ou equivalente para terceira geração, que não possuam licença própria para operar frequências sem fios.

([34]) Comunicação sobre a aplicação das regras de concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações — enquadramento, mercados relevantes e princípios (comunicação relativa ao acesso), JO C 265 de 22.8.1998, p. 2, ponto 45; orientações da Comissão relativas à análise de mercado e à avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas (orientações SMP), JO C 165 de 11.7.2002, p. 6, ponto 64.

([35]) Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5; orientações sobre a aplicação das regras de concorrência CEE no sector das telecomunicações, JO C 233 de 6.9.1991, p. 2.

as vantagens da mobilidade e o preço a pagar, os serviços móveis não são, em geral, substituíveis por serviços fixos. Os serviços de voz móveis e fixos fazem parte, consequentemente, de mercados de serviços diferentes, tal como determinado em diversas decisões da Comissão ([36]).

(46) Os mercados do acesso à rede e dos serviços de rede prioritariamente visados por esta decisão são os seguintes:

a) O mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais;

b) O mercado de acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações de terceira geração.

Acresce que os mercados de acesso grossista aos serviços de terceira geração, bem como os mercados a retalho a jusante para os serviços de terceira geração, são indirectamente afectados.

5.2. **Mercados grossistas de acesso à rede móvel**

(47) O acesso a meios físicos como sítios e infra-estrutura de sítios — postes e antenas, bem como condutas, linhas alugadas e direitos de passagem que fazem parte da infra-estrutura da rede de telecomunicações móveis — podem constituir mercados de acesso a redes móveis específicas. Acresce que existem mercados grossistas de serviços e de acesso a redes para o fornecimento de serviços de comunicações móveis digitais a outros operadores. De uma forma geral, podem dividir-se do seguinte modo:

a) Em primeiro lugar, serviços de redes grossistas relacionados com a interligação que permite a comunicação entre os utilizadores de redes diferentes;

b) Em segundo lugar, serviços de acesso grossistas relacionados com a utilização de uma rede de acolhimento ou de uma rede visitada por clientes de outros operadores.

(48) Os serviços de rede grossistas relacionados com a interligação incluem a entrega de chamadas (serviço grossista que entrega a chamada a um utilizador final), origem de chamadas (serviço grossista que permite o início de uma chamada por um utilizador final), bem como serviços de interconexão directa (fornecimento de uma linha física directa entre as redes de início e fim) e serviços de trânsito (fornecimento de uma ligação indirecta entre redes de início e fim, através de trânsito por uma ou mais redes terceiras). Os serviços de acesso relacionados com a utilização de uma rede «de acolhimento» ou «visitada» por clientes de outros operadores incluem o fornecimento grossista de itinerância nacional e internacional e o fornecimento de *airtime* grossista.

5.3. **Mercados directamente afectados pelo acordo**

5.3.1. *Mercado de sítios e infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais*

Mercado do produto/infra-estruturas

(49) Quer as redes de telecomunicações móveis de segunda quer as de terceira geração baseiam-se numa arquitectura de rede celular em torno de antenas distribuídas por toda a área de cobertura, o que permite o envio e a transmissão de sinais rádio aos utilizadores finais dentro de determinado raio da célula ([37]). Os operadores de redes de telecomunicações móveis de segunda e terceira geração necessitam de sítios para a localização destas antenas, bem como de infra-estruturas de sítios afins, tal como postes, caixas de equipamento de apoio, fornecimento de energia, combinadores e elos de transmissão.

(50) A aquisição (quer por compra quer, em geral, por *leasing*) destes sítios exige a celebração de acordos com os proprietários dos sítios e autorização por parte das autoridades locais, bem como, em certos casos, aprovação das autoridades reguladoras no sentido de se limitar o risco de interferência de rádio-frequências. Embora o número de terrenos susceptíveis de serem convertidos em sítios para equipamento de comunicações móveis digitais seja teoricamente ilimitado, na prática, o número de sítios adequados é limitado devido a regulamentação em matéria de urbanismo, considerações ambientais e sanitárias ou limitações de espaço em «sítios sobrecarregados» (por exemplo, no centro das cidades, em terminais aéreos e ferroviários e em «áreas subterrâneas»). Para ser considerado um sítio, determinado terreno tem, consequentemente, de poder ser utilizado como tal de um ponto de vista técnico, tem de ser disponibilizada de acordo com limitações regulamentares e tem de se enquadrar numa arquitectura de rede planeada e repartida pelo território de cobertura de acordo com as necessidades em termos de capacidade.

([36]) Orientações SMP, ponto 66. Ver a Decisão 98/2001/CE da Comissão no processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; Decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; Decisão da Comissão de 20 de Setembro de 2001, processo COMP/M.2574 — Pirelli/Edizone/ /Olivetti/Telecom Italia, JO C 325 de 21.11.2001, p. 12; Decisão da Comissão de 10 de Julho de 2002, processo COMP/M.2803 — Telia/Sonera, JO C 201 de 24.8.2002, p. 19.

([37]) Dado que a geração 2.5G se baseia numa camada de redes de segunda geração já existentes e que na Alemanha é fornecida pelos quatro operadores de segunda geração existentes (e respectivos fornecedores de serviços), não se procede a uma análise separada.

(51) Do ponto de vista da procura, são os quatro operadores detentores de licenças de terceira geração, na Alemanha, os principais interessados, que planeiam a implantação da rede de terceira geração, operando todos eles redes de segunda geração ([38]). Em princípio, os sítios de segunda e terceira geração são intermutáveis, embora, devido à natureza das diferentes frequências utilizadas e à maior capacidade exigida para os serviços de terceira geração, seja maior a densidade de uma rede de terceira geração, exigindo cerca do dobro dos sítios que uma rede de segunda geração. Apenas uma pequena parte da procura de sítios para comunicações de terceira geração poderá, consequentemente, ser satisfeita através de sítios de segunda geração já existentes. Finalmente, contrariamente ao que acontece com as redes de segunda geração, que estão já totalmente instaladas, a implantação das redes de terceira geração na Alemanha está ainda em fase de planeamento. Considerando os requisitos em matéria de regulamentação no que respeita à distribuição da cobertura de 25 % da população até ao final de 2003 e a cobertura de 50 % da população até ao final de 2005, a procura inicial de sítios é superior nas áreas urbanas e noutras áreas densamente povoadas. Embora haja algumas possibilidades de substituição entre os vários tipos de sítios (por exemplo, em telhados ou em postes ou entre sítios múltiplos que servem células mais pequenas, como micro ou picocélulas e sítios simples que servem macrocélulas maiores) não existem outros produtos que possam substituir os sítios e a infra-estrutura de sítios de segunda e terceira geração.

(52) Do ponto de vista da oferta, o acesso aos sítios e à infra-estrutura de sítios de segunda e terceira geração poderá, em primeiro lugar, ser fornecido por operadores de rede de segunda e terceira geração que tenham instalado, adquirido e desenvolvido sítios com o objectivo de explorarem as suas próprias redes. Tal deve-se ao facto de os sítios principais poderem ser partilhados entre operadores múltiplos, embora existam limitações técnicas quanto ao número de operadores que pode partilhar determinado sítio, na maioria dos casos um máximo de três ([39]), consoante a implantação do sítio específico. Parecem existir economias de gama no lado da procura, visto ser provável que os operadores de rede prefiram lidar com operadores que possam fornecer o maior número possível de sítios no maior número possível de locais, por forma a minimizar os custos de pesquisa e de transacção. Os operadores poderão preferir a partilha «alargada» de sítios com outros operadores que abranjam elementos de infra-estrutura de sítios, reduzindo assim os custos. Finalmente, é provável que em locais «sobrecarregados» como os centros urbanos, muitos dos sítios mais favoráveis tenham já sido desenvolvidos, não estando, consequentemente, disponíveis para quem chegue de novo ao mercado.

([38]) Os sítios são também procurados por organismos de radiodifusão digitais e por fornecedores de TETRA (radiocomunicações terrestres com recursos partilhados), quando estes serviços têm origem na Alemanha. Até ao momento, as partes partilham apenas sítios com outros operadores de segunda geração e de geração 2.5.

([39]) Para informações sobre a utilização múltipla de sítios, consultar o endereço http://www.regtp.de

(53) A possibilidade de oferta por parte de operadores de redes de radiodifusão é limitada. No entanto, regista-se uma tendência para os operadores móveis utilizarem estruturas de radiodifusão quando estas são adequadas para as necessidades locais do serviço. O equipamento de radiodifusão encontra-se localizado em sítios que oferecem uma maior cobertura geográfica relativamente aos requisitos de cobertura dos sistemas celulares. Consequentemente, os sítios de radiodifusão tendem a localizar-se em estruturas altas, em locais elevados, que transmitem com elevadas potências (dezenas de kilowatts), por forma a alcançar uma cobertura populacional optimizada com um número limitado de sítios. Face a considerações de capacidade, as redes de rádio móveis são celulares por natureza, fornecendo cada sítio cobertura suficiente mas limitada, reduzindo a interferência intercelular e permitindo que a distribuição de frequências seja reutilizada noutras áreas. A dimensão de cada célula pode variar entre várias centenas de metros e vários quilómetros, sendo o alcance real determinado pelo nível de capacidade da rede que se afigura necessário. A elevação do sítio e a potência transmitida são os principais factores de controlo da dimensão da célula, com potências típicas de dezenas de watts e antenas de altura entre 10 e 20 metros.

(54) Deram entrada no mercado alemão empresas independentes que se especializam na localização, aquisição e fornecimento de sítios para utilização por terceiros. Outros intervenientes que controlam sítios, como é o caso das autoridades públicas ou de empresas de serviços de utilidade pública, podem também entrar no mercado, o que já aconteceu de resto na Alemanha. Acresce ainda que no passado os operadores adquiriram igualmente e alugaram através de *leasing* sítios individuais numa base comercial directamente aos proprietários do sítios, e continuam a fazê-lo. Para além das limitações relativas às autorizações urbanísticas gerais, bem como regras sanitárias e requisitos destinados a minimizar as interferências electromagnéticas acima referidos, não existem outros requisitos legais, obrigatórios ou regulamentares que possam impedir a entrada oportuna no mercado e, consequentemente, desencorajar a substituição do lado da oferta. Não são necessários quaisquer investimentos significativos nem experiência técnica especial para entrar no mercado, pelo que esta se mantém possível.

(55) Com base na análise precedente do lado da procura e da oferta deverá concluir-se que existe um mercado de sítios e de infra-estrutura de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais.

Mercado geográfico

(56) Com base na estrutura da procura, orientada por operadores nacionais licenciados, e dado que as regras de planeamento pertinentes são norteadas pela legislação nacional, o mercado é nacional, a saber, a Alemanha.

5.3.2. *Mercado grossista para o acesso à itinerância nacional relativamente a serviços de comunicações de terceira geração*

Mercado do produto/serviços

(57) A itinerância móvel ocorre quando os assinantes utilizam o seu telefone móvel ou, mais especificamente, o cartão SIM («*subscriber identification module*» — módulo de identificação do assinante) que identifica os assinantes, numa rede móvel diferente (redes de acolhimento ou visitadas) e não naquela de que são assinantes e que emitiu o seu cartão SIM (rede de origem). A itinerância pode ser nacional ou internacional. Em qualquer dos casos, baseia-se em acordos celebrados entre o operador da rede de origem e o operador da rede visitada para o fornecimento de acesso de itinerância numa base grossista à rede visitada, sendo depois enviado como serviço a retalho pela rede de origem aos respectivos assinantes. Todavia, o mercado da itinerância nacional é distinto do da itinerância internacional, devido nomeadamente ao facto de não envolver acordos entre operadores estrangeiros, não se basear em acordos normalizados desenvolvidos no âmbito da Associação GSM ([40]) e de os preços variarem significativamente.

(58) Não obstante uma eventual sobreposição inicial entre os serviços a retalho de 2G, 2.5G e 3G do ponto de vista da procura, o acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações 3G distinguir-se-á da itinerância 2G ou 2.5G porque a gama de serviços de dados e de voz que pode ser fornecida com base na itinerância 3G é mais vasta e diferente, visto as velocidades de transmissão serem significativamente superiores (designadamente, na prática, entre 144 e 384 kbit/s para a terceira geração, contra 20 e 60 kbit/s para a 2.5 geração e 9 e 14 kbit/s para a segunda geração). Mais adiante consagra-se uma secção à discussão mais completa dos serviços pertinentes de dados e de voz.

(59) Na perspectiva da oferta, apenas os operadores das redes 3G ou outros intervenientes com capacidade para fornecer o tipo de acesso adequado às redes 3G desses operadores poderão fornecer acesso grossista à itinerância nacional para os serviços 3G. Devido aos requisitos de licenciamento, são totais os obstáculos à entrada, para além de entradas secundárias com base em direitos de acesso a uma rede 3G existente. O acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações 3G constitui, consequentemente, um mercado do produto/serviços distinto.

([40]) A Associação GSM é composta por mais de 690 operadores de rede móvel diferentes de segunda e terceira geração, por fabricantes e fornecedores, que desenvolvem colectivamente plataformas técnicas no sentido de permitir que os serviços sem fio funcionem sem descontinuidades, incidindo na interoperabilidade e na itinerância. Ver http://www.gsmworld.com

Mercado geográfico

(60) Considerando o licenciamento nacional das redes 3G e as diferenças de preços entre a itinerância nacional e internacional o mercado relevante é nacional, ou seja, a Alemanha.

5.4. Outros mercados grossistas e retalhistas potencialmente afectados

5.4.1. *Mercados grossistas potencialmente afectados*

Mercado do produto/serviços

(61) Diversos outros mercados grossistas para os serviços da rede e o acesso a redes de terceira geração poderão vir a ser afectados pelo acordo, como é o caso do mercado de fornecimento de acesso de *airtime* por grosso a fornecedores de serviços, existente na Alemanha com base em obrigações regulamentares. O acesso a *airtime* por grosso é semelhante à itinerância nacional porque diz respeito também ao fornecimento por grosso de acesso a redes e a minutos (*airtime*) por uma rede de acolhimento. É disponibilizado a fornecedores de serviços por operadores de comunicações móveis licenciados na Alemanha, a título de condição para a obtenção da licença ([41]). A diferença entre as duas formas de acesso consiste no facto de os operadores de rede móvel que recorrem à itinerância nacional poderem determinar a gama de serviços disponibilizados aos assinantes e poderem fornecer serviços não disponibilizados a clientes da rede de acolhimento. O fornecedor de serviços, todavia, pode apenas fornecer a revenda simples da gama de serviços oferecidos pelo operador de rede que a fornece com *airtime* por grosso.

(62) Um outro mercado grossista possível é o dos serviços de origem de chamadas, onde os fornecedores de serviços de selecção do operador compram o direito de acesso às redes móveis por forma a criar chamadas que entregam sob a sua responsabilidade. Este mercado não parece existir actualmente na Alemanha, embora exista noutros Estados-Membros, como o Reino Unido. É possível que se venham a desenvolver novas formas de acesso grossista às redes e serviços de terceira geração que venham a constituir mercados relevantes separados.

([41]) Secção 4 do decreto relativo à protecção dos clientes no domínio das telecomunicações, de 11 de Dezembro de 1997, com a última redacção que lhe foi dada por um segundo diploma na matéria de 27 de Agosto de 2002 [Telekommunikations--Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365]; e pela secção 15 das licenças alemãs de terceira geração.

(63) Prevê-se que os serviços por grosso, os serviços de rede e o acesso a redes de terceira geração venham a ser distintos dos serviços de rede e de acesso às redes relativamente aos serviços de 2G ou 2.5G, visto que a gama de serviços que pode ser fornecida com base em redes de terceira geração é maior e diferente, dada a disponibilidade de velocidades de transmissão significativamente mais elevadas. No entanto, dado o grau de desenvolvimento dos mercados grossistas de terceira geração ainda a emergir, é prematuro avaliar em pormenor a procura de serviços de rede e de acesso à rede em termos comerciais neste tipo de mercado, com excepção da procura de fornecedores de serviços de acesso a *airtime* por grosso, que respeitem as obrigações regulamentares dos operadores de rede de terceira geração. Do ponto de vista da oferta, estes mercados são logicamente limitados a operadores de rede de terceira geração e a outros intervenientes que possam obter o direito de fornecerem o grau pertinente de acesso a redes de terceira geração.

Mercado geográfico

(64) Considerando as licenças nacionais e os padrões de preços, o âmbito geográfico destes mercados grossistas deverá manter-se nacional ([42]).

(65) Uma vez que para fins da presente decisão não é necessário definir estes mercados com maior precisão, as definições serão deixadas em aberto.

5.4.2. *Mercados retalhistas potencialmente afectados*

(66) Embora a cooperação abrangida pelo acordo se limite à partilha de sítios e à itinerância nacional ao nível de redes grossistas, os efeitos desta cooperação deverão fazer-se sentir nos mercados de serviços retalhistas a jusante, onde as partes são activas independentemente umas das outras. Na área dos serviços móveis a retalho, os serviços de dados e de voz têm vindo a ser oferecidos agrupadamente, sugerindo que poderão fazer parte do mesmo mercado. As partes entendem que os operadores de rede poderão oferecer serviços de dados e de voz de segunda e terceira geração «sem descontinuidades», fornecendo ambos os tipos de serviços num único cartão SIM. No entanto, o equilíbrio entre os serviços de dados e de voz deverá sofrer uma mudança significativa: enquanto os serviços de dados de segunda geração se limitam em grande parte ao fax e ao SMS e os serviços de voz são responsáveis, em geral, por mais de 90 % das receitas dos operadores de comunicações móveis de segunda geração, espera-se que, relativamente às redes de terceira geração, com serviços como compras à distância, telefonia vídeo e videoconferência, entre 50 % e dois terços das receitas possam vir a ser gerados por serviços de dados. Consequentemente, seria útil analisar os serviços de telefonia vocal móveis digitais e os serviços de dados móveis digitais separadamente. Pelo menos inicialmente, esta distinção corresponde amplamente à que diferencia os serviços de comutação por pacotes dos circuitos comutados.

Serviços vocais móveis digitais

(67) No que respeita aos mercados de telefonia vocal móvel, a Comissão ainda não fez a distinção, por enquanto, entre as diferentes tecnologias. A maior parte das decisões determinaram que os telemóveis analógicos e digitais 900 e 1800 fazem parte do mesmo mercado de telefonia vocal móvel, testando no entanto definições de mercado mais específicas para garantir que não surgem posições dominantes no mercado independentemente da forma como é definido ([43]). No entanto, considerando que a telefonia móvel analógica foi retirada na Alemanha em 1 de Janeiro de 2000, os serviços implicados no acordo são os de telefonia vocal móvel digital. Por enquanto, a Comissão ainda não definiu mercados distintos para serviços a retalho de 2G, 2.5G e 3G ([44]).

(68) Todavia, ao longo do tempo fontes ligadas ao sector prevêem que possam desenvolver-se serviços de «*rich voice*» em redes 3G, os quais consistem em serviços vocais integrados com serviços de dados, tais como videofones e conferências multimédia destinados a consumidores, que ultrapassam as capacidades das redes de 2G e de 2.5G. Consequentemente, é possível que se venha a desenvolver um mercado retalhista distinto para os serviços vocais de terceira geração, ou mesmo para os serviços de dados e voz de terceira geração no mercado único. É provável que a evolução em termos de qualidade e no âmbito dos serviços de voz em questão

([42]) No entanto, ver a decisão da Comissão de 4 de Outubro de 2001, relativa ao processo COMP/M.2898 TDC/CMG/MIGway JV, JO C 16 de 19.1.2002, p. 16, que identifica os mercados da União Europeia para ligação às redes de sinalização internacionais e ao acesso grossista (SMS) a infra-estruturas de telefonia móvel.

([43]) Ver a decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, JO C 295 de 15.10.1999, p. 2; decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, JO C 11 de 14.1.2000, p. 4; decisão 98/2001/CE da Comissão, de 13 de Novembro de 1999, no processo COMP/M.1439 — Telia/ /Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; decisão da Comissão de 20 de Dezembro de 1999, no processo COMP/M.1760 — Mannesmann/Orange JO C 139 de 18.5.2000, p. 15; decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, no processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 4 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, JO C 295 de 18.10.2000, p. 11; decisão da Comissão de 11 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, JO C 261 de 12.9.2000, p. 6; decisão da Comissão de 25 de Setembro de 2000, no processo COMP/M.2130 — Belgacom/ /Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, JO C 362 de 18.12.2001, p. 6.

([44]) Decisão da Comissão de 12 April 2000, no processo COMP/ /M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 31 de Julho de 2000, no processo COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera, JO C 234 de 18.8.2000, p. 6; decisão da Comissão de 25 de Setembro de 2000, no processo COMP/M.2130 — Belgacom/ /Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, JO C 362 de 18.12.2001, p. 6.

originados pela tecnologia de terceira geração venha a permitir que os serviços vocais de terceira geração sejam objecto de um suplemento de preço. Além disso, prevê-se que conduzam a uma substituição unilateral entre serviços de segunda geração, por um lado, e serviços de terceira geração, por outro (ou seja os utilizadores irão substituir os serviços de segunda geração por serviços de terceira geração, mas não vice-versa), o que poderá comprovar a existência de mercados distintos. Para fins da presente decisão, todavia, não é necessário tirar conclusões quanto ao facto dos serviços de voz de segunda e terceira geração poderem ser considerados mercados do produto distinto. A definição do mercado do produto relevante é, consequentemente, deixada em aberto.

Serviços de dados móveis digitais

(69) A diferença fundamental entre os serviços de dados de segunda geração, por um lado, e os de 2.5G e 3G, por outro, consiste no facto de os primeiros serem de circuitos comutados enquanto os segundos são de comutação por pacotes, ou seja, baseados numa tecnologia diferente com capacidades técnicas superiores e distintas. Dado os serviços e os conteúdos disponíveis nas redes de terceira geração poderem vir a ser consideravelmente superiores aos da segunda geração, quer no que diz respeito à velocidade de dados, quer à gama de serviços permitida, prevê-se que a possibilidade de substituição entre a segunda e a terceira geração venha a ser unilateral. Tal conduz à conclusão de que os serviços de segunda e terceira geração poderão vir a constituir mercados separados. Embora pareça óbvio que irá existir alguma sobreposição entre os serviços 2.5 e de terceira geração, uma vez que a geração 2.5 permite, entre outros, correio electrónico móvel, mensagens multimédia e acesso contínuo à internet, mas não possui débitos de transmissão de dados suficientes para fornecer serviços de dados de elevado nível que se espera venham a surgir com as redes de terceira geração. Consequentemente, parece ser evidente o aparecimento de um mercado para o fornecimento de serviços a retalho de dados móveis de terceira geração.

(70) Com base no factor distintivo da mobilidade, a Comissão considera, por enquanto, que os serviços de dados fixos e móveis constituem mercados separados ([45]). No entanto, prevê-se que os serviços de dados de terceira geração com maior largura de banda só possam ser fornecidos em condições de cobertura óptima e de mobilidade reduzida ou praticamente nula. Simultaneamente, estão a desenvolver-se serviços de rede de área local sem fios (WLAN) que fornecem comunicações de dados, incluindo acesso à Internet de banda larga, o que permite mobilidade limitada dentro de áreas circunscritas (como é o caso de edifícios ou locais públicos). Não se exclui que uma medida semelhante de mobilidade limitada venha a ser no futuro a norma para todos ou a maioria dos serviços de dados de maior largura de banda. Consequentemente, mantém-se por esclarecer se os serviços do tipo WLAN virão a ser um complemento ou um substituto dos serviços de terceira geração, pelo que a distinção entre serviços de dados móveis e fixos se anulará, podendo vir a surgir um mercado de comunicações de dados sem fios de banda larga.

(71) Dado que estão ainda a surgir serviços 2.5G e que os serviços de terceira geração estão actualmente apenas na fase de planeamento, não é possível determinar com precisão se se inserem no mesmo mercado ou em mercados diferentes, se os serviços de dados e de voz digitais móveis se encontram no mesmo mercado, nem se determinados serviços de terceira geração estarão no mesmo mercado que os serviços de dados de banda larga, como é o caso do WLAN. Todavia, para fins da presente decisão, não é necessário concluir se os serviços vocais e/ou os serviços de dados de 2G, 2.5G e 3G, a saber, serviços de dados sem fios de banda larga, devem ser considerados mercados do produto distintos. A definição pertinente do mercado do produto é, consequentemente, deixada em aberto.

Mercados geográficos

(72) Considerando que os preços a retalho e as ofertas de serviços de telefonia digital móvel são actualmente de nível nacional, os mercados mantêm-se de âmbito nacional, com excepção do mercado emergente de fornecimento de serviços pan-europeus de telecomunicações móveis sem descontinuidades destinados a clientes móveis a nível internacional, que a Comissão identificou pela primeira vez na decisão Vodafone/Mannesmann ([46]). Os serviços de itinerância internacional não constituem um substituto visto que os preços são elevados e as funcionalidades da itinerância internacional são limitadas ([47]). Acresce ainda que os operadores de rede têm vindo, de uma forma geral, a recusar a itinerância permanente com base no acesso à itinerância internacional, ou seja, permitindo a um cliente de uma rede estrangeira a itinerância permanente na sua própria rede. Consequentemente, o mercado ou mercados acima identificados são nacionais.

([45]) Relativamente ao acesso de ligação à internet via aparelhos móveis e via meios fixos, ver a decisão da Comissão de 20 de Julho de 2000, no processo COMP/JV 48 — Vodafone/Vivendi/Canal+, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/

([46]) Ver a decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, no processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 11 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, JO C 261 de 12.9.2000, p. 6.

([47]) Ver a decisão da Comissão de 22 de Junho de 1998, no processo IV/JV.2 — ENEL/FT/DT, JO C 178 de 23.6.1999, p. 15; decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, JO C 295 de 15.10.1999, p. 2; decisão 98/2001/CE da Comissão, de 13 de Novembro de 1999, no processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1.

5.5. **Estrutura dos mercados**

5.5.1. *Mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais*

(73) Embora seja provável que os operadores prefiram lidar com os intervenientes que possam fornecer um grande número de sítios ao mesmo tempo, não há grandes barreiras à entrada, limitações ao investimento ou exigências em termos de experiência técnica, e os proprietários de sítios individuais podem lidar directamente com os operadores de redes móveis. Os concorrentes reais ou potenciais neste mercado incluem os restantes operadores licenciados para redes e serviços de 2G e/ou 3G na Alemanha, operadores ferroviários e organismos de radiodifusão, empresas de energia eléctrica e empresas especializadas (*tower companies*) que adquirem e oferecem acesso a sítios, tais como New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG e Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. A T-Mobile transferiu recentemente as suas actividades em matéria de localização, aquisição e *leasing*, incluindo a partilha de sítios, para uma entidade jurídica distinta, a Deutsche Funkturm GmbH. Dos cerca de [40 000 a 70 000 (*)] sítios existentes, calcula-se que cerca de [10 000 a 20 000 (*)] sejam detidos pela T-Mobile, [10 000 a 20 000 (*)] pela D2 Vodafone, [5 000 a 15 000 (*)] pela E-Plus e [5 000 a 15 000 (*)] pela O2 Germany. Calcula-se que [2 000 a 6 000 (*)] sejam detidos pelos caminhos-de-ferro alemães, [2 000 a 6 000 (*)] pelo organismo de radiodifusão ARD e cerca de [2 000 a 6 000 (*)] por outros, incluindo a Mobilcom e empresas de energia eléctrica e *tower companies*.

5.5.2. *Acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações de 3G*

(74) Na Alemanha, a itinerância nacional de 2G está actualmente limitada aos clientes da O2 Germany com itinerância na rede da T-Mobile ([48]). Consequentemente, a T-Mobile tem uma quota de 100 % no mercado da itinerância nacional grossista de 2G na Alemanha. Uma vez que, na prática, a itinerância de 3G será, sobretudo, o resultado da itinerância dos clientes da O2 Germany na rede da T-Mobile, prevê-se que esta venha a deter igualmente uma elevada quota de mercado da itinerância nacional grossista de 3G. Todavia, a T-Mobile está sujeita à concorrência potencial de outros operadores de rede de 3G que poderão vir a oferecer itinerância nacional a baixo custo ou mesmo sem custos adicionais, embora eventualmente sujeitos a limitações de capacidade.

(75) Os obstáculos à entrada são elevados devido aos requisitos formais de licenciamento, ao número limitado de licenças disponíveis e aos elevados custos associados quer à aquisição de licenças de 3G na Alemanha, quer aos investimentos na infra-estrutura de rede de 3G. As oportunidades para entrar no mercado ao nível de operador de rede são limitadas, visto não se prever a emissão de novas licenças, nem a renovação das licenças do Grupo 3G e da Mobilcom, que não desenvolverão as suas redes de 3G. Embora não seja de excluir que as licenças do Grupo 3G e da Mobilcom venham a ser transferidas para outra empresa, quer com a aprovação da NRA, quer através de uma aquisição destas empresas, trata-se de um cenário improvável, considerando o actual clima de investimentos. Consequentemente, os principais concorrentes efectivos ou potenciais nos mercados grossistas de acesso e de serviços são os outros três licenciados que planeiam desenvolver as redes e os serviços de 3G na Alemanha e os concorrentes potenciais poderão ser terceiros que revendam o acesso e os serviços de itinerância por grosso na rede destes outros operadores ou nas redes das partes.

5.5.3. *Serviços a retalho de 3G*

(76) Há seis operadores licenciados para a utilização de direitos de frequência de 3G e para fornecerem redes e serviços de 3G na Alemanha. Para além da T-Mobile e da O2 Alemanha, há ainda a D2 Vodafone, a E-Plus, a Mobilcom e o Grupo 3G. Todavia, quer o Grupo 3G/ /Quam quer a Mobilcom depreciaram o valor dos seus activos 3G e abandonaram os planos para darem entrada nos mercados de 3G na Alemanha na qualidade de operadores de rede, embora a Mobilcom possa manter-se activa como fornecedora de serviços ([49]). Os principais concorrentes dos mercados a retalho de 3G são, consequentemente, a D2 Vodafone e a E-Plus e, potencialmente, fornecedores de serviços como a Mobilcom e a Debitel, que adquirem *airtime* por grosso para revenda a operadores de rede, bem como todos os operadores de rede virtual móvel (MVNO) que possam vir a surgir neste mercado.

(77) Dado que as redes e serviços de 3G não foram ainda implantados, não pode ser actualmente fornecida qualquer estimativa conclusiva em relação às quotas de mercado, nem uma apreciação da possibilidade de substituição entre os serviços de 2G e de 3G. Se extrapolarmos as quotas de mercado calculadas para 2002 relativamente aos serviços a retalho 2G para a quota nos mercados 3G, incluindo os valores relativos a clientes e fornecedores de serviços activos nas suas redes, a T-Mobile possuía uma quota de mercado de 41,7 % e a O2 Germany uma quota de mercado de 7,8 % contra 38,3 % da D2 Vodafone e 12,2 % da E-Plus. Se se contarem apenas os assinantes de cada uma, a T-Mobile tinha uma quota de mercado de 29 %, contra 7,5 % da O2 Germany, 28 % da D2 Vodafone e 7 % da E-Plus, dividindo-se um total de 29 % dos assinantes por mais de 10 fornecedores de serviços diferentes, liderados pela Debitel, com uma quota de mercado de 12,7 %, e pela Mobilcom, com 8,8 %. O Grupo 3G não está activo nos mercados de 2G na Alemanha.

([48]) O acordo pertinente foi sujeito a notificação no processo COMP/ /C1/37.500 VIAG Interkom + T-Mobil, encerrado através de carta administrativa de 13 de Julho de 1999.

([49]) Ver http://www.quam.de: «Quam stellt operatives Geschäft ein», Quam (15 de Outubro de 2002); http://www.mobilcom.de: «Q3/ /2002: MobilCom schreibt UMTS-Vermögen vollständig ab», MobilCom AG (28 de Novembro de 2002).

6. ARGUMENTOS DAS PARTES

(78) As partes explicam principalmente a necessidade do seu acordo relativo à partilha da rede de 3G em termos financeiros. Mais especificamente, alegam que a partilha de rede é necessária porque:

a) As infra-estruturas de rede de 3G são mais dispendiosas do que as suas predecessoras, exigindo uma densidade de antenas muito superior, a saber, o dobro das redes de GSM de 2G;

b) Desde que as licenças de terceira geração foram concedidas, as expectativas das receitas provenientes dos seus serviços de 3G foram revistas no sentido da baixa;

c) Devido à descida geral registada no sector das telecomunicações móveis, os seus custos de aumento de capital foram acrescidos.

Na notificação, as partes declararam que, em resultado do acordo, prevêem uma redução até [15-35 % (*)] dos seus investimentos em infra-estruturas de rede com mais poupanças nos custos de funcionamento da rede. Consequentemente, as partes reduziram as estimativas relativamente à poupança de custos.

6.1. N.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º1 do artigo 53.º do Acordo EEE

(79) Segundo as partes, o acordo não tem por objecto nem por efeito a restrição significativa da concorrência no mercado comum, o que seria contrário ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, dado que a futura partilha de locais e eventualmente de RAN não dará origem a uma partilha das redes de base ou das frequências e que o acordo as obriga a manterem plena concorrência a nível dos serviços e do sector retalhista. Além disso, o planeamento, a concepção e o funcionamento da rede continuarão independentes e as informações técnicas só serão divulgadas, na medida em que tal seja estritamente necessário.

6.2. N.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE

(80) A principal restrição potencial à concorrência diz respeito às limitações de revenda da capacidade de itinerância relativamente ao fornecimento de serviços de voz aos MVNO. Se se considerar que o acordo restringe a concorrência, as partes alegam, subsidiariamente, que o acordo pode beneficiar de uma isenção nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE. Tendo em conta os elevados custos de licença que foram suportados, a que se seguiu uma diminuição clara do valor comercial do espectro de 3G, as partes consideram que a partilha de infra-estruturas lhes permitirá reduzir as suas despesas de capital e os seus custos de funcionamento, reduzindo o investimento em infra-estruturas de rede e os respectivos custos de exploração. A O2 Germany, principal beneficiária da itinerância nacional ao abrigo do acordo, calcula que, em resultado deste, economizará entre [15-35 % (*)] dos custos de transferência de rede de 3G, sobretudo devido à itinerância. Segundo as partes, tal é necessário para reduzir parte dos encargos resultantes do acesso simultâneo ao mercado das telecomunicações de 3G na União Europeia. Referem ainda que a abordagem adoptada está em conformidade com a política seguida pela autoridade reguladora alemã (RegTP) e outras autoridades reguladoras nacionais, tais como a Oftel no Reino Unido. Para além disso, a partilha de infra-estruturas é necessária devido às restrições previstas e à resolução de problemas ambientais.

(81) As partes alegam que os consumidores beneficiarão em última análise deste acordo, uma vez que lhes são fornecidos mais rapidamente e a menor custo serviços de 3G mais inovadores. Finalmente, as partes, em resultado da sua cooperação, não produzirão serviços normalizados a utilizadores finais, mas continuarão a entrar em concorrência directa no que diz respeito a aplicações de conteúdo, fixação de preços de retalho, fixação de preços por grosso, modalidades e condições de serviço, canais para a comercialização e serviços de apoio ao cliente e *marketing*. Assim, concluem que, em resultado do acordo, a concorrência será não apenas preservada, como também reforçada nos mercados das redes e dos serviços de 3G na Alemanha. Finalmente, as partes alegam que devido ao facto de a protecção dos seus investimentos implicar que continuem a ter o controlo, em última instância, do acesso à rede, o acordo não teria sido celebrado sem a restrição de revenda aos MVNO de voz.

7. OBSERVAÇÕES FORMULADAS POR TERCEIROS

(82) A comunicação inicial ([50]) publicada pela Comissão no acto de recepção da notificação, em Fevereiro de 2002, e a comunicação subsequente em conformidade com o n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 ([51]) suscitou observações por parte da autoridade responsável a nível em matéria de concorrência da Alemanha, o Bundeskartellamt («BKartA»), bem como de cinco diferentes intervenientes no mercado, representantes de operadores de redes móveis e ainda de fornecedores e operadores de serviços em mercados afins, na Alemanha. Embora algumas partes expressassem o seu apoio à partilha de redes, todos criticaram o acordo na sua actual forma. Na sequência da notificação das partes relativamente à alteração ao acordo sobre itinerância nacional, o BKartA e as partes intervenientes no mercado que comentaram a comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 tiverem uma nova oportunidade de reagir às alterações em questão.

7.1. Comentários do BKartA

(83) O BKartA entende que, relativamente ao UMTS, a concorrência com base na qualidade da rede e na capacidade de transmissão será especialmente importante e depende do grau de concorrência da infra-estrutura. Consequentemente, teria tendência para considerar qualquer forma de actividade de partilha de rede como uma restrição à concorrência, excepto se a concorrência com base em infra-estruturas não for possível por motivos legais ou práticos. Neste contexto, o BKartA considera que há que ter em consideração, por exemplo, preocupações ambientais e a situação financeira das empresas

([50]) JO C 53 de 28.2.2002, p. 18.
([51]) JO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

envolvidas. Salienta que na Alemanha a obtenção de autorização de planeamento de sítios é cada vez mais difícil, forçando os operadores a basearem-se na partilha de sítios. Refere ainda que a situação financeira dos operadores móveis poderá vir a implicar a partilha de redes para possibilitar a entrada no mercado.

(84) Consequentemente, o BKartA entende que não há restrições à concorrência, na medida em que a partilha de sítios é necessária por forma a dar resposta às obrigações das partes em matéria de licenças (designadamente a obrigação de cobertura de 50 % da população até 2005), o que, consequentemente, é necessário para permitir a entrada no mercado. O BKartA entende que a partilha de RAN, que não considera ser necessária para responder às obrigações em matéria de licenças, constitui uma restrição à concorrência que seria aceitável apenas na medida em que fosse necessária para permitir a entrada no mercado. Relativamente à partilha de sítios, quer após 2005 quer para além da exigência de cobertura de 50 % da população, e no que se refere à partilha de RAN, o BKartA parte do princípio que implicam restrições à concorrência mas poderão ser objecto de isenção.

(85) Todavia, o BKartA não entende que as limitações à revenda da capacidade de itinerância aos MVNO referidas no artigo 11.º do acordo sejam susceptíveis de isenção, porque, na sua opinião, têm como consequência a coordenação de preços entre concorrentes. A proposta do BKartA não se refere especificamente à itinerância nacional, nem forneceu novos comentários relativamente às alterações introduzidas pelas partes ao acordo relativamente à itinerância dentro dos territórios abrangidos pela obrigação de cobertura de 50 % da população.

7.2. Observações formuladas pelos intervenientes no mercado

(86) Um dos intervenientes no mercado opôs-se, por uma questão de princípio, à itinerância nacional, que considera uma restrição à concorrência entre redes. Opôs-se também a uma maior partilha de sítios e partilha de RAN, argumentando que tal resultará num grau de harmonização de redes que as tornará indiferenciadas. Consequentemente, segundo este interveniente, não só a concorrência em termos de qualidade das redes será em grande parte eliminada, como também a concorrência entre serviços. Acrescentou ainda não ter conhecimento de provas de que, em resultado do acordo, as partes estejam a proceder a uma implantação mais rápida de redes de 3G.

(87) Um segundo interveniente no mercado manifestou-se a favor da partilha de redes como um forma de controlar os custos e facilitar a entrada no mercado, por uma questão de princípio, embora solicitasse que a não exclusividade do acordo fosse ser apoiada por um compromisso das partes relativamente à disponibilidade de capacidade de rede suficiente para incluir terceiros.

(88) Um outro interveniente alegou que o acordo sobre a partilha de redes poderá permitir às partes utilizarem as economias daí decorrentes para dar entrada no mercado de *paging* e de serviços de mensagens urgentes e instantâneas, bem como mercados afins de serviços de terceira geração, e pressionar concorrentes mais pequenos a abandonarem estes mercados.

(89) Dois intervenientes no mercado levantaram objecções à cláusula 11 do acordo, alegando que as exigências em matéria de aprovação antecipada pelo operador da rede de acolhimento para a revenda da capacidade de itinerância relativamente ao fornecimento de serviços de voz pelos MVNO levavam a uma restrição da concorrência no mercado retalhista ou nos mercados de serviços de 3G.

(90) Todas as observações recebidas foram cuidadosamente apreciadas e, quando reflectiam preocupações genuínas em matéria de concorrência, o raciocínio da Comissão sobre as questões levantadas é apresentado na avaliação jurídica, mais adiante.

8. RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA

(91) Nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE são proibidos todos os acordos entre empresas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A Comissão pode isentar acordos que restrinjam a concorrência que não observem o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53ª do Acordo EEE desde que se observem as condições definidas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(92) O acordo notificado é um acordo de cooperação horizontal entre dois concorrentes que envolve também determinados aspectos verticais. O acordo não tem por objectivo restringir a concorrência através da fixação de preços, de limitações à produção ou da partilha de mercados ou clientes, mas poderá ter efeitos restritivos da concorrência, considerando que a T-Mobile e a O2 Germany são concorrentes em matéria de serviços e de redes móveis digitais de 2G e 3G.

(93) O acordo entre a T-Mobile e a O2 Germany implica a cooperação no que respeita à implantação de redes de 3G das partes, principalmente através da i) partilha de sítios, e ii) da itinerância nacional. Mais especificamente, as partes pretendem cooperar em matéria de planeamento, aquisição, construção, afectação e partilha de sítios de 3G, bem como de fornecimento de serviços de itinerância. Consequentemente, as partes cooperarão de uma forma extensiva na implantação das redes móveis de 3G respectivas. Uma tal cooperação entre dois operadores que afecte mercados com apenas um número limitado de concorrentes e mercados onde é difícil, se não mesmo impossível, dar entrada, levanta preocupações em matéria de concorrência. Corre-se o risco, nomeadamente, de o acordo i) vir a reduzir a concorrência entre redes na Alemanha, e ii) vir a ter efeitos indirectos nos mercados de serviços. Acresce ainda que quaisquer disposições restritivas, tais como restrições em matéria de revenda, terão ainda de ser apreciadas.

8.1. **Aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE**

(94) Considerando que a partilha de sítios, a partilha de RAN e a itinerância nacionais devem ser encarados como formas distintas de cooperação com efeitos em mercados diversos, serão analisadas separadamente.

8.1.1. *Partilha alargada de sítios*

(95) A partilha de sítios é, em princípio, fomentada por questões de política pública, quer na União Europeia quer a nível nacional. As autoridades nacionais podem, além disso, impor a partilha de meios, em especial nos casos em que os concorrentes careçam de alternativas viáveis. O artigo 11.º da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta da rede aberta (Directiva relativa à interligação), exige que as autoridades reguladoras nacionais disponham de poderes para fomentar e impor a co-instalação e partilha de funcionalidades ([52]), tendo já sido implementado na Alemanha através da secção 33 da Lei alemã das Telecomunicações (TKG), que prevê que terceiros possam solicitar o acesso a meios essenciais de operadores dominantes ([53]). Ao abrigo da nova estrutura regulamentar, o considerando 23 da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) ([54]) dispõe o seguinte: «A partilha de recursos pode apresentar vantagens em termos de ordenamento urbano, saúde pública e ambiente, devendo ser encorajada pelas autoridades reguladoras nacionais, com base em acordos voluntários». O artigo 12.º da directiva-quadro determina que as autoridades reguladoras nacionais disponham de poderes para impor a partilha de meios nos casos em que as empresas não tenham acesso a alternativas viáveis em termos da necessidade de protecção do ambiente, da saúde pública, de segurança, ou para observarem os objectivos de planeamento urbano e rural. Consequentemente, a regulamentação específica por sector pode representar a solução quando não existam sítios alternativos e os concorrentes não consigam negociar o acesso aos sítios necessários e/ou às infra-estruturas de sítios em termos comerciais.

(96) A partilha de sítios com base em acordos bilaterais é uma prática comum entre todos os operadores alemães da 2G, que se prevê venha a continuar na 3G. Há acordos-quadro entre a T-Mobile, a D2 Vodafone e a E-Plus que dizem respeito à utilização de sítios comuns. Acresce ainda que a partilha de sítios é promovida na Alemanha enquanto questão de política pública que visa minimizar o número total de sítios necessários devido a preocupações ambientais e de saúde. Consequentemente, em 9 de Julho de 2001, foi celebrado um acordo geral entre, por um lado, todos os operadores de redes móveis e, por outro, as associações de municípios, com o objectivo de maximizar a utilização dos sítios partilhados ([55]). Em resultado deste acordo, os operadores alemães de redes móveis trocam informações numa base regional, relativamente aos sítios necessários em municípios específicos, por forma a conseguir a máxima proporção possível de sítios partilhados.

(97) O mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para o equipamento de radiocomunicações móveis digitais foi definido acima (considerando 49 e seguintes). As partes calculam que, até ao momento, foram adquiridos cerca de [40 000 a 70 000 (*)] sítios para as redes de 2G, na Alemanha, dos quais uma proporção considerável poderá ser utilizada par as redes de 3G. Até ao momento, no mercado alemão, 64 % dos sítios são utilizados por apenas um operador, 20 % por dois operadores e 16 % por três ou mais operadores ([56]). Uma vez que as redes de 3G se concentrarão, de início, nas áreas urbanas, por forma a atingirem a cobertura de população exigida, é provável que a percentagem de sítios partilhados em termos de 3G possa vir a ser superior à de 2G. A distribuição dos sítios já atribuídos entre os operadores de rede é a seguinte: calcula-se que [10 000 a 20 000 (*)] sejam detidos pela T-Mobile, [10 000 a 20 000 (*)] pela D2 Vodafone, [5 000 a 15 000 (*)] pela E-Plus e [5 000 a 15 000 (*)] pela O2 Germany. Calcula-se que pelo menos 20 000 novos sítios venham a ser adquiridos para redes de 3G. Para além dos [10 000 a 20 000 (*)] sítios que já possui, a T-Mobile planeia acrescentar [(*)] novos sítios à sua rede de 3G. A proporção de sítios acrescentados será partilhada da seguinte forma: na notificação que redigiram, as partes alegam que prevêem partilhar até [20-35 % (*)] dos seus sítios de 3G ao abrigo do acordo. Informações mais recentes enviadas pelas partes revelam que a O2 Germany espera actualmente partilhar até [40-55 % (*)] dos seus sítios de 2G e 3G com todos os outros operadores, incluindo a T-Mobile, e [15-30 % (*)] apenas com a T-Mobile. A T-Mobile espera actualmente partilhar [(*)] dos postes e [(*)] dos telhados com os outros três operadores.

([52]) JO L 199 de 26.7.1997, p. 32.

([53]) Lei das Telecomunicações (TKG) de 25 de Julho de 1996 (com a última redacção que lhe foi dada pelo primeiro decreto de revisão da Lei das Telecomunicações, de 21 de Outubro de 2002 (Telekommunikationsgezetz von 25 juni 1996, BGBl. I, S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I S. 4186).

([54]) JO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

([55]) Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze zwischen Deutscher Städtetag, Deutscher Landeskreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund und DeTeMobil Deutsche Telekom Mobilnet GmbH, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG, Group 3G, Mannesmann Mobilfunk GmbH, MobilCom Multimedia GmbH, VIAG Interkom GmbH & Co.

([56]) Com base nos dados da RegTP relativos a Maio de 2001, para uma totalidade de 39 690 sítios.

(98) O mercado está altamente concentrado e, actualmente, as partes possuem em conjunto uma quota de mercado de cerca de 45 %. Para além das partes, dois outros intervenientes obtiveram licenças que lhes permitem desenvolver as suas próprias redes, das quais, pelo menos uma, a D2 Vodafone, detém já uma posição muito forte nos mercados de 2G. Estes intervenientes estão também presentes no mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamentos de radiocomunicações móveis digitais. No entanto, embora a grande maioria de sítios na Alemanha seja actualmente detida por operadores de redes móveis, estão também a entrar no mercado alemão diversas «tower companies» especializadas, podendo ainda ser obtidos sítios individuais directamente junto dos respectivos proprietários. Acresce ainda que, em princípio, a partilha de sítios não reduz o número de sítios disponíveis a outros operadores de rede: à medida que se reduz o número de sítios exigidos individualmente pelos operadores que os partilham, aumenta também a proporção de sítios no lote comum disponível para outros operadores.

(99) Quanto ao lado da procura, o mercado está ainda mais concentrado, uma vez que se limita a quatro operados licenciados de 2G/3G os que se mantêm activos no mercado alemão. As partes presentes no lado da procura estão também presentes no lado da oferta e, em princípio, possuem capacidade para adquirir sítios para as suas próprias necessidades em matéria de rede completamente independentes das partes e de outros operadores, se assim o desejaram. Uma vez que parece provável que as partes venham a solicitar acesso a sítios controlados por outros operadores de 2G e 3G, poderá verificar-se um certo poder de negociação.

(100) Acresce ainda que o acesso de terceiros aos sítios controlados pelas partes é estimulado por políticas públicas e, tal como já explicado, pela capacidade das ARN imporem a partilha de sítios onde não existam alternativas viáveis. Finalmente, o acordo não limita a liberdade comercial das partes no que respeita à partilha de sítios com terceiros e ambas as partes planeiam manter activamente a partilha de sítios com terceiros. Consequentemente, o acordo não parece ter efeitos limitativos da concorrência no mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios relativamente a equipamento de radiocomunicações móveis digitais. Continua por apreciar se, em resultado da partilha de sítios, as partes poderão, dado o aumento da semelhança das suas estruturas de custos, encontrar um âmbito que distinga a redução das ofertas de serviços a retalho, ou se, em resultado da partilha de sítios, poderão vir a coordenar as suas actividades noutros mercados.

(101) Considerando que a percentagem de custos totais representada pela partilha de sítios é relativamente pequena, a economia de custos prevista pelas partes daí decorrente é limitada. A O2 Germany calcula que o que possa vir a economizar apenas com a partilha de sítios ascenda a [7-17 % (*)] das suas economias totais ao abrigo do acordo de [15-35 % (*)] dos custos de implantação de redes, ou seja, as suas economias com base na partilha de sítios ascenderão a [menos de 5 % (*)] das suas economias totais. Relativamente aos sítios de 2G, a T-Mobile não espera vir a registar economias adicionais devido às disposições em matéria de partilha de sítios de 2G já existentes. Em vez disso, as partes têm em consideração os benefícios derivados da partilha de sítios em termos de um planeamento e de uma implementação mais rápidos do que seria de esperar devido à criação avançada de planos de rádio com base em informações antecipadas sobre sítios. Em qualquer caso, as partes não possuirão nem controlarão sítios comuns, competindo entre si e com outros operadores de rede para a aquisição de novos sítios, atribuindo cada uma delas direitos de utilização à outra parte. Consequentemente, não terão, em resultado do acordo, uma elevada proporção de custos totais em comum. Assim sendo, a partilha de sítios não se traduz por semelhanças na estrutura de custos das partes, susceptíveis de afectar a capacidade de competirem efectivamente entre si nas redes ou mercados de serviços a jusante.

(102) Também não parecem existir efeitos significativos sobre a concorrência em quaisquer outros mercados de redes ou mercados de serviços. O nível de cooperação relativamente à partilha de redes é coerente com a avaliação da NRA, RegTP, no que respeita ao grau mínimo de independência exigido por forma a permitir o controlo independente de redes e serviços pelas respectivas partes. Em especial, as partes mantêm um controlo independente das suas redes de base, incluindo todas as partes inteligentes da rede a as plataformas de serviços que determinam a natureza e a gama de serviços fornecidos. As partes mantêm também o controlo independente do seu planeamento de rádio e liberdade de acrescentar sítios, incluindo sítios não partilhados, por forma a aumentar a sua cobertura e capacidade de rede, que parecem ser os principais parâmetros competitivos ao nível da rede, e que são susceptíveis de exercer um impacto importante ao nível da concorrência de serviços. Dado que a partilha de sítios implica a redução de custos de pesquisa e permitirá, a prazo, uma maior densidade de rede, pode melhorar a concorrência entre redes e, consequentemente, a concorrência entre serviços, quer entre as partes quer entre terceiros. Assim sendo, a partilha de sítios entre as partes definida no acordo, tal como foi notificado, não conduz a restrições da concorrência.

(103) Para efeitos da partilha de sítios, as partes declararam que trocarão as informações necessárias para a implantação comum de sítios, incluindo informações técnicas e de dados de localização relativamente aos sítios individuais,

designadamente a informação sobre as partes que tencionam construir e onde pretendem fazê-lo. As partes declaram não existir troca adicional de informações sobre a construção de redes de 3G. A cláusula 2.6 do acordo prevê que informações sensíveis em matéria de concorrência não sejam trocadas entre as partes para além do mínimo de informações necessárias para permitir o planeamento das redes. O intercâmbio deste tipo de informações técnicas limita-se ao que é estritamente necessário para permitir cooperação entre as partes que não seja considerada limitativa da concorrência. Consequentemente, em si, também não constitui uma restrição da concorrência.

8.1.2. *Partilha de RAN*

(104) Embora o acordo preveja a possibilidade de apreciação do potencial de partilha de RAN entre as partes, a partilha de RAN não é actualmente uma possibilidade. Acresce que as modalidades de partilha de RAN entre as partes não são abrangidas pela notificação com suficiente pormenor, por forma a permitir que a Comissão as analise ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE/do artigo 53.º do Acordo EEE. Consequentemente, não é abrangida pela presente decisão.

8.1.3. *Itinerância nacional*

Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile na área de cobertura dos 50 %

(105) Através das alterações de 20 de Setembro de 2002 e de 22 de Janeiro de 2003 ao acordo notificado, as partes concordaram que a O2 Germany possa adquirir direitos de itinerância nacional por grosso às redes de 3G da T-Mobile, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008. Isto significa que, durante este período, a O2 Germany adquirirá serviços de itinerância nacional por grosso à T-Mobile, dentro da área em que a O2 Germany possui a obrigação regulamentar de cobrir 50 % da população alemã através da sua própria rede. A T-Mobile não disporá de direito semelhante de aquisição de itinerância nacional por grosso à rede da O2 Germany, nesta área. Na sequência de discussões com a Comissão, as partes concordaram em limitar a duração da itinerância dentro da área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população, com base na definição de três áreas distintas (áreas 1, 2 e 3). A itinerância será retirada sucessivamente nestas áreas, de acordo com o calendário definido na secção 4.3.1 *supra*, que será incorporada no acordo através da alteração das partes de 21 de Maio de 2003.

Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %

(106) O acordo, tal como originalmente notificado, prevê o direito recíproco de itinerância nacional por grosso de 3G entre a T-Mobile e a O2 Germany fora da área de exigência de cobertura de 50 % da população. Na prática, a T-Mobile pretende abranger [(*)] da população alemã com a sua rede de 3G até ao final de 2006 e fornecer nova cobertura em função da procura, enquanto a O2 Germany pretende [(*)]. Considerando que a rede da T-Mobile será mais extensa, e considerando as vantagens, para um operador de rede em utilizar a sua própria rede em termos de controlo de custos e parâmetros, tais como a qualidade da rede e o débito de transmissão, é provável que venha a registar-se pouca «ou mesmo nenhuma» itinerância por parte da T-Mobile ou dos seus clientes na rede da O2 Germany. Consequentemente, a itinerância nacional ao abrigo do acordo envolverá, predominantemente, a itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile e não o inverso.

Efeitos sobre a concorrência

Efeitos nos mercados por grosso

(107) O mercado de acesso à itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações de 3G foi acima definido (considerando 57 e seguintes). A itinerância nacional entre operadores de rede com licenças para implantarem e operarem as suas próprias redes móveis digitais em concorrência, restringe, por definição, a concorrência entre estes operadores em todos os mercados de redes afins, relativamente a parâmetros como a cobertura, a qualidade e o débito de transmissão. Limita a concorrência em termos de âmbito e ritmo da cobertura porque, em vez de transferirem a sua própria rede para obter um grau máximo de cobertura do território e de população no período de tempo mais curto, um operador de itinerância irá depender, para o seu tráfego de itinerância, do grau de cobertura alcançado pela rede do operador visitado. A itinerância nacional restringe também a concorrência em matéria de qualidade da rede e de débito de transmissão, porque o operador de itinerância será limitado pela qualidade da rede e pelo débito de transmissão disponíveis na rede visitada, que constituem uma função das escolhas técnica e comercial efectuadas pelo operador da rede visitada. Finalmente, com base no acordo, a itinerância nacional será cobrada a taxas por grosso, no que respeita a comunicações de voz, ao nível das taxas de entrega de chamadas e de serviços de dados numa [base *minus* a retalho (*)]. No caso da O2 Germany, a itinerância nacional corresponderá a [(*)]. Consequentemente, as taxas por grosso cobradas aos compradores das suas próprias redes por grosso e dos serviços de acesso serão limitadas pelas taxas por grosso que terá de pagar à T-Mobile.

(108) Os efeitos destas restrições serão mais graves nas áreas onde a implantação de redes concorrentes paralelas se justifique claramente a nível económico — designadamente em áreas urbanas principais — e onde, consequentemente, a concorrência esteja mais restringida pela itinerância. Os efeitos serão menos graves quando os incentivos económicos para a implantação sejam menores, como poderá ser o caso em áreas de importância comercial secundária e, em especial, em áreas rurais e muito afastadas.

(109) Considerando as limitações resultantes para a capacidade da O2 Germany e da T-Mobile competirem em matéria de cobertura, qualidade, débito de transmissão e preços por grosso, a itinerância nacional de 3G entre a O2 Germany e a T-Mobile exerce um impacto sobre a concorrência em todos os mercados de rede de 3G na Alemanha, incluindo o mercado de acesso a itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações da 3G e o mercado de acesso a *airtime* por grosso para serviços de 3G.

(110) Dado que os mercados de 3G são novos, não existem informações sobre partilha do mercado. Todavia, no mercado de acesso à itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações de 3G, há apenas quatro operadores licenciados na Alemanha que dispõem da capacidade para instalar redes. Os obstáculos à entrada levantados pelos requisitos de licenciamento e por requisitos de investimento são extremamente elevados, se não mesmo totais ([57]). Consequentemente, é óbvio que a cooperação entre duas de apenas quatro das partes no mercado, mesmo quando uma destas duas (a O2 Germany) não pretende actualmente implantar uma rede para além [(*)], é susceptível de limitar a concorrência de forma sensível. O acordo sobre itinerância nacional (tal como alterado) constitui, pois, uma restrição à concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

Efeitos sobre os mercados retalhistas

(111) Esta questão deveria ainda ser apreciada por forma a determinar se o acordo relativo ao acesso à itinerância por grosso de 3G limita a concorrência de serviços a retalho de 3G. A itinerância nacional ao nível grossista conduzirá a uma maior uniformidade das condições ao nível retalhista, visto que a cobertura de rede subjacente, a qualidade e as velocidades de transmissão tendem a ser semelhantes. As velocidades de transmissão determinarão, significativamente, os tipos de serviço que o operador específico poderá fornecer. Acresce que a oportunidade da introdução de serviços específicos será determinada pelo momento em que determinadas velocidades de transmissão estarão disponíveis de forma fiável ao nível da rede, devendo esta última ser coordenada para fins de itinerância nacional. Finalmente, considerando que os operadores que utilizam a itinerância nacional por grosso de 3G terão de pagar encargos pelo acesso por grosso que, relativamente aos serviços de dados, se baseará num [(sistema a retalho *minus* (*)], o âmbito da concorrência de preços ficará, consequentemente, limitado. O sistema de preços [(*)] é susceptível de dar origem a um risco de coordenação sobre os níveis de preços a retalho.

(112) Consequentemente, é provável que a cooperação entre as partes em matéria de itinerância nacional por grosso de 3G venha a ter efeitos na concorrência entre as partes nos mercados retalhistas a jusante. Embora o número de partes presentes nos mercados retalhistas seja superior às que operam ao nível da rede e não existam informações disponíveis precisas sobre as quotas de mercado, se se utilizar a quota de mercado combinada das partes relativamente à 2G, esta quota de mercado será de 36,5 % [T-Mobile 29 %; O2 Germany 7,5 %] se se contabilizarem apenas os clientes próprios, e de 49,5 % [T-Mobile 41,7 %; O2 Germany 7,8 %] se forem contabilizados também os clientes finais de fornecedores de serviços que utilizam as redes das partes. Consequentemente, a quota de mercado combinada das partes, relativamente aos mercados de serviços a retalho de 3G, está sujeita ao desenvolvimento plausível do mercado susceptível de exceder 10 %, pelo que a restrição é sensível.

Requisitos mínimos de aquisição

(113) O acordo relativo à itinerância nacional de 3G não é exclusivo, mas prevê requisitos mínimos de aquisição pela O2 Germany, de [(*)] de euros à T-Mobile, num período de três anos, a contar da data de lançamento dos serviços de itinerância de 3G pertinentes. As alterações ao acordo que permitem a itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro da área de cobertura de 50 % da população permitem um [pagamento da O2 Germany à T-Mobile de (*)]. Embora tal não constitua requisito mínimo de aquisição, poderá reflectir-se na concentração das aquisições da O2 Germany de acesso à itinerância nacional de 3G na rede da T-Mobile.

(114) Todavia, nem os requisitos mínimos de aquisição nem os pagamentos fixos têm de ser analisados em termos de eventual encerramento do mercado. A venda de acesso de itinerância por grosso de 3G entre operadores de rede de 3G licenciados foi identificada como constituindo uma restrição de concorrência. Consequentemente, potenciais obstáculos a outras redes licenciadas de 3G que forneçam este tipo de cooperação não podem ser interpretados como constituindo, por si só, nova restrição da concorrência. Em contrapartida, no caso de uma destas partes celebrar um acordo para adquirir volumes significativos de acesso à itinerância nacional a outro ou aos dois outros operadores de 3G licenciados, tal exigiria uma apreciação ao abrigo das regras de concorrência.

Revenda aos MVNO

(115) A alínea c) da cláusula 11 do acordo limita a possibilidade de as partes revenderem direitos de acesso de itinerância a terceiros, exigindo designadamente aprovação prévia da outra parte no que respeita a qualquer tipo de revenda da capacidade de itinerância aos MVNO que ofereçam serviços de telefonia vocal a utilizadores finais. Dado que esta cláusula diz respeito à revenda de direitos de acesso, as limitações envolvidas são de natureza vertical. No entanto, o n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas

([57]) Ver secção 5.5.2.

concertadas determina que a isenção por categoria não se aplique a acordos verticais recíprocos entre empresas concorrentes ([58]).

(116) Consequentemente, esta restrição terá de ser avaliada no que diz respeito a eventuais efeitos de colusão nos termos das Orientações em matéria de cooperação horizontal e, no que respeita à sua dimensão vertical, nos termos das Orientações relativas às restrições verticais. A análise com base nas Orientações sobre cooperação horizontal revela que a limitação do tipo de clientes a que um comprador pode vender os serviços contratuais limita a produção e, consequentemente, constitui uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, que exige a análise individual ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE ([59]). Por conseguinte, o disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE deverá ser aplicado às restrições sobre a revenda aos «MVNO de voz» por forma a determinar a existência de eventuais compensações às restrições da concorrência envolvidas.

Restrições em matéria de revenda a outros operadores de rede

(117) Ao exigir a aprovação prévia por parte do operador da rede visitada, a alínea c) da cláusula 11 do acordo limita também a revenda dos direitos de itinerância a outros operadores de rede licenciados. As partes alegaram que esta restrição é necessária para permitir o planeamento da capacidade das redes e para garantir a qualidade do serviço. Todavia, não é necessário analisar estes argumentos. A venda de acesso de itinerância por grosso de 3G entre operadores de redes licenciados de 3G foi identificada como constituindo uma restrição da concorrência, por si só. Consequentemente, a limitação imposta a outros operadores de rede licenciados de 3G que adiram a esta forma de cooperação não pode ser interpretada como uma restrição da concorrência. Em contrapartida, caso uma das partes celebre um acordo de revenda de volumes significativos de acesso a itinerância nacional a outro ou aos dois outros operadores de rede licenciados de 3G, seria necessário analisar tal facto à luz das regras da concorrência.

Intercâmbio de informações para fins de itinerância nacional

(118) A cláusula 2.6 do acordo impede as partes de «trocarem informações importantes em termos concorrenciais». Neste contexto, as partes declararam que não trocarão informações sobre previsões de requisitos de capacidade futura, a saber, sobre o número de clientes e respectivas necessidades específicas.

(119) As partes procederão no entanto ao intercâmbio de dados técnicos importantes, absolutamente necessários para fornecer um serviço de itinerância sem descontinuidades, designadamente o número de canais, identificação de clientes (CID) e informação sobre identificação de interligações. A itinerância sem descontinuidades depende de «transferência sem descontinuidades» entre as duas redes envolvidas, designadamente, que ocorrem sem que o cliente tenha de efectuar uma ligação manual a outra rede quando muda de redes. Para permitir a transferência sem descontinuidades entre células, há que dar conhecimento dos parâmetros de rádio pertinentes à rede visitada, a saber, a identidade da célula, as suas coordenadas de localização geográfica, a altura da antena, tipo de antena, direcção do principal raio rádio, atenuação de cabo e desempenho do nó B. Uma vez que esta informação é absolutamente necessária para a itinerância nacional, o seu intercâmbio não constitui uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE que exija uma apreciação individual.

8.2. **Efeitos no comércio entre os Estados EEE**

(120) As condições de acesso à infra-estrutura de 3G e aos serviços de operadores de redes móveis por grosso afectam o comércio entre os Estados EEE. Tal deve-se ao facto de os serviços fornecidos por redes de telecomunicações serem comercializados no espaço EEE — por exemplo, término por grosso de chamadas internacionais bem como acesso por grosso a itinerância internacional de 3G — e de as condições de acesso às infra-estruturas de telecomunicações e aos serviços por grosso determinarem a capacidade de outros operadores, fornecedores de serviços e MVNO's que precisam desse tipo de acesso para fornecerem os seus próprios serviços ([60]). As condições de partilha da rede afectarão também a compra de equipamento de rede a produtores deste tipo de equipamento localizados nos diferentes Estados EEE. Acresce ainda que o investimento e a entrada no mercado de 3G bem como os serviços são fundamentalmente transfronteiriços no espaço EEE. Assim sendo, as condições de acesso às infra-estruturas e serviços grossistas de 3G afectam significativamente não apenas o clima de investimento entre os Estados EEE, em matéria de infra-estruturas e serviços de 3G, mas também afectam as condições de entrada no mercado, incluindo tais entradas efectuadas por operadores, fornecedores de serviços, MVNO's e fornecedores de conteúdos de outros Estados EEE.

([58]) JO L 336 de 29.12.1999, p. 21. Ver a comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais (JO C 291 de 13.10.2000, p. 1, ponto 52).

([59]) Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2, ponto 25).

([60]) Ver a comunicação relativa ao acesso, pontos 144-148.

8.3. Aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE

(121) Tal como anteriormente analisado, as cláusulas do acordo (com a nova redacção que lhes foi dada) relativamente à itinerância nacional inserem-se no âmbito do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, uma vez que as disposições em matéria de itinerância nacional entre as partes têm consequências apreciáveis para a concorrência e afectam o comércio entre os Estados do EEE. Um acordo que viole o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE pode ser objecto de isenção desde que observe as seguintes condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE:

a) Contribuir para melhorar a produção ou a distribuição de produtos ou serviços e para promover o progresso técnico ou económico;

b) Reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante;

c) Não impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

d) Não dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

8.3.1. *Contribuição do acordo para melhorar a produção ou distribuição e para promover o progresso técnico ou económico*

(122) O acesso à itinerância nacional de 3G virá permitir que a parte em itinerância forneça uma melhor cobertura, qualidade e débitos de transmissão de serviços a retalho e por grosso de 3G, mais rapidamente. A venda de acesso a itinerância irá permitir que o operador da rede de acolhimento detenha recursos adicionais para investir na sua própria rede, permitindo-lhe utilizar a sua capacidade de rede mais integralmente e numa fase anterior à que seria possível noutras circunstâncias e, consequentemente, fazê-lo de uma forma mais eficaz. Mesmo que, na prática, apenas uma das partes venha a exercer os direitos de itinerância ao abrigo do acordo, a utilização de redes em conjunto permitir-lhe-á aceder a uma maior densidade de rede e a uma maior área útil de cobertura do que lhe seria possível fornecer individualmente, tornando os seus serviços a retalho e por grosso mais atraentes para os utilizadores. A concorrência decorrente da existência de, pelo menos, dois outros operadores ao nível da rede garante que o incentivo das partes para obterem maior densidade e uma mais ampla área útil de cobertura em conformidade com a assunção comercial de serviços de 3G seja mantida e que não se limitarão a economizar nos custos da sua própria rede. Dada a existência de concorrência por parte destes operadores, bem como de diversos fornecedores de serviços e, eventualmente, de MVNO ao nível retalhista, as partes continuarão também individualmente a ter um incentivo para fornecerem uma gama mais vasta de serviços de melhor qualidade.

Itinerância da O2 Germany na rede de 3G da T-Mobile dentro da área de cobertura dos 50 %

(123) A itinerância da O2 Germany na rede de 3G da T-Mobile dentro da área sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população até 31 de Dezembro de 2005 é susceptível de originar uma maior escolha e competitividade quer ao nível retalhista quer grossista. Em especial, a itinerância móvel através da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro desta área permitirá à O2 Germany, desde o início, oferecer uma melhor cobertura, qualidade e débitos de transmissão para os seus serviços do que lhe seria possível numa base autónoma durante a sua fase de implantação em concorrência com outros fornecedores de serviços a retalho e por grosso de 3G.

(124) A rede da O2 Germany possuirá os requisitos regulamentares antes de 31 de Dezembro de 2005. No entanto, tratando-se do operador mais pequeno no mercado móvel alemão, com uma pequena quota do mercado de 2G (cerca de 8 %), é improvável que adquira uma posição que lhe permita obter rapidamente uma rede de alta qualidade abrangendo uma área suficiente que permita à empresa competir com eficácia, desde o princípio, com outros operadores licenciados no mercado de redes e serviços de 3G, na Alemanha. Devido à importância das vantagens dos pioneiros, é provável que tal venha a limitar a capacidade para competir com eficácia, sendo susceptível de afectar a competitividade global do mercado alemão. Consequentemente, há benefícios económicos, neste caso ao permitir que a O2 Germany beneficie de itinerância mesmo dentro dos grandes centros urbanos por um pequeno período de tempo até ter construído uma rede eficaz. A itinerância virá também a permitir à O2 Germany lançar serviços de 3G mais cedo, gerando assim um rendimento adicional para a empresa. Isto contribuirá para a empresa financiar a implantação da rede de 3G, permitindo reduzir a forma como depende da rede de itinerância da T-Mobile.

(125) Acresce ainda que, se a O2 Germany tiver capacidade para concentrar os seus investimentos de rede em áreas de maior procura, designadamente nos principais centros urbanos, apoiando-se na itinerância em áreas urbanas de importância económica secundária por um período mais longo, mas ainda assim limitado, tal permitirá o fornecimento de melhores serviços a retalho e por grosso, incluindo na sua própria rede, do que seria possível de outro modo. Nas áreas subterrâneas, o acesso à itinerância é necessário para permitir a cobertura ininterrupta em áreas de importância estratégica para o consumidor, embora existam regras de segurança e requisitos de autorização de construção que limitam a capacidade da O2 Germany para criar rapidamente redes separadas em tais locais. Uma isenção mais longa poderá, consequentemente, ser justificada para estas áreas específicas.

Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %

(126) A itinerância móvel da O2 Germany na rede da T-Mobile fora da área sujeita à obrigação regulamentar de fornecimento de cobertura a 50 % da população até 31 de Dezembro de 2005 virá permitir, em especial à O2 Germany, tornar-se um concorrente activo que oferece cobertura nacional nos mercados retalhistas de 3G. As partes forneceram provas que demonstram que, sem o acordo, seria improvável que, com os actuais calendários de planeamento, a O2 Germany pudesse oferecer uma cobertura além [(*)]. Há ainda que salientar que nos mercados móveis de 2G, onde a O2 Germany penetrou igualmente, recorrendo no início numa medida significativa à itinerância nacional na rede da T-Mobile, a O2 Germany alcançou já a sua própria cobertura de rede nacional, tendo ultrapassado os requisitos da sua licença, ao construir a sua rede de acordo com a procura do mercado em termos dos serviços que fornece.

(127) Em consequência do acordo, a O2 Germany poderá também revender, fora das áreas abrangidas pelas suas obrigações no âmbito da sua licença, acesso de itinerância nacional aos MVNO de dados e *airtime* de 3G por grosso, a nível nacional, a fornecedores de serviços. O acordo promove assim a concorrência nos mercados de itinerância nacional de 3G, para *airtime* por grosso e ao nível retalhista, contribuindo consequentemente para a produção e distribuição destes serviços. Considerando que se espera que os serviços de 3G implicados venham a constituir uma vasta gama de novos produtos tecnicamente avançados de qualidade e funcionalidade melhoradas relativamente aos serviços de 2G, o acordo promove também o progresso técnico e económico.

(128) O acordo sobre itinerância nacional permite às partes, em especial à T-Mobile, uma utilização mais intensiva e, consequentemente, mais eficaz da sua rede, em especial em áreas menos densamente povoadas. Ao permitir à T-Mobile usufruir de maiores benefícios económicos do seu investimento em infra-estruturas, a itinerância constitui um incentivo suplementar para fornecer uma cobertura de rede mais global, com melhor qualidade e débitos de transmissão mais elevados. Tal contribui também para a produção e a distribuição dos serviços envolvidos, bem como para o progresso técnico e económico.

8.3.2. *Reserva aos utilizadores finais de uma parte equitativa do lucro resultante do acordo*

(129) Ao permitir que a O2 Germany, em primeiro lugar, pudesse competir de uma forma mais eficaz durante a sua fase de implantação e, em segundo lugar, pudesse emergir como um fornecedor nacional de serviços a retalho e por grosso de 3G (ou, em qualquer dos casos, na qualidade de fornecedor da mais ampla área geográfica susceptível de existir na altura), o acordo sobre itinerância nacional de 3G contribuirá para aumentar a concorrência na rede móvel digital e nos mercados de serviços. A concorrência evoluirá mais rapidamente e os concorrentes terão incentivos para introduzirem novos serviços no mercado, ficando também sujeitos a uma maior pressão para reduzir os preços em resultado de uma maior entrada no mercado com uma cobertura mais vasta baseada no acesso de itinerância nacional de 3G entre as partes. Eventualmente, tal permitirá aos consumidores beneficiarem mais cedo de uma gama mais vasta de serviços de 3G novos e tecnicamente mais avançados, que se espera tenham maior qualidade, e de uma gama de escolha mais vasta relativamente aos serviços de 2G, aumentando a probabilidade de concorrência a nível de preços.

(130) As partes forneceram uma indicação clara dos benefícios potenciais para o consumidor relativamente a um maior número de entradas no mercado em termos de evolução de preços. Apresentaram provas no sentido de a entrada do terceiro e quarto operadores nos mercados móveis de 2G, na Alemanha, ter conduzido a reduções anuais no índice de preços a retalho móveis de cerca de 20 %. Na altura, a entrada da O2 Germany no mercado móvel de 2G, na qualidade de quarto operador nacional, dependia em grande parte do fornecimento de itinerância nacional pela T-Mobile. Acresce ainda que, em consequência da maior concorrência ao nível retalhista, os benefícios económicos de uma maior concorrência ao nível do acesso à itinerância nacional disponível para os MVNO de dados, bem como da revenda de *airtime* por grosso para serviços nacionais a fornecedores de serviços (ou a MVNO que actuam na qualidade de fornecedores de serviços) são susceptíveis de se repercutirem nos utilizadores finais.

8.3.3. *Carácter indispensável das restrições envolvidas*

Itinerância nacional

(131) As cláusulas do acordo (tal como alterado) que prevêem itinerância nacional são indispensáveis para os benefícios acima apresentados.

(132) No que respeita à itinerância dentro da área de cobertura dos 50 %, convém precisar que as características geográficas específicas da Alemanha, bem como o seu padrão de distribuição da população, significam que, relativamente a outros Estados-Membros, como por exemplo o Reino Unido, a cobertura deve ser assegurada relativamente a um maior número de centros urbanos na Alemanha, com um número relativamente mais pequeno de habitantes. Acresce ainda que a população global da Alemanha é significativamente superior à do Reino Unido ou de qualquer outro Estado-Membro. Considerando que a situação comercial das redes de 3G não justifica, actualmente, uma cobertura uniforme a nível nacional, embora, de acordo com a evolução esperada da procura, a cobertura se venha a espalhar de forma mais gradual a partir dos centros urbanos e, possivelmente, dos principais eixos de transporte, o que significa que a cobertura de uma percentagem significativa da população urbana alemã exige investimentos relativamente maiores. Mesmo a concentração de investimentos nas áreas mais densamente povoadas não deixa de implicar a criação e conexão da cobertura de redes para um número relativamente elevado de áreas geograficamente independentes.

(133) Finalmente, a O2 Germany, na qualidade de quarto operador de rede a entrar nos mercados de GSM na Alemanha, é um operador com uma base de clientes relativamente pequena, que, consequentemente, tem um acesso mais limitado a recursos financeiros do que operadores implantados há mais tempo. Dado que a O2 Germany tem menos clientes na sua rede de 2G, possui também uma capacidade adicional considerável em matéria de serviços vocais, reduzindo assim a necessidade de investimentos na rede de 3G para fins que não impliquem os serviços de banda larga, que exigem uma elevada densidade de rede. Assim sendo, o facto de a itinerância da O2 Germany depender da rede de 3G da T-Mobile, mesmo nas principais áreas urbanas, durante um período de tempo limitado, é considerado equilibrado e indispensável, quando tal poderia não ser necessariamente o caso relativamente a operadores com posições de mercado mais sólidas.

Restrições à revenda a «MVNO de voz»

(134) As partes pretendem exercer controlo prioritário sobre quem detenha o acesso grossista às suas redes de 3G fora das categorias abrangidas pela legislação e regulamentação nacionais — designadamente o fornecimento de *airtime* por grosso a fornecedores de serviços — exceptuando os MVNO que forneçam serviços de dados ou actuem na qualidade de fornecedores de serviços vocais. Consequentemente, exigem consentimento prévio por parte do operador de acolhimento antes de permitirem a revenda de acesso de itinerância aos «MVNO de voz», designadamente os que fornecem não só telefonia vocal mas também serviços equivalentes. Ao restringir a revenda do acesso de itinerância para o fornecimento de serviços vocais aos MVNO que não investiram em licenças ou infra-estruturas de redes de 3G, as partes pretendem proteger a sua própria capacidade de implantação de redes de 3G e salvaguardar os seus investimentos, permitindo-lhes oferecer serviços de 3G tecnicamente avançados aos utilizadores finais.

(135) Sem a capacidade para controlar o acesso às suas redes e, consequentemente, proteger os seus investimentos da erosão dos preços a retalho relativos a serviços vocais dos «MVNO de voz» baseados na revenda de capacidade de itinerância, as partes não poderiam oferecer reciprocamente essa capacidade de itinerância. Esta hipótese é plausível porque as partes forneceram cálculos que demonstram que as receitas perdidas ao nível grossista em consequência da recusa de acesso de itinerância recíproca seria compensada evitando a perda de receitas a nível retalhista que, de outro modo, ocorreria. Sem acesso à itinerância nacional para serviços de 3G na rede T-Mobile, a O2 Germany seria um concorrente menos eficaz durante toda a fase de implantação, sendo improvável que entrasse nos mercados retalhista e grossista de 3G na qualidade de concorrente a nível nacional (ou, em qualquer dos casos, como concorrente com a capacidade de oferecer maior âmbito geográfico do que o previsto nessa altura. Acresce ainda que se perderiam os benefícios da venda, pela T-Mobile do excesso de capacidade da sua rede à O2 Germany. Perder-se-iam também outros benefícios em termos de concorrência acrescida com base na entrada em melhores condições da O2 Germany no mercado e numa maior qualidade de cobertura de rede e em débitos de transmissão acrescidos. Consequentemente, a restrição é necessária ao acordo e aos benefícios que introduz.

(136) A restrição não afecta a liberdade das partes de oferecerem a qualquer outra parte acesso por grosso às suas próprias redes. Além disso, o seu âmbito é limitado visto que o acordo não permite a revenda de acesso grossista relativamente a serviços vocais de 3G a fornecedores de serviços e a MVNO que operem na qualidade de fornecedores de serviços, permitindo a revenda de acesso grossista relativamente à itinerância nacional para serviços de dados de 3G a MVNO, sem quaisquer restrições, quando se espera que os serviços de dados constituam o centro dos mercados retalhistas de 3G. Assim sendo, a concorrência é afectada apenas nos mercados vocais de 3G. Nesta acepção, a restrição é proporcional aos objectivos que pretende atingir. Consequentemente, actualmente não existe um meio menos restritivo do que a limitação da revenda da capacidade de itinerância de serviços vocais aos MVNO susceptível de conduzir a um resultado significativamente idêntico.

Ausência de eliminação da concorrência no que respeita a grande parte dos bens e serviços em questão

(137) Tal como já referido, a concorrência entre os quatro operadores licenciados de redes e serviços de 3G que pretendem implantar redes de 3G na Alemanha, e entre fornecedores de serviços, bem como por MVNO, excepto os que operam no âmbito da revenda da capacidade de itinerância para serviços vocais, é reforçada pelo presente acordo.

(138) O acordo permite também a concorrência eficaz entre as partes. Apesar de se apoiar na itinerância para parte da sua cobertura, o operador da rede local controlará a sua própria rede de base, o que lhe permitirá oferecer serviços diferenciados. Além disso, a cláusula 5.6 do acordo prevê que, para que se garanta a concorrência dos serviços entre as partes, compete a cada uma delas assegurar que os clientes em itinerância só possam ter acesso à carteira de serviços e à rede de terceiros de que dispõem na sua rede local, não dispondo de acesso aos serviços oferecidos na rede visitada nem de acesso a terceiros através da rede visitada.

(139) A capacidade do operador de rede local para manter o controlo do tráfego gerado pelos seus clientes fora dessa mesma rede e para fornecer acesso a serviços não disponíveis na rede de acolhimento melhora com a utilização da tecnologia CAMEL (Customised Application for Mobile network Enhanced Logic), incluindo através da possibilidade de «call-back». Tudo isto é ilustrado pela actual disponibilidade de serviços de 2G em diferentes localizações prestados aos utilizadores da O2 Germany em itinerância na rede da T-Mobile, de uma forma superior àquilo de que dispõem os utilizadores da T-Mobile na mesma rede. Quanto aos serviços a retalho de 3G, o controlo dos serviços disponibilizados aos utilizadores finais em itinerância aumentará, visto que, relativamente a todas as transferências de dados, os utilizadores estarão ligados à rede de dados em pacote através da sua rede local.

(140) Acresce que a responsabilidade pela tarifação e pela facturação continua a ser do operador local. Embora os dados relativos a esta matéria sejam fornecidos pelo operador de acolhimento ao operador local, não há qualquer relação directa entre as condições comerciais de oferta de itinerância por grosso e os serviços a retalho específicos com base nesta oferta. Um exemplo é a facturação de tipo «click-based» oferecida pela O2 Germany pelos seus serviços de 2,5G, mas não pela T-Mobile.

(141) Os custos por grosso da itinerância de 3G são apenas custos de transporte, ainda que significativos, para além dos custos de conteúdo que se lhe vêm juntar, esperando-se que, relativamente aos serviços de dados de 3G de conteúdos ricos o aumento seja significativo quando comparado com os custos de transporte ao longo do tempo. No que respeita à rede de base, os custos dos operadores variam consoante a sua opção de fornecedores de equipamento, modo de transmissão dentro da rede de base (por exemplo, com base em linhas alugadas fixas ou numa rede de ondas micro sem fios), relação entre o número de utilizadores e a capacidade disponível, custos de exploração e operações e manutenção. Finalmente, considerando a existência de uma margem entre as taxas por grosso aplicáveis e a previsão das taxas a retalho, e considerando que a maior parte do tráfego não será em itinerância, é provável que se mantenha um grau significativo de diferenciação de preços.

(142) Consequentemente, a eliminação da concorrência dos MVNO com base na revenda da capacidade de itinerância para serviços vocais pelas partes é substancialmente compensada pelos efeitos pró-concorrenciais globais do acordo notificado, mantendo-se possível uma concorrência efectiva entre as partes. Posto isto, não é eliminada a concorrência, na sequência do acordo, relativamente a uma parte substancial de qualquer dos mercados identificados.

8.3.4. *Conclusão*

A Comissão conclui que são observadas todas as condições para uma isenção individual de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente às restrições da concorrência relacionadas com o acordo sobre itinerância nacional por grosso de 3G entre as partes e à restrição de revenda da capacidade de itinerância aos MVNO.

8.4. **Duração da isenção**

(143) Nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 17 e do Protocolo 21 do Acordo EEE respectivamente, a Comissão elaborará uma decisão em conformidade com o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, relativa a um período específico, que pode ser sujeita a condições e/ou obrigações.

(144) Considerando que os mercado afectados pelas restrições do acordo são mercados emergentes, os efeitos prováveis das restrições não podem ser apreciados por um período que exceda substancialmente cinco anos, ou seja, em qualquer dos casos, nunca além de 31 de Dezembro de 2008. Em conformidade com o artigo 6.º do Regulamento n.º 17, qualquer decisão nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE não pode entrar em vigor numa data anterior à da notificação. Consequentemente, a isenção terá efeitos a partir de 6 de Fevereiro de 2002. A duração da isenção para cada uma das partes é justificada seguidamente (considerando 145 e seguintes).

Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro da área de cobertura de 50 %

(145) A obrigação de cobertura de 50 % da população diz respeito a áreas urbanas com o maior potencial para concorrência em matéria de infra-estruturas. Posto isto, a isenção relativa à itinerância nesta área só pode ser justificada para o período de tempo em que a cooperação contribui para promover a concorrência durante a fase inicial de implantação da rede e para promover o lançamento comercial e a adopção inicial de serviços a retalho de 3G.

(146) Para garantir que os incentivos da O2 Germany no sentido de construir a sua própria rede de elevada qualidade sejam mantidos, a duração da isenção baseia-se numa retirada progressiva da itinerância dentro da área de cobertura de 50 % da população, de acordo com um calendário fixado. Tal calendário aplica-se às áreas 1, 2 e 3, tal como definido na secção 4.3.1. Esta retirada progressiva terá início em 31 de Dezembro de 2005 na área 1, que abrange as principais áreas urbanas, correspondentes a cerca de [(*)] da população alemã. Segue-se-lhe a itinerância na área 2, até 31 de Dezembro de 2007, que corresponde a cerca de [(*)] da população alemã e, até 31 de Dezembro de 2008, na área 3, o que corresponde aproximadamente a [(*)] da população alemã. As cidades e as regiões nas áreas 2 e 3 abrangem áreas urbanas mais pequenas de importância comercial secundária. No que respeita às áreas subterrâneas, a O2 Germany pode continuar a itinerância até 31 de Dezembro de 2008. Exceptuando alterações significativa não previstas do ambiente comercial e regulamentar, a justificação económica para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE à itinerância na área de cobertura de 50 % da população após esta data deixará de se aplicar a partir de 31 de Dezembro de 2008.

(147) Após as datas especificadas na secção 4.3.1 e na sequência da comunicação enviada às partes, a Comissão revelará, de uma forma adequada, as listas de cidades e regiões das áreas 1, 2 e 3.

Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %

(148) Considerando que a área para além da que está sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população abrange áreas menos densamente povoadas e menos atraentes comercialmente da Alemanha, pode justificar-se uma isenção à itinerância nesta área por um período mais longo, em especial considerando que as partes ultrapassam as suas obrigações regulamentares de cobertura de parte das zonas mais afastadas, zonas rurais e comercialmente menos atraentes da Alemanha.

(149) Todavia, no acordo, os mercados afectados pelas restrições são mercados emergentes e, consequentemente, os efeitos prováveis dessa restrições não podem ser avaliados durante um período que exceda substancialmente cinco anos. Por conseguinte, a Comissão considera adequado conceder uma isenção até 31 de Dezembro de 2008. Tal facto não exclui que a situação comercial e regulamentar que prevaleça no final desse período possa revestir moldes que impliquem que o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE continue a aplicar-se à itinerância em partes da área para além da sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população.

Restrições à revenda aos «MVNO de voz»

(150) As restrições à revenda aos «MVNO de voz» estão intimamente relacionadas com o fornecimento de itinerância, visto que, sem as disposições de itinerância, as restrições à revenda não teriam qualquer objectivo e sem as restrições à revenda a venda de direitos de itinerância não teria sido objecto de acordo entre as partes. Para preservar a lógica das restrições à revenda e o equilíbrio comercial entre as partes, em conformidade com o estabelecido no acordo, este paralelismo deverá ser mantido no que respeita à duração da isenção. Consequentemente, a Comissão considera adequado conceder uma isenção à restrição de revenda aos «MVNO de voz» até 31 de Dezembro de 2008.

(151) A presente decisão não prejudica a aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE.

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO

Artigo 1.º

Com base nos factos de que tem conhecimento, a Comissão não tem motivos para agir em conformidade com o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE ou do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente às disposições do acordo de 20 de Setembro de 2001 e dos seus acordos suplementares de 20 de Setembro de 2002, de 22 de Janeiro de 2003 e de 21 de Maio de 2003, os quais se referem à partilha (alargada) de sítios entre a T-Mobile e a O2 Germany, no que respeita à troca das informações necessárias para a partilha de sítios e no que respeita às restrições do acordo relativamente à revenda de itinerância nacional a outros operadores de rede licenciados.

Artigo 2.º

Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE e sem prejuízo dos artigos 3.º e 4.º da presente decisão, o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável ao fornecimento de itinerância nacional de 3G pela T-Mobile à O2 Germany, dentro da área sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população, até 31 de Dezembro de 2005, e durante os períodos seguintes:

a) De 6 de Fevereiro de 2002 até 31 de Dezembro de 2005, relativamente às cidades mencionadas na área 1 ([61]), excepto nas áreas subterrâneas;

b) A partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2007, relativamente às regiões na lista da área 2 ([62]), excepto nas áreas subterrâneas;

c) A partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2008, relativamente às regiões da área 3 ([63]) e em áreas subterrâneas das cidades e regiões incluídas nas áreas 1, 2 e 3.

Por «áreas subterrâneas» entende-se qualquer área dentro das cidades e regiões incluídas nas áreas 1, 2 e 3 que constituam parte de um sistema de transportes públicos subterrâneos (incluindo caminhos-de-ferro e metro), centros comerciais subterrâneos, parques de estacionamento subterrâneos, túneis para veículos e peões e quaisquer outras áreas subterrâneas equivalentes, bem como as áreas imediatamente adjacentes (ao nível do solo), mas apenas na medida em que as áreas subterrâneas e as áreas ao nível do solo não possam ser tecnicamente separadas para fins de itinerância.

Artigo 3.º

Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável a partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2008, ao seguinte:

a) Fornecimento de itinerância nacional de 3G entre a T-Mobile e a O2 Germany fora da área abrangida pela obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população, até 31 de Dezembro de 2005, tal como definido no capítulo 3 do acordo (secções 5 a 11);

([61]) A área 1 inclui [as grandes zonas urbanas (*)] que abrangem aproximadamente [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2005. A área 1 inclui: [(*)].

([62]) A área 2 inclui [as pequenas zonas urbanas] [de interesse comercial secundário (*)] abrangidas aproximadamente por [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2007. A área 2 inclui: [(*)].

([63]) A área 3 inclui [as pequenas zonas urbanas] [de pequeno interesse comercial (*)] que abrangem aproximadamente os restantes [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2008. A área 3 inclui: [(*)].

b) Restrições à revenda de direitos de itinerância nacional de 3G aos MVNO nas cláusulas 11.1.b e 11.1.c do acordo.

Artigo 4.º

São destinatários da presente decisão:

T-Mobile Deutschland
Landgrabenweg 151
D-53227 Bonn

e

O2 Germany & Co OHG
Georg Brauchle Ring 23-25
D-80992 München

Feito em Bruxelas, em 16 de Julho de 2003.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão