

COMMISSIONE CE

4 OTTOBRE 1995

N. 95/489/CEE

PARTI: GOVERNO ITALIANO
OMNITEL-PRONTO ITALIA

**Telecomunicazioni •
Telefonia mobile •
Concessione • Deposito
iniziale • Concorrenza •
Distorsione • Misure
correttive**

Il pagamento iniziale imposto a Omnitel-Pronto Italia di 750 mld. di lire ai fini del rilascio della concessione GSM rappresenta un'infrazione al combinato disposto dell'art. 90 par. 1 ed all'art. 86 del Trattato, poiché nella fattispecie non sareb-

be applicabile l'eccezione al regime generale prevista dall'art. 90 par. 2. Il versamento non rientra negli adempimenti (né in linea di fatto né in linea di diritto) compatibili con un'attività di impresa che abbia una missione d'interesse economico generale. Pertanto il deposito iniziale crea una distorsione alla concorrenza, non garantendo la parità di condizione, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, tra i gestori della radiotelefonia mobile GSM sul mercato italiano.

La commissione delle Comunità Europee, visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 90, par. 3,

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

considerando quanto segue:

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

L'impresa e i servizi interessati. — L'impresa Telecom Italia S.p.A. è controllata da STET, che detiene il 55% del suo capitale. STET è, a sua volta, controllata da IRI e di conseguenza dal governo italiano. Telecom Italia è pertanto un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 90, par. 1.

Con un fatturato di 26.700 Mrd di Lit, Telecom Italia è il sesto gestore delle telecomunicazioni nel mondo, dispone di un organico di 101.000 persone e può contare su più di 25 milioni di abbonati.

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

La telefonia mobile numerica cellulare basata sulla norma GSM (Global System for Mobile communications) è un servizio messo a punto di recente in Europa che consente agli utenti di fare e ricevere chiamate anche durante i loro spostamenti all'interno della Comunità e in altri paesi europei. Questo servizio che si avvale di un sistema numerico, di un apparecchio telefonico e di una carta SIM (Subscriber Identity Module) offre una maggior potenzialità rispetto ai servizi più tradizionali di radiotelefonia

operanti sulla base di una tecnologia analogica. La tecnologia numerica consente infatti, oltre ad una migliore qualità, la trasmissione di dati ad alta velocità; garantisce una maggiore riservatezza grazie al sistema di codifica e un migliore sfruttamento delle frequenze rispetto ai sistemi analogici. Inoltre il sistema GSM è basato su norme comuni europee nel quadro delle bande di frequenza comuni approvate a livello comunitario, e contrariamente ai sistemi analogici spesso incompatibili tra uno Stato membro e l'altro, ha tutte le caratteristiche per costituire uno dei servizi paneuropei la cui promozione rappresenta uno degli obiettivi principali della politica dell'Unione europea in materia di telecomunicazioni. Infine è opportuno rilevare il carattere particolarmente dinamico del nuovo mercato derivante dai servizi GSM. Secondo alcuni studi il numero degli utenti nell'Europa occidentale potrebbe passare da poco più di un milione nel 1993 a 15-20 milioni nel 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VALUTAZIONE DELLA COMMISSIONE. — *Articolo 90, paragrafo 1.* — L'art. 90, par. 1, dispone che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono di-

ritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del trattato, specialmente a quelle relative alla concorrenza.

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

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

ART. 86. (Il mercato di cui trattasi). — Il mercato di cui trattasi è quello della gestione dei servizi di radiotelefonia mobile numerica cellulare. È opportuno distinguere tale mercato da quello della telefonia vocale nonché da quello (o da quelli) degli altri servizi di telecomunicazioni mobili.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Telecom Italia Mobile beneficia già di importanti vantaggi per poter conquistare una quota rilevante del mercato della radiotelefonía GSM:

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

— clienti potenziali: Telecom Italia Mobile conta più di 2,2 milioni di abbonati al servizio di radiotelefonía analogica TACS (febbraio 1995) e stipua 100.000 nuovi contratti al mese.

Tale servizio perderà comunque parte del suo interesse in futuro in considerazione delle più ampie possibilità offerte dal GSM. Il TACS è inoltre gestito nelle bande di frequenza riservate alla radiotelefonía mobile GSM. A termine, una parte degli abbonati del TACS dovranno quindi migrare verso il GSM. Pertanto Telecom Italia Mobile dispone già di una clientela potenziale per il suo servizio GSM;

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

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

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

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

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

i) estensione della posizione dominante dell'impresa pubblica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Infine il governo italiano rifiuta di abolire il versamento iniziale. Secondo il governo italiano l'abbandono di questo criterio di selezione comporterebbe necessariamente la riapertura della procedura di gara al fine di rispettare i principi di trasparenza e di non discriminazione. Secondo il governo italiano, la soppressione di un elemento come l'offerta di un importo da corrispondere per entrare sul mercato del GSM darebbe neces-

sariamente adito ad un nuovo procedimento di gara. I concorrenti avrebbero infatti potuto formulare in modo diverso la loro offerta in assenza del criterio relativo al versamento iniziale. Tale argomentazione è stata confermata con lettera del 10 agosto 1995.

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

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

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

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

Gli investimenti iniziali per l'installazione di una rete GSM in Italia ammontano a circa 2.000 Mrd di LIT. Il versamento iniziale, aggiungendosi agli investimenti iniziali, aumenta pertanto di oltre un terzo il fabbisogno finanziario del secondo gestore. Poiché Telecom Italia Mobile non è assoggettata allo stesso pagamento non è esatto affermare che il versamento iniziale non abbia rafforzato la posizione di quest'ultima. Telecom Italia Mobile può sfruttare le risorse finanziarie risparmiate in tal modo per ampliare la sua rete di distribuzione o per fare offerte speciali gli abbonati potenziali.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In nessun caso una scelta implicante la revoca della concessione potrebbe considerarsi un appropriato rimedio all'infrazione, tenuto conto del fatto che si eliminerebbe l'unico concorrente esistente di Telecom Ita-

lia Mobile sul mercato GSM e si estenderebbe l'attuale monopolio dell'impresa pubblica Telecom Italia in materia di telefonia fissa alla radiotelefonica GSM per tutta la durata necessaria al rinnovo della gara rendendo quindi ancora più difficile la concorrenza a causa dell'ulteriore vantaggio da essa acquisito in termini di tempo.

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONE. — Tenuto conto di quanto precede, la Commissione considera che lo svantaggio in materia di concorrenza costituito dal versamento iniziale imposto esclusivamente al secondo gestore per la concessione relativa alla gestione di una rete GSM in Italia rappresenta un'infrazione al combinato disposto dell'art. 90, par. 1 e dell'art. 86,

ha adottato la presente decisione:

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

- imponendo un pagamento identico a Telecom Italia Mobile, oppure
- adottando, previo accordo della Commissione, misure correttive equivalenti in termini economici al pagamento effettuato dal secondo gestore.

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

ART. 2. Il governo italiano è tenuto ad informare la Commissione delle misure adottate a tal fine entro il termine di tre mesi a decorrere dalla notifica della presente decisione.

ART. 3. La Repubblica italiana è destinataria della presente decisione.

RICHIAMI DI DOTTRINA E DI GIURISPRUDENZA

La decisione della Commissione dell'Unione Europea ha il merito di puntualizzare le problematiche che vertono sull'attività imprenditoriale attinente l'esercizio di una rete in GSM (Global System for Mobile communications).

Non dobbiamo dimenticare che il servizio GSM è stato concepito fin dall'inizio in sede comunitaria in regime di concorrenza. Infatti con il Libro verde sulle Telecomunicazioni (Com. 87-290 def.) veniva assunto il principio della progressiva liberalizzazione del settore, che comportava la previsione di un'apposita banda di frequenza (riserva delle frequenze comprese fra gli 890 e 915 Mhz e fra i 935 ed i 960 Mhz) e da assegnare al servizio in questione (Direttiva 87/372/CEE). L'opzione normativa esercitata poneva il GSM, insieme ai Gruppi Chiusi di Utenza e la trasmissione dati come settori sperimentali per valutare gli effetti del mercato su questo ambito (vedi al riguardo RAVAIOLI P., *La communauté européenne et les télécommunications: développements récents en matière de concurrence*, in *Rev. Intern. de Dr. Econ.*, 1991, II, 103 ss.; MAROTTA, *Telecomunicazioni*, in *Comm. intern.*, 1992 suppl. 8, XXIX; AMORY, *Telecommunications in the European Communities, the new regulatory framework*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftrecht*, 1992, n. 3, 82 ss.; EHLERMANN C.D., *Telekommunikation und Europäisches Wettbewerbsrecht*, in *Europarecht*, 1993, 134 ss.; CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza*, in questa *Rivista*, 1995, 120 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*, in *NGCC*, 1995, 162 ss.; LIMONE D.A., *La normativa comunitaria e la legislazione italiana sulle tecnologie dell'informazione*, in *Studi Frosini*, Milano, 1995, 158 ss.).

La liberalizzazione di questi settori subiva un'accelerazione soprattutto nel corso degli anni Novanta. Ci sembra opportuno ricordarne le fasi più salienti, anche se la telefonia mobile è stata sempre considerata *uti singuli* in sede comunitaria per la sua specificità. Con l'adozione della Direttiva sull'Open Network Provision (90/387/CEE) e quella cd. Servizi (90/388/CEE) la Comunità esprimeva inequivocabilmente la sua volontà in tal senso (vedi CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 79 ss.). Il Governo italiano sembrava, però, refrattario alle indicazioni comunitarie, se teniamo conto dei tempi di recepimento della Direttiva 90/388/CEE. Anzi, ci sembra, importante ricordare il travagliato *iter* di recepimento, anche per comprendere meglio le intenzioni della Commissione CEE in merito alle posizioni assunte dal Governo italiano in merito alla vicenda della telefonia GSM.

Il Parlamento italiano attribuiva pertanto *ex art.* 76 Cost. la delega legislativa al Governo per l'attuazione, fissando (*ex artt.* 1, 2, 72 legge 19 febbraio 1992, n. 142) i principi ed i criteri direttivi della delega. Entro un anno dalla sua entrata in vigore, seguendo l'*iter* previsto dall'art. 14 legge 23 agosto 1988, n. 400 si sarebbe emanato il decreto legislativo. Il Governo *ex art.* 2 legge n. 142/1992 avrebbe dovuto attenersi ad alcuni criteri, fra cui quello di legiferare assicurando che « nelle materie trattate dalla Direttiva da attuare, la disciplina disposta fosse pienamente conforme alle prescrizioni della Direttiva medesima ».

Con l'art. 72 veniva previsto che dal 1° gennaio 1996 non sarebbe potuto permanere alcun limite alle offerte al pubblico di « semplice rivendita di capacità di circuiti affittati », e quindi la riserva allo Stato sarebbe venuta meno.

Il Governo, invece di dar luogo alla delega legislativa per l'esecuzione della Direttiva 90/388/CEE, impugnò (insieme ai Governi di Francia, Spagna, Belgio) la direttiva stessa davanti alla Corte di giustizia della CEE, sostenendo che le disposizioni dell'art. 90 del Trattato CEE non attribuissero alla Commissione potere normativo in particolari settori della trasmissione dati a differenza di quanto faceva la Direttiva con gli artt. 1, 2, 4, 6, 8.

La decisione della Corte era attesa sia dai giuscomunitaristi sia da quanti, attenti ai rapporti tra le istituzioni comunitarie ed alle reciproche competenze, attendevano che la Corte tornasse a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 90 Trattato, in relazione agli artt. 86 e 59 del Trattato.

La Corte sottolineava come *ex art.* 90 n. 3 Trattato CEE gli era stata attribuita la competenza di specificare gli obblighi che discendono dal Trattato, poiché altrimenti, impedendo alla Commissione di precisare gli obblighi che derivano a carico degli Stati membri dall'art. 59, si priverebbe l'art. 90 di ogni suo effetto utile; pertanto, annullava la cd. Direttiva servizi nella parte in cui prevedeva che l'obbligo gravante sugli Stati membri di sopprimere i diritti speciali relativi alla gestione dei servizi di TLC, ritenendo la Commissione incompetente ad identificare in concreto il tipo di diritti speciali da sopprimersi da parte degli Stati.

Respingeva, però, in parte l'istanza dei ricorrenti, riaffermando la conformità delle norme della Direttiva al Trattato, fatta eccezione per l'art. 9 della Direttiva, che peraltro non incideva sulla liberalizzazione della trasmissione dati.

Nonostante l'esito sfavorevole all'istanza, il Governo italiano non emanò nel termine previsto nella legge delega (un anno dalla sua promulgazione), il decreto legislativo di cui all'art. 72 legge n. 142 del 1992 (ci si permette di rinviare al nostro, *La prestazione di servizio di telefonia per Gruppi Chiusi di Utenti fra la normativa comunitaria liberalizzatrice e le restrizioni normative del Legislatore italiano*, in questa Rivista, 1995, 412 ss.), con la conseguenza che sulla materia vivevano i principi *ex artt.* 183 ss. Codice Postale (per un commento delle norme del Codice Postale vedi QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Milano, 1978, 112 ss.; CHIAPPETTA, *Legislazione delle telecomunicazioni e telematica*, Milano, 1990, 19 ss.). Il Parlamento italiano è, pertanto, ritornato su questa problematica approvando una nuova legge delega per dare attuazione nel nostro ordinamento alla normativa di cui alla Direttiva 90/388/CEE: la legge 22 febbraio 1994, n. 146 (nota con la denominazione di legge comunitaria 1993) all'art. 54 ha delegato il Go-

verno a legiferare in materia di liberalizzazione di servizi di TLC. Il Governo ha predisposto la normativa che è stata emanata con il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 104 che ha definito l'ambito della liberalizzazione, specificando altresì la liberalizzazione di tutti i servizi diversi dal servizio di telefonia vocale, comprendendo nell'ambito sia la trasmissione dati che la telefonia GCU.

I servizi potranno essere esercitati previa apposita autorizzazione del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni. Il procedimento autorizzatorio non sembra possa precludere l'attività di quanti, avendo presentato la richiesta ed essendo in possesso dei requisiti previsti anche nella normativa comunitaria, abbiano intenzione di intraprenderla.

È prevista altresì una sorta di *outsourcing* (per una definizione di *outsourcing* vedi CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 71 ss.) per i GCU dall'art. 3 del successivo Regolamento di attuazione del decreto legislativo, e cioè del d.P.R. 4 settembre 1995, n. 420 (pubblicato su *G.U.* del 13 ottobre 1995), laddove prevede che l'installazione, il collaudo, l'allacciamento e la manutenzione degli apparati di rete debbono essere effettuati dalle imprese autorizzate ai sensi del D.M. 23 maggio 1992, n. 314.

Durante l'*iter* del decreto legislativo iniziava altresì a prendere forma una giurisprudenza in materia: il comportamento di Telecom Italia, che forte di una presunta diretta inapplicabilità della normativa comunitaria sembrava abusare della sua posizione monopolistica diveniva oggetto di due ordinanze per provvedimenti d'urgenza *ex art.* 33, comma 2, legge n. 186/1990 della Corte d'Appello di Milano, di cui la prima su ricorso di Telsystem (8 ottobre 1994) e la seconda su ricorso di Telecom (11 novembre 1994) (per un loro commento vedi CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza*, in questa *Rivista*, 1995, 120 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*, in *NGCC*, 1995, I, 162 ss.), nonché di una decisione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (Decisione 10 gennaio 1995, n. 2662, con un nostro commento, *La prestazione di servizio di telefonia per Gruppi Chiusi di Utenti fra la normativa comunitaria liberalizzatrice e le restrizioni normative del legislatore italiano*, in questa *Rivista*, 1995, 412 ss.), successivamente impugnata (con esito sfavorevole a Telecom) in sede giurisdizionale amministrativa (vedi T.A.R. Lazio, Ordinanza dell'8 marzo 1995, in questa *Rivista*, 1995, 686 alla quale fa peraltro riferimento AMENDOLA, MOGLIA, *L'attività dell'Autorità garante per la promozione e la tutela della concorrenza nelle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1995, 267 ss.) ed infine davanti al Consiglio di Stato (C.d.S. in sede giurisdizionale, Sez. IV, Ordinanza n. 3589/95). Successivamente si è aggiunta la sentenza parziale di merito della causa Telsystem/Telecom con condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni (Corte d'Appello, Milano, 18 luglio 1995, in questa *Rivista*, 1995, 913).

L'anomalo *iter* per il recepimento della Direttiva 90/388/CEE pertanto non può non aver indotto una visione critica della Commissione CEE riguardo al processo di liberalizzazione della telefonia cellulare GSM in Italia, anche perché questa era stata incoraggiata in diverse sedi europee (ci si permette di rinviare al nostro, *La telefonia mobile GSM e l'Open Network Provision*, in questa *Rivista*, 1995, 904 ss.); in particolare la *Conferenza Europea delle Amministrazioni delle Poste e delle Telecomunica-*

zioni (CPT) ha raccomandato con il *Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services* (CEPT/ECTRA-92-57) di incoraggiare la concorrenza fra i gestori dei servizi GSM, anche abolendo i vincoli normativi limitanti questa prospettiva.

La risoluzione del Consiglio del 22 luglio 1993 riconosceva la necessità di elaborare anche in questo ambito un quadro giuridico coerente, dando incarico alla Commissione di presentare un documento specifico. La Commissione presentava nella primavera del 1994 il Libro verde su un'approccio comune in materia di comunicazione mobili e personali, proponendo alcuni orientamenti per la politica del diritto comunitario. In particolare veniva previsto un quadro regolamentare paneuropeo per il rilascio delle licenze, la gestione coordinata delle frequenze, l'elaborazione di nuovi standard per il sistema di comunicazione universale, con un'adeguata regolamentazione del mercato, nonché a segmentare i mercati e le tecnologie, orientando gli utilizzatori di fronte alla diversificazione dei prodotti e dei servizi. L'introduzione della concorrenza nel settore delle comunicazioni mobili comportava, però, per il Libro Verde due ordini di problemi, e cioè il carattere limitato delle risorse e delle frequenze e l'utilizzo delle tecnologie più sofisticate. Pertanto il Libro Verde additava agli Organismi comunitari alcuni obiettivi, da un lato lo sviluppo di un mercato unico per le apparecchiature, i terminali ed i servizi e l'identificazione di principi comuni per raggiungere tale obiettivo con la fornitura di una infrastruttura mobile, dall'altro lo sviluppo del mercato di servizi paneuropei, facilitando all'uopo lo sviluppo di reti e servizi trans-europei, volti ad assicurare lo sviluppo delle comunicazioni mobili compatibilmente con l'«interesse pubblico». Vengono, infine, individuati alcune cd. linee d'azione, che si estrinsecano in alcune proposte volte, da un lato, ad abolire i diritti esclusivi e speciali (con l'instaurazione di un sistema di «licenze», che per l'ordinamento amministrativo italiano sembrano assimilabili più alle autorizzazioni che alle licenze vere e proprie) e tutte le restrizioni alla fornitura di servizi mobili, dall'altro a liberalizzare le reti per consentire agli operatori di utilizzare le proprie reti o quelle di terzi ed infine la soppressione di tutte le restrizioni in materia di offerte congiunte di servizi che utilizzano le reti fisse e mobile conformemente al calendario generale stabilito per la completa liberalizzazione dei servizi di telefonia vocale. In seguito al dibattito politico-parlamentare che è seguito alla presentazione del Libro Verde, la Commissione ha presentato un Programma d'azione al riguardo con un progetto di Direttiva a modifica della Direttiva 90/388/CEE per rendere effettiva la liberalizzazione dei servizi di comunicazione mobile.

La Commissione ha, comunque, invitato il Governo italiano a porre fine al monopolio della allora SIP sulla telefonia cellulare, disposto dal D.M. 3 agosto 1985 (in *Gazzetta Ufficiale* del 31 agosto 1985) con il quale l'Amministrazione postale dettava alcune norme per lo svolgimento del servizio radiomobile pubblico veicolare da parte della concessionaria delle TLC, confermando anche in questo ambito tecnologico (ex art. 1, 13 agosto 1984, n. 523) la concessione in esclusiva dell'installazione e dell'esercizio degli impianti di telecomunicazione. Inoltre successivamente il D.M. 13 febbraio 1990, n. 33 seguendo la stessa impostazione metodologica del precedente decreto ministeriale, dava corso al sistema radiomobile di terza generazione consentendo l'utilizzo di apparati anche di tipo portatile.

Proprio i due Decreti ministeriali sollevavano particolari problemi compatibilmente con la Comunità Economica Europea. Il Ministero delle Poste addiveniva alla decisione di pubblicare un bando di gara per la gestione della rete di radiotelefonía GSM, che non prevedeva alcun versamento iniziale a titolo cauzionale. Il disciplinare di gara prevedeva, invece, che l'importo cauzionale *una tantum* sarebbe stato uno dei criteri per la selezione. La Commissione CEE esprimeva successivamente il suo rammarico sulle condizioni meno favorevoli che il Governo italiano aveva previsto per il rilascio della concessione al secondo gestore GSM, e quindi sia per il deposito cauzionale sia per il canone annuo minimo previsto indipendentemente dagli introiti effettuati. Anche dopo la scelta del secondo contraente la Commissione faceva presente di mantenere le proprie riserve impedienti la chiusura della procedura di infrazione. Successivamente la Commissione invitava ufficialmente il Governo italiano ad abolire l'obbligo imposto al secondo gestore di effettuare il versamento iniziale (comunicazione del 3 gennaio 1995). Alle contestazioni si aggiungevano però anche gli indirizzi comunitari sulla separazione contabile della gestione della telefonía mobile GSM auspicata dal Libro Verde sulla telefonía mobile (Com. 94/147 def.); Telecom, pertanto, provvedeva a costituire un'apposita società, sempre con logo Telecom (TIM) per non contravvenire alla propria Convenzione con il Ministero delle Poste che impediva all'art. 12 il trasferimento dei diritti derivanti dal contratto a terzi. Il gestore della rete fissa Telecom non potrà, comunque, anche ai sensi delle indicazioni contenute nella lettera dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato indirizzata al Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni il 17 marzo 1995, applicare ad *Omnitel* condizioni contrattuali e tariffarie diverse da quelle applicate a Telecom Italia Mobile (ci si permette di rinviare ancora al nostro, *La telefonía GSM e l'Open Network Provision*, in questa *Rivista*, 1995, 906 ss.).

In fase di attuazione del servizio Omnitel sorgevano, inoltre, ulteriori ragioni di lite da un lato per i prezzi e le modalità di installazione delle connessioni, dall'altro per i tempi di avvio dell'attività GSM di TIM, nonché per la sua presunta politica di *dumping* in merito alla combinata strategia di mercato fra telefonía mobile TACS (analogica) e GSM (digitale). L'Omnitel adiva ex art. 33, comma 2, legge n. 287/1990 la Corte d'Appello di Roma che, in seguito a Camera di consiglio, riteneva, con l'ordinanza n. 363 del 1995 (con il nostro commento pubblicato in questa *Rivista*, 1995, 901 ss.), non invocabile l'art. 3 della legge n. 287/1990 (e quindi l'abuso di posizione dominante) a carico della Telecom, poiché questi non aveva rifiutato nessuno dei punti di connessione alla rete GSM di Omnitel, rispettando l'ONP (sui principi dell'ONP vedi CARDARELLI, *Il regime giuridico dei servizi telematici in Italia ed in Francia*, in *Ann. dir. tecn. inform.*, 1993, 948 ss.); inoltre né il disciplinare di gara, né le Convenzioni (quella Omnitel è del 30 novembre 1994, mentre quella Telecom è del 16 dicembre 1994), né i decreti presidenziali di approvazione (i relativi dd.PP.RR. di approvazione recavano la data del, rispettivamente, 2 e 22 dicembre 1994) prevedono obblighi di contemporaneità dell'avvio e pertanto non appariva lesivo della concorrenza la scelta di un diverso tempo di avvio sulla concorrenza.

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato sollevava l'anomalia di una concorrenza che vedeva un unico soggetto in grado di operare sia nel settore della telefonía cellulare in TACS (in regime di monopolio) sia in quello della telefonía cellulare in GSM, che avrebbe potuto consen-

tire l'operarsi di sinergie nei due settori, con strategie che avrebbero risvolti svantaggiosi per il suo competitore nel segmento liberalizzato e cioè il GSM (vedi AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA DEL MERCATO, *Lettera al Ministero delle Poste sulle condizioni concorrenziali per la telefonia mobile GSM* (AS42), in *Pareri e segnalazioni, ottobre 1994-marzo 1995*, suppl. n. 2 al *Boll. Aut. gar. conc. merc.*, 1995, n. 13, 30 ss.; vedi al riguardo AMENDOLA, MOGLIA, *op. et loc. supra cit.*). L'Autorità garante non era però intervenuta sul disciplinare di gara per il secondo gestore del GSM in epigrafe a queste brevi note. La Commissione CEE ha, invece, ritenuto che la previsione di una sorta di deposito *una tantum* richiesto al privato concorrente fosse giustificabile dall'adempimento d'interesse economico generale ai sensi dell'art. 90 del Trattato CEE (vedi per tutti ORSELLO G.P., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1995, 341 ss.) e pertanto ha considerato una sorta di svantaggio concorrenziale l'obbligo di versamento iniziale di 750 miliardi imposto esclusivamente al secondo gestore, ravvisandovi un'infrazione al combinato disposto dell'art. 90 e dell'art. 86 Trattato CEE. Ha così previsto che anche a Telecom Italia Mobile venga imposto un simile (per natura ed entità) versamento oppure, che previo accordo con la Commissione, il Governo italiano adotti misure equivalenti (quale ad esempio la possibilità di scontare il versamento iniziale con il canone di concessione annuale) in termini economici al versamento effettuato dalla Omnitel. La Commissione non è intervenuta in merito alla differente entità del canone di concessione previsto a carico di Omnitel rispetto a quello di Telecom Italia Mobile; ciò non esclude che in un futuro anche prossimo la fattispecie non diventi oggetto di un ulteriore intervento della Commissione.

ALFONSO CONTALDO