

Richt snoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten

(2002/C 165/03)

(Voor de EER relevante tekst)

1. INLEIDING

1.1. Toepassingsgebied en doel van de richtsnoeren

1. In de onderhavige richtsnoeren worden de beginselen geformuleerd die de nationale regelgevingsinstanties („NRI's”) dienen toe te passen bij de analyse van de markten en daadwerkelijke mededinging in het bestek van het nieuwe regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.
2. Dit nieuwe regelgevingskader omvat vijf richtlijnen: Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten⁽¹⁾, hierna „de kaderrichtlijn” genoemd; Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten⁽²⁾, hierna „de machtigingsrichtlijn” genoemd; Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten⁽³⁾, hierna „de toegangsrichtlijn” genoemd; Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten⁽⁴⁾, hierna „de universele-dienstrichtlijn” genoemd; een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie⁽⁵⁾. Zolang deze laatste richtlijn evenwel niet formeel is vastgesteld, blijft Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector⁽⁶⁾, hierna „de gegevensbeschermingsrichtlijn” genoemd, de relevante richtlijn.
3. In het regelgevingskader van 1998 werd in de relevante specifieke richtlijnen vastgelegd welke marktgebieden van de telecommunicatiesector in aanmerking zouden komen voor voorafgaande regulering; zij werden niet volgens de beginselen van het mededingingsrecht gedefinieerd. Op deze gebieden hadden de NRI's krachtens het regelgevingskader van 1998 de bevoegdheid om een onderneming aan te wijzen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht wanneer zij een marktaandeel had van ten minste 25 %, met de mogelijkheid om van deze drempelwaarde af te wijken op grond van het vermogen van de onderneming om de markt te beïnvloeden, haar omzet in verhouding tot de omvang van de markt, de controle die zij over de toegangsmiddelen voor de eindgebruikers had, haar toegang tot financiële middelen en haar ervaring met het leveren van producten en diensten aan de markt.
4. In het nieuwe regelgevingskader worden de te reguleren markten gedefinieerd overeenkomstig de principes van

het Europese mededingingsrecht. Zij worden door de Commissie aangewezen in de aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna „de aanbeveling” genoemd) ex artikel 15, lid 1. Wanneer dit op grond van nationale omstandigheden gerechtvaardigd is, kunnen de NRI's nog andere markten aanwijzen, overeenkomstig de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn. Gaat het om transnationale markten die voor voorafgaande regulering in aanmerking komen, worden deze door de Commissie als zodanig aangewezen in een beschikking houdende vaststelling van transnationale markten ex artikel 15, lid 4, (hierna de „beschikking” genoemd).

5. Op al deze markten zullen de NRI's enkel ingrijpen door de ondernemingen verplichtingen op te leggen, wanneer er op de markten geen daadwerkelijke mededinging bestaat⁽⁷⁾ als gevolg van het feit dat de betrokken ondernemingen in een positie verkeren die kan worden gelijkgesteld met een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag⁽⁸⁾. Het begrip machtspositie is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie gedefinieerd als een situatie waarin een bedrijf een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Daarom zullen de Commissie en de NRI's zich binnen het nieuwe regelgevingskader, anders dan in het regelgevingskader van 1998, op de beginselen en methodieken van het mededingingsrecht baseren wanneer zij bepalen welke markten voor voorafgaande regulering in aanmerking komen en beoordelen of ondernemingen op deze markten aanmerkelijke marktmacht bezitten.
6. Deze richtsnoeren dienen als gids voor de NRI's bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden ten aanzien van het definiëren van de markten en het beoordelen van aanmerkelijke marktmacht. Zij zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 15, lid 2, van de kaderrichtlijn na overleg met de relevante nationale autoriteiten en een openbare raadpleging, met de resultaten waarvan naar behoren rekening is gehouden.
7. Op grond van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn moeten de NRI's zoveel mogelijk rekening houden met deze richtsnoeren. Dit zal een belangrijke rol spelen bij elke toetsing door de Commissie van de evenredigheid en wettigheid van de door de NRI's voorgestelde besluit, gelet op de beleidsdoelstellingen die in artikel 8 van de kaderrichtlijn zijn opgenomen.
8. In de onderhavige richtsnoeren komen de volgende onderwerpen aan bod: a) marktdefinitie, b) beoordeling van aanmerkelijke marktmacht, c) aanwijzing van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, en d) procedurele kwesties in verband met al deze onderwerpen.

9. Het doel van de richtsnoeren is de NRI's te helpen:

- de geografische dimensie af te bakenen van die product- en dienstenmarkten die in de aanbeveling worden genoemd; de NRI's hoeven niet de geografische omvang van eventuele transnationale markten af te bakenen, aangezien deze in de desbetreffende beschikkingen zal worden gedefinieerd;
- met behulp van de methode van hoofdstuk 3 van deze richtsnoeren een marktanalyse te maken van de mededingingsomstandigheden op de markten die in de aanbeveling en de beschikking worden genoemd of door de NRI's worden aangewezen;
- volgens de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn relevante nationale of subnationale markten voor producten en diensten aan te wijzen die niet in de aanbeveling zijn genoemd, wanneer dit op grond van nationale omstandigheden gerechtvaardigd is;
- na een marktanalyse ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt aan te wijzen en vooraf evenredige maatregelen op te leggen die coherent zijn met de bepalingen van het regelgevingskader, zoals beschreven in de hoofdstukken 3 en 4 van deze richtsnoeren;
- bij de toepassing van artikel 11, lid 1, onder f), van de machtigingsrichtlijn en artikel 5, lid 1, van de kaderrichtlijn door de lidstaten en de NRI's om er voor te zorgen dat ondernemingen de verplichting nakomen om de informatie te verstrekken die de NRI's nodig hebben om de relevante markten en de eventuele ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op die markten aan te wijzen;
- om te gaan met vertrouwelijke informatie die eventueel wordt verstrekt door:
 - ondernemingen uit hoofde van artikel 11, lid 1, onder f), van de machtigingsrichtlijn of artikel 5, lid 1, van de kaderrichtlijn;
 - de nationale mededingingsautoriteiten (NMA's) in het kader van de samenwerking waarin wordt voorzien door artikel 3, lid 5, van de kaderrichtlijn, en
 - de Commissie en de NMA van een andere lidstaat in het kader van de samenwerking waarin wordt voorzien door artikel 5, lid 2, van de kaderrichtlijn.

10. De richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:

Hoofdstuk 1 geeft een inleiding in en een overzicht over de achtergrond, het doel, het toepassingsgebied en de inhoud van de richtsnoeren. In **hoofdstuk 2** wordt de methode beschreven die door de NRI's moet worden gebruikt om de geografische omvang van de in de aanbeveling genoemde markten, alsmede de niet onder de aanbeveling vallende relevante markten te definiëren. In **hoofdstuk 3** worden de criteria gegeven voor het beoor-

delen van aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt. In **hoofdstuk 4** wordt een overzicht gegeven van de conclusies die de NRI's kunnen trekken op grond van hun analyse van de markt en worden de eventuele maatregelen beschreven die naar aanleiding daarvan kunnen worden getroffen. In **deel 5** worden de onderzoekbevoegdheden van de NRI's beschreven, worden voorstellen gedaan voor de procedures inzake coördinatie tussen NRI's onderling en tussen NRI's en nationale mededingingsautoriteiten, en worden de procedures beschreven voor coördinatie en samenwerking tussen NRI's en de Commissie. Tenslotte worden in **deel 6** de procedures beschreven voor openbare raadpleging en voor de bekendmaking van de door de NRI's voorgestelde besluiten.

11. Het hoofddoel van deze richtsnoeren is ervoor zorgen dat de NRI's een consequente aanpak volgen bij de toepassing van het nieuwe regelgevingskader, met name wanneer het gaat om de aanwijzing van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht conform de bepalingen van het regelgevingskader.
 12. De Commissie wil met de bekendmaking van de onderhavige richtsnoeren de belanghebbende partijen en ondernemingen die actief zijn in de sector elektronische communicatie, ook duidelijk maken hoe de NRI's bij de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van de kaderrichtlijn te werk moeten gaan, om aldus te zorgen voor een zo groot mogelijke transparantie en rechtszekerheid bij de toepassing van de sectorspecifieke regulering.
 13. De Commissie zal, wanneer nodig, de onderhavige richtsnoeren aanpassen in het licht van de ervaring met de toepassing van het regelgevingskader en toekomstige ontwikkelingen op het gebied van de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en het Europese Hof van Justitie.
 14. De onderhavige richtsnoeren houden geen enkele beperking in van de rechten die het Gemeenschapsrecht verleent aan personen of ondernemingen. Zij laten de toepassing van het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder de mededingingsregels, door de Commissie en de betrokken nationale autoriteiten, en de interpretatie hiervan door het Europese Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg, geheel onverlet. Deze richtsnoeren vormen geen bevelsel voor eventuele maatregelen van de Commissie of eventuele richtsnoeren die de Commissie in de toekomst nog zal publiceren met betrekking tot de toepassing van het Europese mededingingsrecht.
- 1.2. **Beginselen en beleidsdoelstellingen van sectorspecifieke maatregelen**
15. De NRI's moeten trachten de in artikel 8, leden 2, 3 en 4, van de kaderrichtlijn beschreven beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. Deze vallen in drie categorieën uiteen:
 - het bevorderen van een open en concurrerende markt voor elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten en bijbehorende faciliteiten;
 - het ontwikkelen van de interne markt, en
 - het bevorderen van de belangen van de Europese burgers.

16. Doel van het opleggen van ex ante-verplichtingen aan ondernemingen die zijn aangemerkt als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, is ervoor te zorgen dat deze marktmacht niet kan worden gebruikt om de mededinging op de relevante markt te beperken of te verstoren of om door hefboomwerking marktmacht op naburige markten te verkrijgen.
 17. Deze wettelijke verplichtingen mogen enkel worden opgelegd op die markten voor elektronische communicatie waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat sector-specifieke regulering gerechtvaardigd is en waarvoor de NRI heeft geconstateerd dat een of meer exploitanten over aanmerkelijke marktmacht beschikken.
 18. De product- en dienstenmarkten waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat sectorspecifieke regulering gerechtvaardigd is, worden aangewezen door de Commissie in de aanbeveling en wanneer de definitie van andere relevante markten op grond van nationale omstandigheden gerechtvaardigd is, door de NRI's volgens de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn⁽⁹⁾. Bovendien wordt in artikel 6 van de toegangsrichtlijn en de artikelen 18 en 19 van de universele-dienstrichtlijn nog uitdrukkelijk een aantal andere markten aangewezen.
 19. Van elk van deze relevante markten dienen de NRI's te bepalen of zij daadwerkelijk concurrerend zijn. De conclusie dat op een relevante markt daadwerkelijke mededinging bestaat, is equivalent aan de conclusie dat geen enkele exploitant een individuele of collectieve machtspositie op die markt bekleedt. Voor de toepassing van het nieuwe regelgevingskader betekent daadwerkelijke mededinging daarom dat er op de relevante markt geen onderneming actief is die alleen of samen met andere ondernemingen een individuele of collectieve machtspositie heeft. Wanneer een NRI concludeert dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, zal deze de ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op die markt aanwijzen en hetzij specifieke verplichtingen opleggen of, indien zulke verplichtingen al bestaan, deze handhaven of aanpassen, overeenkomstig artikel 16, lid 4, van de kaderrichtlijn.
 20. Wanneer een NRI krachtens artikel 16 van de kaderrichtlijn een marktanalyse uitvoert, dient zij een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt te maken op basis van de bestaande marktvoorwaarden. De NRI moet onderzoeken of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend⁽¹⁰⁾ is, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen. Bij de vaststelling van de termijn dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de markt en het vermoedelijke tijdstip van de volgende analyse van de betrokken markt door de NRI. De NRI's dienen bij hun analyse rekening te houden met gegevens uit het verleden, wanneer dergelijke gegevens relevant zijn voor de ontwikkelingen op die markt in de nabije toekomst.
 21. Indien een NRI een onderneming aanwijst als onderneming met aanmerkelijke marktmacht dient zij deze een of meer wettelijke verplichtingen op te leggen in overeenstemming met de relevante richtlijnen en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Bij wijze van uitzondering mag een NRI verplichtingen ten aanzien van toegang en interconnectie opleggen die verder gaan dan in de toegangsrichtlijn gespecificeerd, mits dit met voorafgaande toestemming van de Commissie gebeurt, als bepaald in artikel 8, lid 3, van die richtlijn.
 22. Bij de uitoefening van hun regelgevingstaken uit hoofde van de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn genieten de NRI's een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid die de complexiteit van het geheel van onderling verband houdende (economische, feitelijke en juridische) factoren weerspiegelt voor het aanwijzen van de relevante markten en eventueel de ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. Deze discretionaire bevoegdheden blijven evenwel onderworpen aan de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn.
 23. De door de NRI's uit hoofde van de richtlijnen vastgestelde reguleringsbesluiten zullen gevolgen hebben voor de ontwikkeling van de interne markt. Om eventuele negatieve effecten op het functioneren van de interne markt te voorkomen, moeten de NRI's ervoor zorgen dat zij de bepalingen waarop deze richtsnoeren van toepassing zijn, op coherente wijze toepassen. Dit is enkel mogelijk door nauwe coördinatie en samenwerking met andere NRI's, met de NMa's en met de Commissie, zoals in de kaderrichtlijn is bepaald en in hoofdstuk 5.3 van deze richtsnoeren wordt aanbevolen.
- ### 1.3. Samenhang met het mededingingsrecht
24. Op grond van het regelgevingskader zullen bij de analyse van de markten en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht dezelfde methoden worden gehanteerd als in het mededingingsrecht. Daarom moeten de definitie van de geografische omvang van de in de aanbeveling genoemde markten, de eventuele aanwijzing van relevante product-/dienstenmarkten buiten de aanbeveling om en de beoordeling van daadwerkelijke mededinging in overeenstemming zijn met de jurisprudentie en de praktijk van het mededingingsrecht. Om de coherentie te waarborgen zijn de onderhavige richtsnoeren gebaseerd op: (1) de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie in verband met de marktdefinitie en het begrip „machtspositie” in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 2 van de concentratieverordening⁽¹¹⁾, (2) de Richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector⁽¹²⁾, (3) de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht⁽¹³⁾, hierna de „Bekendmaking inzake de marktbeoordeling” genoemd, en (4) de Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector⁽¹⁴⁾, hierna de „Bekendmaking inzake toegang” genoemd.

25. Door dezelfde methoden te gebruiken wordt bereikt dat de relevante markt voor de doeleinden van sector specifieke regulering meestal overeenstemt met de marktdefinities die onder het mededingingsrecht gelden. In sommige gevallen kunnen de door de Commissie en de mededingingsautoriteiten in mededingingskwesaties gedefiniëerde markten om nog in hoofdstuk 2 van deze richtsnoeren uiteen te zetten redenen verschillen van die welke in de aanbeveling en de beschikking worden aangegeven, en/of van de markten die door de NRI's op grond van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn worden gedefiniëerd. Artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn maakt duidelijk dat de definitie van de markten door de NRI's met het oog op voorafgaande regulering geen gevolgen heeft voor de markten die door de NMA's en de Commissie in specifieke gevallen worden gedefiniëerd bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden uit hoofde van het mededingingsrecht.
26. Ten behoeve van de toepassing van het mededingingsrecht van de Gemeenschap heeft de Commissie in haar Bekendmaking inzake de marktbeoordeling uiteengezet dat het concept relevante markt nauw samenhangt met de doelstellingen van het Gemeenschapsbeleid. Als markten krachtens de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag worden gedefiniëerd, gebeurt dit doorgaans achteraf. In deze gevallen wordt bij de analyse ingegaan op gebeurtenissen die al hebben plaatsgevonden en wordt deze niet door mogelijke toekomstige ontwikkelingen beïnvloed. Omgekeerd worden markten op grond van de concentratieverordening uit het EG-mededingingsrecht in het algemeen op prospectieve basis gedefiniëerd.
27. Anderzijds worden de relevante markten die met het oog op sector specifieke regulering worden bepaald altijd op prospectieve basis beoordeeld, daar de NRI bij haar beoordeling ook een prognose geeft van de toekomstige ontwikkelingen op de markt. Bij de marktanalyse mag de NRI evenwel niet voorbijgaan, voorzover relevant, aan historische gegevens wanneer zij een beoordeling maakt van de toekomstperspectieven voor de relevante markt (zie ook hierna in hoofdstuk 2). De marktanalyse in het bestek van artikel 15 van de kaderrichtlijn vindt niet plaats op grond van het bestaan van overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen als bedoeld in artikel 81 van het EG-Verdrag, van een concentratie in de zin van de concentratieverordening of van een vermoeden van misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 82 van het EG-Verdrag, maar is gebaseerd op een algehele prospectieve beoordeling van de structuur en het functioneren van de onderzochte markt. Ofschoon de NRI's en de mededingingsautoriteiten, wanneer zij dezelfde zaken onder dezelfde omstandigheden en met dezelfde doelstellingen onderzoeken, in principe ook tot gelijklopende conclusies zouden moeten komen, kan, gezien de in het voorgaande beschreven verschillen en met name de bredere oriëntatie van de door de NRI's gemaakte beoordeling, niet worden uitgesloten dat markten die in het kader van het mededingingsrecht worden gedefiniëerd en die welke met het oog op de vaststelling van sector specifieke regulering worden vastgesteld, niet altijd identiek zijn.
28. Ofschoon een analyse van een fusie eveneens een ex ante-karakter heeft, vindt deze niet periodiek plaats zoals de door de NRI's binnen het nieuwe regelgevingskader verrichte marktanalyse. Een mededingingsautoriteit heeft in principe niet de mogelijkheid om haar besluit periodiek te herzien in het licht van de marktontwikkelingen, terwijl de NRI's op grond van artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn juist gehouden zijn om hun beslissingen regelmatig te herzien. Dit kan van invloed zijn op de diepgang en breedte van de marktanalyse en de beoordeling van de concurrentieverhoudingen door de NRI's en daarom kunnen marktdefinities binnen het nieuwe regelgevingskader, zelfs op soortgelijke terreinen, soms afwijken van die welke door de mededingingsautoriteiten worden vastgesteld.
29. Er wordt van uitgegaan dat op markten die niet in de aanbeveling worden genoemd, ook geen voorafgaande sector specifieke regulering gerechtvaardigd is, tenzij de NRI een dergelijke regulering op een aanvullende of andere relevante markt kan motiveren overeenkomstig de procedure van artikel 7 van de kaderrichtlijn.
30. De aanwijzing van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een markt die met het oog op voorafgaande regulering is gedefiniëerd, impliceert niet automatisch dat deze onderneming ook een machtspositie heeft in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag of nationale bepalingen van gelijke werking. Bovendien is het voor de aanwijzing als onderneming met aanmerkelijk marktmacht irrelevant of de betrokken onderneming al dan niet misbruik heeft gemaakt van een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag of het nationale mededingingsrecht. Het betekent niet meer dan dat de exploitant in structureel opzicht en op korte tot middellange termijn op de aangewezen relevante markt voldoende economische kracht bezit om zich in belangrijke mate onafhankelijk van de concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen, en dit enkel voor de doeleinden van artikel 14 van de kaderrichtlijn.
31. In de praktijk kan niet worden uitgesloten dat er parallelle procedures worden gestart, zowel in het kader van voorafgaande regulering als op grond van het mededingingsrecht, die evenwel betrekking hebben op problemen van verschillende aard op de relevante markten⁽¹⁵⁾. De mededingingsautoriteiten mogen daarom zelf een marktanalyse maken en gebruik maken van passende instrumenten uit het mededingingsrecht, terwijl de NRI's hun eigen sector specifieke maatregelen mogen treffen. Er zij evenwel op gewezen dat een dergelijke simultane toepassing van rechtsmiddelen door verschillende regelgevers gericht is op verschillende problemen die op dergelijke markten bestaan. Ex ante-verplichtingen worden door NRI's opgelegd aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht om de specifieke doelstellingen van de relevante richtlijnen te realiseren, terwijl de instrumenten van het mededingingsrecht bedoeld zijn als sanctie op overeenkomsten of gedragingen die de concurrentie op de relevante markt beperken of vervalsen.

32. Wat opkomende markten betreft, wordt in overweging 27 van de kaderrichtlijn opgemerkt dat ofschoon de marktleider op een dergelijke markt waarschijnlijk de facto een aanmerkelijk marktaandeel zal hebben, hij niet ten onrechte dient te worden onderworpen aan ex ante-regulering. Door te vroeg ex ante-verplichtingen vast te stellen zouden de concurrentievoorwaarden die op een nieuwe en opkomende markt nog geen vaste vorm hebben gekregen, ten onrechte worden beïnvloed. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat anderen door de marktleider van deze markt worden afgesneden. Onverminderd de gerechtvaardigheid van ingrijpen door de mededingingsautoriteiten in individuele gevallen, dienen de NRI's ervoor te zorgen dat zij elke vorm van vroegtijdig preventief ingrijpen op een opkomende markt terdege kunnen motiveren, in het bijzonder omdat zij steeds de mogelijkheid hebben om in een later stadium in te grijpen bij een van de periodieke analyses van de relevante markten.

2. MARKTDEFINITIE

2.1. Inleiding

33. In de mededingingsrichtsnoeren die in 1991 werden bekendgemaakt⁽¹⁹⁾, erkende de Commissie de moeilijkheden die inherent waren aan het omschrijven van de relevante markt in een sector, zoals de telecommunicatie, waarin de technologische verandering zich in hoog tempo voltrekt. Ofschoon die constatering ook thans nog geldig is voor de sector elektronische communicatie, heeft de Commissie sinds de bekendmaking van voormelde richtsnoeren ruime ervaring opgedaan bij de toepassing van de mededingingsregels in een dynamische sector die gekenmerkt wordt door constante technologische veranderingen en innovatie, dankzij de rol die zij heeft gespeeld bij het aansturen van de overgang in deze sector van een monopolistische naar een concurrentiële markt. Toch dient te worden herhaald dat de onderhavige richtsnoeren niet ten doel hebben uiteen te zetten hoe de mededingingsregels moeten worden toegepast in de sector elektronische communicatie in het algemeen, maar enkel toegespitst zijn op vraagstukken die verband houden met i) de marktdefinitie en ii) de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 van de kaderrichtlijn.

34. Bij het beantwoorden van de vraag of een onderneming aanmerkelijke marktmacht bezit, d.w.z. of zij dus „een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen”⁽¹⁷⁾, speelt de bepaling van de relevante markt een fundamentele rol, omdat daadwerkelijke mededinging enkel kan worden beoordeeld in relatie tot de aldus omschreven markt⁽¹⁸⁾. Het gebruik van het begrip „relevante markt” impliceert de beschrijving van de producten of diensten die deze markt omvat, en de beoordeling van de geografische omvang van die markt (in de onderhavige tekst zijn de begrippen „producten” en „diensten” onderling verwisselbaar). In dat verband zij eraan herinnerd dat relevante markten zoals die overeenkomstig het regelgevingskader van 1998 werden omschreven, te onderscheiden waren van die welke werden afgebakend in het kader van het mededingingsrecht, omdat ze gebaseerd waren op bepaalde specifieke aspecten van end-to-end-communicatie in plaats van op criteria in verband met vraag

aanbod, zoals bij een analyse in het kader van het mededingingsrecht gebruikelijk is⁽¹⁹⁾.

35. De marktdefinitie is geen mechanisch of abstract proces, maar vereist een analyse van al het beschikbare bewijsmateriaal over marktgedragingen in het verleden en een volledig inzicht in de mechanismen in een bepaalde sector. Met name is een dynamische — in plaats van een statische — benadering vereist bij het uitvoeren van een prospectieve of toekomstgerichte marktanalyse⁽²⁰⁾. In dit verband zal alle ervaring die de NRI's, de NMa's en de Commissie hebben opgedaan bij de toepassing van de mededingingsregels in de telecommunicatiesector, zeker van bijzonder belang zijn voor de toepassing van artikel 15 van de kaderrichtlijn. Alle inlichtingen die zijn verzameld, alle vaststellingen die zijn gedaan en alle studies of verslagen (in verband met de mededingingsituatie op de telecommunicatiemarkt) die in opdracht van de NRI's of NMa's werden gemaakt of waarop deze zich hebben gebaseerd bij de verrichting van hun taak, kunnen dus (mits natuurlijk de marktsituatie ongewijzigd is gebleven) als uitgangspunt dienen voor de toepassing van artikel 15 van de kaderrichtlijn en voor een prospectieve marktanalyse⁽²¹⁾.

36. De belangrijkste product- en dienstenmarkten waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat wettelijke ex ante-verplichtingen gerechtvaardigd zijn, zullen worden aangegeven in de aanbeveling die de Commissie moet vaststellen overeenkomstig artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn, alsmede in beschikkingen houdende vaststelling van transnationale markten die de Commissie uit hoofde van artikel 15, lid 4, van de kaderrichtlijn mag geven. Normaliter zal de taak van de NRI's erin bestaan dat zij de geografische omvang van de relevante markt omschrijven, ook al hebben de NRI's op grond van artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn de mogelijkheid om andere markten te definiëren dan die welke in de aanbeveling van de Commissie zijn opgesomd in overeenstemming met artikel 7 van de kaderrichtlijn (zie hoofdstuk 6).

37. Ofschoon een prospectieve analyse van de marktsituatie in bepaalde gevallen in een marktdefinitie kan resulteren die verschilt van die welke naar aanleiding van een marktanalyse op basis van gedragingen uit het verleden⁽²²⁾ tot stand komt, toch dienen de NRI's, waar mogelijk, te streven naar coherentie tussen enerzijds de marktdefinitie die wordt ontwikkeld met het oog op ex ante-regulering, en anderzijds de marktdefinitie die wordt ontwikkeld met het oog op de toepassing van de mededingingsregels. Niettemin heeft de definitie van markten in het verband van sectorspecifieke regulering, zoals in artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn en hoofdstuk 1 van deze richtsnoeren is vermeld, geen gevolgen voor de bepaling van de markten in specifieke gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht.

2.2. Belangrijkste criteria voor het definiëren van de relevante markt

38. In hoeverre de levering van een product of het aanbieden van een dienst in een bepaalde geografische zone de relevante markt vormt, hangt af van het voorhanden zijn van concurrentiedruk op de prijsstelling van de betrokken producent(en) of dienstverlener(s). Bij het beoordelen

- van de gedragingen van ondernemingen op de markt zijn er twee belangrijke bronnen van concurrentiedruk die moeten worden onderzocht: i) substitutie aan de vraagzijde en ii) substitutie aan de aanbodzijde. Daarnaast is er nog een derde bron van concurrentiedruk op de gedragingen van een exploitant: potentiële concurrentie. Het verschil tussen potentiële concurrentie en aanbods substitutie schuilt in het feit dat bij aanbods substitutie onmiddellijk gereageerd wordt op een prijsverhoging, terwijl potentiële marktdeelnemers wellicht meer tijd nodig hebben om de markt te kunnen bevoorraden. Bij aanbods substitutie zijn er geen significante aanvullende kosten terwijl de verzonken kosten voor potentiële marktdeelnemers hoog zijn ⁽²³⁾. De aanwezigheid van potentiële concurrentie moet derhalve worden onderzocht wanneer wordt nagegaan of een markt daadwerkelijk concurrerend is in de zin van de kaderrichtlijn, d.w.z. of er ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht zijn ⁽²⁴⁾.
39. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde is een maat voor de bereidheid van de consument om de betrokken dienst of het betrokken product te vervangen door andere diensten of producten ⁽²⁵⁾, terwijl substitueerbaarheid aan de aanbodzijde aangeeft in hoeverre andere leveranciers dan die welke de betrokken producten of diensten aanbieden, bereid zijn hun productlijn op de zeer korte tot korte termijn om te schakelen dan wel de betrokken producten of diensten kunnen aanbieden zonder aanzienlijke extra kosten.
40. Een methode om na te gaan of er sprake is van eventuele substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde is de toepassing van de zgn. test van de „hypothetische monopolist” ⁽²⁶⁾. Bij een dergelijke test moet een NRI de vraag stellen wat er zou gebeuren indien er een kleine, maar significante, duurzame verhoging zou plaatsvinden van de prijs voor een bepaald product of dienst, in de veronderstelling dat de prijzen van alle overige producten of diensten constant blijven (hierna „relatieve prijsstijging” genoemd). Wat een significante prijsstijging precies inhoudt, varieert van geval tot geval, maar in de praktijk zullen NRI's doorgaans rekening moeten houden met de reacties van de klanten (consumenten of ondernemingen) op een blijvende prijsverhoging van 5 à 10 % ⁽²⁷⁾. De reacties van de betrokken consumenten of ondernemingen zullen helpen uitmaken of er substitueerbare producten bestaan, en zo ja, wat de grenzen zijn waarbinnen de relevante productmarkt moet worden afgebakend ⁽²⁸⁾.
41. Als uitgangspunt moet een NRI deze test eerst toepassen op een dienst of product voor elektronische communicatie die in een bepaald geografisch gebied wordt aangeboden en waarvan de kenmerken het opleggen van wettelijke verplichtingen kunnen rechtvaardigen. Is dat gebeurd, dan kunnen additionele producten of gebieden worden toegevoegd, afhankelijk van de vraag of de door deze producten of gebieden veroorzaakte concurrentie de prijs van het belangrijkste product of de belangrijkste dienst in kwestie begrenst. Aangezien een relatieve prijsverhoging van een reeks producten ⁽²⁹⁾ waarschijnlijk tot een iets lagere verkoop leidt, is het kernprobleem te bepalen of de verkooptaling zo groot is dat de winsttoename die als gevolg van de prijsverhoging zou optreden, ongedaan wordt gemaakt. De beoordeling van de substitutie aan de vraagzijde en de aanbodzijde biedt een mogelijkheid om de vermoedelijke vermindering van de verkoop en zodoende ook de omvang van de relevante markt te bepalen.
42. In beginsel is de test van de „hypothetische monopolist” enkel relevant voor producten of diensten waarvan de prijs vrij wordt vastgesteld en niet onderworpen is aan regulering. De werkhypothese zal dan ook zijn dat de actuele prijzen op concurrerend niveau worden vastgesteld. Wordt een dienst of product evenwel tegen een gereguleerde, aan de kosten gerelateerde prijs aangeboden, dan wordt, zonder blijk van het tegendeel, ervan uitgegaan dat die prijs is vastgesteld op wat anders een concurrerend niveau zou zijn, en moet deze prijs dienen als uitgangspunt voor de toepassing van de test van de „hypothetische monopolist” ⁽³⁰⁾. In theorie is het zo dat het de betrokken onderneming ontbreekt aan marktmacht wanneer de vraag naar een bepaald product of dienst ook bij relatieve concurrerende prijzen bijzonder elastisch is. Wanneer de elasticiteit echter zeer groot is, zelfs bij de actuele prijzen, kan dit alleen betekenen dat de betrokken onderneming al zozeer van haar marktmacht gebruik heeft gemaakt dat haar winst niet zal toenemen door verdere prijsstijgingen. In dat geval kan de toepassing van de test van de „hypothetische monopolist” resulteren in een marktomschrijving die verschilt van die welke tot stand was gekomen indien de prijzen op een concurrerend niveau waren vastgesteld ⁽³¹⁾. Bij elke beoordeling van de marktdefinitie dient daarom met deze potentiële moeilijkheid rekening te worden gehouden. De NRI's dienen er evenwel van uit te gaan dat de actuele prijzen een redelijk uitgangspunt vormen voor de relevante analyse tenzij er aanwijzingen zijn dat dit eigenlijk niet het geval is.
43. Als een NRI gebruik wil maken van de test van de „hypothetische monopolist”, moet deze net zo lang worden toegepast totdat kan worden vastgesteld dat een relatieve prijsverhoging binnen de afgebakende geografische en productmarkten de consumenten er niet toe zal aanzetten om over te schakelen op gemakkelijk beschikbare vervangproducten of op leveranciers uit andere gebieden.

2.2.1. De relevante product-/dienstenmarkt

44. Volgens de jurisprudentie omvat de relevante markt voor een product of dienst alle producten of diensten die daarmee substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, niet alleen op grond van hun objectieve kenmerken, waardoor ze bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte van de consumenten te voorzien, de prijs of beoogde toepassingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt ⁽³²⁾. Producten of diensten die alleen in beperkte of relatief beperkte mate onderling uitwisselbaar zijn, behoren niet tot dezelfde markt ⁽³³⁾. De NRI's moeten dus bij het afbakenen van de relevante product- of dienstenmarkt beginnen door producten of diensten te groeperen die door de consumenten voor dezelfde doeleinden worden gebruikt (eindgebruik).

45. Hoewel het aspect van het eindgebruik van een product of dienst nauw verband houdt met de fysieke kenmerken ervan, kunnen verschillende producten of diensten voor hetzelfde doel worden gebruikt. Zo kunnen consumenten voor hetzelfde doel — internettoegang — gebruik maken van verschillende diensten, zoals kabel- en satellietverbindingen. In een dergelijk geval kunnen beide diensten (diensten voor toegang via kabel en satelliet) tot dezelfde productmarkt worden gerekend. Daarnaast kan dan weer blijken dat paging-diensten en mobiele telefoniediensten, waarmee dezelfde dienstverlening lijkt te kunnen worden aangeboden — de uitwisseling van korte berichten — tot onderscheiden productmarkten behoren omdat consumenten er een andere perceptie van hebben wat betreft functionaliteit en eindgebruik.
46. Verschillende prijsstellingsmodellen en een verschillend aanbod kunnen ook betekenen dat er voor een bepaald product of bepaalde dienst verschillende groepen consumenten bestaan. Door dus te kijken naar de prijzen kunnen de NRI's afzonderlijke markten onderscheiden voor klanten uit het bedrijfsleven en voor particuliere klanten, voor wat in wezen dezelfde dienstverlening is. Omdat bijvoorbeeld exploitanten die internationale elektronische communicatiediensten aanbieden op detailhandelniveau onderscheid kunnen maken tussen particuliere klanten en professionele gebruikers door verschillende prijs- en kortingcategorieën toe te passen, is de Commissie tot de conclusie gekomen dat deze beide groepen afzonderlijke markten vormen voor wat dergelijke diensten betreft (zie onder). Het is evenwel niet noodzakelijk dat een product, om te worden beschouwd als een substituuat aan de vraagzijde, ook tegen dezelfde prijs wordt aangeboden. Een goedkoop product of goedkope dienst van lage kwaliteit kan best een doeltreffend substituuat vormen voor een product van hogere kwaliteit dat voor een hogere prijs wordt aangeboden. Wat in dit geval telt is de waarschijnlijke reactie van de consumenten op een relatieve verhoging van de prijs ⁽³⁴⁾.
47. Bovendien zal voor verschillende elektronische communicatiediensten de substitueerbaarheid van producten steeds verder toenemen als gevolg van de convergentie van de diverse technologieën. Het gebruik van digitale systemen leidt tot een steeds grotere overeenkomst van de prestaties en kenmerken van netwerkdiensten die op verschillende technologieën zijn gebaseerd. Een pakketgeschakeld netwerk, zoals internet, kan bijvoorbeeld worden gebruikt om gedigitaliseerde spraaksignalen te versturen in concurrentie met traditionele spraaktelefoniediensten ⁽³⁵⁾.
48. Wil de analyse met het oog op de marktdefinitie dus zo volledig mogelijk zijn, dan moet een NRI niet alleen rekening houden met producten of diensten die op grond van hun objectieve kenmerken, hun prijs en het gebruik waarvoor ze zijn bestemd, voldoende uitwisselbaar zijn, maar moet zij, waar nodig, ook nagaan wat de heersende omstandigheden zijn inzake substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde door de test van de „hypothetische monopolist” toe te passen.
- 2.2.1.1. Substitutie aan de vraagzijde**
49. Substitutie aan de vraagzijde stelt NRI's in staat te bepalen naar welke substituten of reeks substituten de consumenten gemakkelijk kunnen overschakelen bij een relatieve prijsverhoging. Om te bepalen of er sprake is van substitueerbaarheid aan de vraagzijde moeten de NRI's gebruik maken van alle bestaande aanwijzingen omtrent het gedrag van de consument. Een NRI moet, waar zulks mogelijk is, historische prijsfluctuaties nagaan voor potentieel concurrerende producten, alsmede alle documenten over prijsbewegingen en relevante tariefinformatie. Bewijsstukken waaruit blijkt dat consumenten in het verleden direct zijn overgeschakeld op andere producten of diensten, in reactie op prijsaanpassingen in het verleden, moeten de nodige aandacht krijgen. Ontbreken dergelijke documenten en als zulks nodig is, zullen de NRI's moeten trachten een inschatting te maken van de vermoedelijke reacties van consumenten en leveranciers op een relatieve prijsverhoging voor de dienst in kwestie.
50. De mogelijkheid voor consumenten om een product of dienst te vervangen door een ander wegens een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging kan echter belemmerd worden door aanzienlijke overschakelingskosten. Consumenten die in technologie hebben geïnvesteerd of die andere noodzakelijke investeringen hebben uitgevoerd om een dienst te kunnen ontvangen of een product te gebruiken, zijn wellicht niet bereid zijn om de extra kosten te maken die nodig zijn om over te schakelen naar een dienst of product dat, afgezien van die kosten, wel substitueerbaar is. Hetzelfde kan ook worden gezegd van klanten van bestaande aanbieders die misschien „gebonden” zijn door langlopende contracten of door kosten voor het vervangen van eindapparatuur die zo hoog zijn dat overschakeling onmogelijk wordt. Kortom, in een situatie waarin de eindgebruikers te maken hebben met aanzienlijke overschakelingskosten om product A te substitueren door product B, mogen deze beide producten niet tot dezelfde relevante markt worden gerekend ⁽³⁶⁾.
51. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde is toegespitst op de vraag in hoeverre producten of diensten vanuit het oogpunt van de koper onderling uitwisselbaar zijn. Voor een correcte afbakening van de productmarkt kan het evenwel nodig zijn om ook nog rekening te houden met potentiële substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.
- 2.2.1.2. Substitutie aan de aanbodzijde**
52. Bij het onderzoek naar de omvang van substitutie aan de aanbodzijde kunnen de NRI's ook rekening houden met de waarschijnlijkheid dat ondernemingen die momenteel niet actief zijn op de relevante productmarkt, toch besluiten tot de markt toe te treden, binnen een redelijk tijdsbestek ⁽³⁷⁾, na een relatieve prijsverhoging, d.w.z. na een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging. In situaties waarin de totale kosten van de overschakeling van de productie op het desbetreffende product relatief te verwaarlozen zijn, kan dat product tot dezelfde productmarkt worden gerekend. Het feit dat een rivaliserende onderneming een deel van de productiemiddelen bezit die nodig zijn om een bepaalde dienst te leveren, is evenwel niet relevant indien aanmerkelijke aanvullende investeringen nodig zijn om de desbetreffende dienst op te markt te brengen en op rendabele wijze aan te bieden ⁽³⁸⁾. Bovendien zullen de NRI's moeten nagaan of een bepaalde leverancier zijn productieapparaat ook daadwerkelijk zou gebruiken of aanpassen om het betrokken product te vervaardigen of de betrokken dienst aan te bieden (bijv. of het gebruik van hun capaciteit vastligt op grond van langlopende leveringsovereenkomsten, enz.). Louter hypothetische substitutie aan de aanbodzijde volstaat niet om de markt af te bakenen.

53. Er dient ook rekening te worden gehouden met bestaande juridische of wettelijke eisen waardoor plannen om snel tot de markt in kwestie toe te treden tot mislukken gedoemd zijn, hetgeen een ontmoedigend effect kan hebben op de substitutie aan de aanbodzijde. Zo kunnen verdragen en hinderpalen bij het sluiten van interconnectie- of collocatieovereenkomsten en bij onderhandelingen over andere vormen van netwerktoegang of over doorgangsrechten voor netwerkuitbreiding⁽³⁹⁾, ervoor zorgen dat het weinig waarschijnlijk is dat potentiële concurrenten op korte termijn nieuwe diensten aanbieden of nieuwe netwerken aanleggen.

54. Zoals uit de bovenstaande overwegingen mag blijken, kan substitutie aan de aanbodzijde niet alleen dienen om de relevante markt af te bakenen, maar ook om het aantal marktdeelnemers vast te stellen.

2.2.2. Geografische markt

55. Zodra de relevante productmarkt is afgebakend, is de volgende stap die moet worden gezet, de omschrijving van de geografische omvang van de markt. Een NRI kan pas nadat de geografische omvang van de product- of dienstenmarkt is afgebakend, een correcte beoordeling maken van het bestaan van daadwerkelijke mededinging op die markt.

56. Volgens de jurisprudentie omvat de relevante geografische markt het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen⁽⁴⁰⁾. Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden „heterogeen” zijn, niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd⁽⁴¹⁾.

57. De vaststelling van de grenzen van de geografische markt verloopt volgens dezelfde lijnen als die welke in het voorafgaande werden besproken in verband met de beoordeling van de substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde als reactie op een relatieve prijsverhoging.

58. Om dus de substitutie aan de vraagzijde te bepalen, moeten de NRI's in hoofdzaak een inschatting maken van consumentenvoorkeuren, alsmede van bestaande geografische aankooppatronen. Zo kunnen taalkundige redenen verklaren waarom bepaalde diensten niet beschikbaar zijn of niet op de markt komen in uiteenlopende taalgebieden. Wat de substitutie aan de aanbodzijde betreft, geldt het volgende: wanneer kan worden aangetoond dat exploitanten die momenteel niet actief of aanwezig zijn op de relevante markt, zullen besluiten op korte termijn tot die markt toe te treden in het geval van een relatieve prijsverhoging, moet de marktomschrijving worden ver-

ruimd zodat ook die „buitenstaanders” eronder komen te vallen.

59. In de sector elektronische communicatie vond de omschrijving van de geografisch relevante markt traditioneel plaats op basis van twee hoofdcriteria⁽⁴²⁾:

a) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken⁽⁴³⁾, en

b) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten⁽⁴⁴⁾.

60. Op basis van deze twee belangrijkste criteria⁽⁴⁵⁾ kunnen geografische markten worden omschreven als lokaal, regionaal, nationaal of als het grondgebied van twee of meer landen omvattend (pan-Europese, EER- of mondiale markten).

2.2.3. Andere vraagstukken in verband met de marktdefinitie

61. In uitzonderlijke gevallen kan de geografische markt ten behoeve van de voorafgaande regulering worden afgebakend op basis van routes. Met name kan het bij de bepaling van de omvang van markten voor de levering van internationale elektronische communicatiediensten op detailhandels- of groothandelniveau passend zijn landen- of stedencombinaties als afzonderlijke markten te behandelen⁽⁴⁶⁾. Vanuit het oogpunt van de vraag is de doorgifte van een gesprek naar één land duidelijk geen substituuut voor de doorgifte van een gesprek naar een ander land. Daarentegen is het antwoord op de vraag of indirecte transmissiediensten — rerouting of transit van eenzelfde gesprek via een derde land — een daadwerkelijk substituuut vormen aan de aanbodzijde, afhankelijk van de specifieke kenmerken van de markt en moeten besluiten in dat verband van geval tot geval worden genomen⁽⁴⁷⁾. Een markt voor de levering van diensten via een bilaterale verbinding zal evenwel een nationaal karakter dragen aangezien de vraag- en aanbodpatronen aan beide zijden van de verbinding hoogstwaarschijnlijk met verschillende marktstructuren zullen corresponderen⁽⁴⁸⁾.

62. In haar Bekendmaking inzake marktbeoordeling heeft Commissie de aandacht gevestigd op een aantal gevallen waar de grenzen van de relevante markten kunnen worden verruimd om producten of geografische gebieden in aanmerking te nemen die weliswaar niet direct substitueerbaar zijn, maar toch in de marktdefinitie moeten worden opgenomen vanwege de zgn. „ketensubstitutie”⁽⁴⁹⁾. Er is sprake van ketensubstitutie wanneer kan worden aangetoond dat, hoewel de producten A en C geen directe substituten zijn, product B toch een substituuut is voor zowel product A als product C, en dat product A en C dus binnen dezelfde productmarkt kunnen vallen aangezien hun respectievelijke prijsstelling kan worden begrensd door de substitueerbaarheid van product B. Dezelfde redenering geldt ook voor de omschrijving van de geografische markt. Gezien het inherente risico dat de omvang van de relevante markt al te ruim wordt genomen, moeten bevindingen inzake het bestaan van ketensubstitutie-effecten grondig worden onderbouwd⁽⁵⁰⁾.

2.3. Beschikkingenpraktijk van de Commissie

63. De Commissie heeft op grond van Verordening nr. 17 en de concentratieverordening een aantal beschikkingen gegeven in verband met de sector elektronische communicatie. Deze beschikkingen kunnen voor de NRI's bijzonder relevant zijn wat betreft de door de Commissie gehanteerde methodiek voor het bepalen van de relevante markt⁽⁵¹⁾. Zoals eerder werd opgemerkt, is het evenwel duidelijk dat in een sector die gekenmerkt wordt door voortdurende innovatie en snelle technologische convergentie, een marktdefinitie die op een bepaald moment wordt vastgesteld, in de nabije toekomst haar accuraatheid dreigt te verliezen of irrelevant dreigt te worden⁽⁵²⁾. Bovendien hebben markten die in het kader van het mededingingsrecht worden gedefinieerd, geen gevolgen voor de definitie van markten in het nieuwe regelgevingskader, aangezien de context en het tijdschema waarbinnen de marktanalyse plaatsvindt, kunnen verschillen⁽⁵³⁾.
64. Zoals in de Bekendmaking inzake toegang werd opgemerkt, moeten in de sector elektronische communicatie ten minste twee belangrijke typen relevante markten in aanmerking worden genomen: de markt inzake diensten die aan eindgebruikers worden geleverd (dienstenmarkt), en de markt inzake toegang tot de faciliteiten die noodzakelijk zijn om dergelijke diensten aan eindgebruikers te leveren (toegangsmarkt)⁽⁵⁴⁾. Binnen deze twee globale marktomschrijvingen, kan de markt nader worden omschreven, afhankelijk van de patronen aan de vraag- en de aanbodzijde.
65. In het bijzonder zal de Commissie in haar beschikkingenpraktijk doorgaans onderscheid maken tussen de levering van diensten en het aanbieden van de daarvoor noodzakelijke netwerkinfrastructuur. Wat het aanbieden van infrastructuurvoorzieningen betreft maakt de Commissie bijvoorbeeld onderscheid tussen een markt voor het aansluitnet, een voor interlokale verbindingen en een voor internationale infrastructuur⁽⁵⁵⁾. Wat vaste diensten betreft, heeft de Commissie onderscheid gemaakt tussen abonneetoegang (detailhandelniveau) tot geschakelde spraaktelefoniediensten (lokaal, interlokaal en internationaal), toegang voor exploitanten (groothandelniveau) tot netwerken (lokaal, interlokaal en internationaal) en datacommunicatiediensten voor het bedrijfsleven⁽⁵⁶⁾. Op de markt voor vaste telefoniediensten voor eindgebruikers heeft de Commissie onderscheid gemaakt tussen de initiële aansluiting en de maandelijkse huur⁽⁵⁷⁾. Bij diensten voor eindgebruikers wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten gebruikers: huishoudens en zakelijke gebruikers. Deze laatste categorie kan eventueel verder worden opgesplitst in twee submarkten: die voor zakelijke gebruikers en kleine bedrijven, en die voor grote ondernemingen⁽⁵⁸⁾. Wat betreft de vaste-telefoniediensten voor eindgebruikers lijken de patronen in de vraag erop te wijzen dat momenteel twee belangrijke diensten worden aangeboden: de traditionele vaste-telefoniediensten (spraak en smalbandige datatransmissie) enerzijds en de hogesnelheidscommunicatiediensten (momenteel in de vorm van xDSL-diensten) anderzijds⁽⁵⁹⁾.
66. Wat mobiele communicatiediensten betreft, is de Commissie tot de bevinding gekomen dat vanuit het oogpunt van de vraag, mobiele telefoniediensten en vaste-telefoniediensten afzonderlijke markten vormen⁽⁶⁰⁾. Binnen de mobiele markt is uit door de Commissie verzameld bewijsmateriaal gebleken dat de markt voor mobiele-telecommunicatiediensten zowel GSM 900 als GSM 1800 omvat, en mogelijk ook analoge platforms⁽⁶¹⁾.
67. De Commissie heeft besloten dat de markt voor toegangsdiens ten alle soorten infrastructuur omvat die kunnen worden gebruikt om een bepaalde dienst te leveren⁽⁶²⁾. Of de markt voor netwerkinfrastructuur verder moet worden opgesplitst in even zovele afzonderlijke deelmarkten als er soorten netwerkinfrastructuur bestaan, hangt duidelijk af van de mate waarin dergelijke (alternatieve) netwerken onderling substitueerbaar zijn⁽⁶³⁾. Deze analyse moet worden gemaakt in relatie tot het type gebruikers aan wie toegang tot het netwerk wordt geleverd. Daarom moet onderscheid worden gemaakt tussen levering van infrastructuur aan andere exploitanten (groothandelniveau) en levering aan eindgebruikers (detailhandelniveau)⁽⁶⁴⁾. Op detailhandelniveau kan verdere segmentering plaatsvinden tussen bedrijven en particulieren⁽⁶⁵⁾.
68. Wordt de betrokken dienst uitsluitend geleverd aan eindgebruikers die abonnees zijn van een bepaald netwerk, dan is het zeer wel mogelijk dat de toegang tot de aansluitpunten van dat netwerk de relevante productmarkt vormt. Dit zal echter niet het geval zijn wanneer kan worden aangetoond dat dezelfde diensten aan dezelfde categorie gebruikers kunnen worden geleverd via alternatieve, gemakkelijk toegankelijke, concurrerende netwerken. Zo heeft de Commissie in haar mededeling betreffende ontbundelde toegang tot het aansluitnet⁽⁶⁶⁾ verklaard dat er voor het aanbieden van hogesnelheidscommunicatiediensten aan particulieren weliswaar alternatieven voor het openbare, geschakelde telefoonnet voorhanden zijn (glasvezelnetwerken, draadloze aansluitnetten of netwerken voor kabeltelevisie die kunnen worden geüpgraded), maar dat geen van deze alternatieven kan worden beschouwd als een substituum voor het vaste aansluitnet⁽⁶⁷⁾. In de toekomst kunnen innoverende en technologische veranderingen echter andere conclusies rechtvaardigen⁽⁶⁸⁾.
69. De toegang tot mobiele netwerken kan ook worden gedefinieerd in relatie tot twee potentieel gescheiden markten, één voor gespreksopbouw en één voor gespreksafgifte. In dit verband dient de vraag of de markt voor toegang tot mobiele infrastructuur de toegang tot een individueel mobiel netwerk betreft dan wel die tot alle mobiele netwerken in het algemeen, te worden beantwoord op basis van een analyse van de structuur en de werking van de markt⁽⁶⁹⁾.

3. BEOORDELING VAN AANMERKELIJKE MARKTMACHT (MACHTSPOSITIE)

70. Volgens artikel 14 van de kaderrichtlijn wordt „een onderneming geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in

belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen". Dit is de definitie die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gegeven van een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag⁽⁷⁰⁾. In het nieuwe regelgevingskader is de omschrijving van het begrip „aanmerkelijke marktmacht” aangepast aan de uitleg die het Hof heeft gegeven aan een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag⁽⁷¹⁾. Bijgevolg zullen de NRI's, wanneer ze de nieuwe definitie van aanmerkelijke marktmacht toepassen, ervoor moeten zorgen dat hun besluiten in overeenstemming zijn met de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg wat betreft machtsposities⁽⁷²⁾. Toch zijn voor de — voorafgaande — toepassing van de nieuwe definitie van aanzienlijke marktmacht bepaalde methodologische aanpassingen vereist van de wijze waarop marktmacht wordt beoordeeld. Meer bepaald gaan de NRI's, bij de voorafgaande beoordeling van de vraag of één of meer ondernemingen op de relevante markt een machtspositie hebben, in beginsel van andere uitgangspunten en verwachtingen uit dan die waarvan een mededingingsautoriteit gebruik maakt bij de toepassing — achteraf — van artikel 82 van het EG-Verdrag in de context van een vermoeden van misbruik⁽⁷³⁾. Vaak zal het ontbreken van bewijsmateriaal of informatie over gedragingen of optreden in het verleden betekenen dat de marktanalyse hoofdzakelijk moet worden gebaseerd op een prospectieve beoordeling. De nauwkeurigheid van de door NRI's uitgevoerde marktanalyse zal dus worden beïnvloed door de informatie en gegevens die voorhanden zijn op het tijdstip dat het betrokken besluit wordt genomen.

71. Het feit dat de oorspronkelijke prognoses van een NRI in een bepaalde zaak uiteindelijk niet uitkomen, betekent niet noodzakelijk dat haar besluit ten tijde van de vaststelling ervan niet in overeenstemming met de richtlijn was. De NRI's moeten bij de voorafgaande toepassing van het begrip „machtspositie” discretionaire bevoegdheden krijgen die evenredig zijn aan de complexiteit van de economische, feitelijke en juridische situaties die moeten worden beoordeeld. Volgens de kaderrichtlijn moeten de NRI's op geregelde tijdstippen marktbeoordelingen uitvoeren. In dat kader zullen NRI's dan ook de mogelijkheid hebben op gezette tijden te reageren op alle marktontwikkelingen en zullen zij de maatregelen kunnen nemen die zij nodig achten.

3.1. Criteria voor de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht

72. Zoals het Hof heeft benadrukt, sluit de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie het bestaan van een zekere mate van mededinging op de markt niet uit. Een machtspositie stelt het bedrijf dat zich in een dergelijke positie bevindt, enkel in staat de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen, zo al niet te bepalen, dan toch aanmerkelijk te beïnvloeden, en zich bij haar gedrag niets aan de concurrentie gelegen te laten liggen, zolang zulk gedrag niet in haar nadeel werkt⁽⁷⁴⁾.
73. Bij een marktanalyse ex post kan een mededingingsautoriteit te maken krijgen met een aantal verschillende voorbeelden van marktgedragingen, die elk op zich een indicatie kunnen zijn voor een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag. Bij een beoordeling ex ante daarentegen wordt marktmacht in hoofdzaak afgemeten aan de

macht die de betrokken onderneming heeft om prijzen te verhogen door de productie te beperken zonder een aanzienlijk verlies van verkopen of inkomsten.

74. De marktmacht van een onderneming kan ook worden ingeperkt door het bestaan van potentiële concurrenten⁽⁷⁵⁾. Een NRI moet dus ook de vraag stellen in hoeverre het waarschijnlijk is dat ondernemingen die momenteel niet actief zijn op de relevante productmarkt, op middellange termijn kunnen besluiten tot die markt toe te treden, na een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging. Ondernemingen die in het geval van een dergelijke prijsverhoging in de mogelijkheid verkeren om hun productlijn/dienstenaanbod om te schakelen of uit te breiden en de markt te betreden, moeten door NRI's worden behandeld als potentiële marktdeelnemers, ook al produceren ze momenteel niet het betrokken product of leveren ze niet de betrokken dienst.
75. Zoals in de volgende punten wordt uitgelegd, wordt het bestaan van een machtspositie aangetoond aan de hand van een aantal criteria en een dergelijke beoordeling is, zoals hierboven reeds is verklaard, gebaseerd op een prospectieve marktanalyse uitgaande van de geldende marktvoorwaarden. Het marktaandeel wordt vaak gebruikt als indicatie van de marktmacht. Ofschoon een groot marktaandeel op zichzelf niet volstaat als criterium voor aanmerkelijke marktmacht (een machtspositie), is het onwaarschijnlijk dat een onderneming zonder significant marktaandeel een machtspositie heeft. Ondernemingen met een marktaandeel van maximaal 25 % hebben waarschijnlijk geen (individuele) machtspositie op de betrokken markt⁽⁷⁶⁾. In de beschikkingenpraktijk van de Commissie is er doorgaans pas sprake van gevaar voor een individuele machtspositie ingeval een onderneming een marktaandeel van meer dan 40% bezit, ofschoon de Commissie soms ook al bij een lager marktaandeel een vermoeden kan hebben van het bestaan van een machtspositie⁽⁷⁷⁾, aangezien een machtspositie ook mogelijk is zonder dat de betrokken onderneming een groot marktaandeel heeft. Volgens de jurisprudentie vormt een zeer groot marktaandeel — meer dan 50 % — op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten⁽⁷⁸⁾. Een onderneming met een groot marktaandeel mag geacht worden over aanmerkelijke marktmacht te beschikken — dus in een machtspositie te verkeren — wanneer haar marktaandeel over langere tijd stabiel is gebleven⁽⁷⁹⁾. Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld. Marktaandelen die over een periode fluctueren, kunnen dan weer een aanwijzing zijn dat marktmacht op de betrokken markt ontbreekt.
76. Wat de methodes voor het berekenen van marktomvang en marktaandelen betreft, geven zowel de in volume als de in waarde uitgedrukte afzet bruikbare informatie voor het berekenen van de markt⁽⁸⁰⁾. Voor bulkproducten wordt de voorkeur gegeven aan volume, terwijl in het geval van gedifferentieerde producten de in waarde uitgedrukte afzet en het ermee verband houdende marktaandeel gewoonlijk als een betere maat voor de relatieve positie en sterkte van elke aanbieder worden beschouwd. Op biedmarkten kan ook het aantal gewonnen en verloren biedingen worden gebruikt als benadering voor het marktaandeel⁽⁸¹⁾.

77. De criteria die moeten worden gebruikt om het marktaandeel van de betrokken onderneming(en) te meten, zijn afhankelijk van de kenmerken van de betrokken markt. Het is aan de NRI's om te bepalen welke criteria het meest geschikt zijn om marktposities te meten. Zo zijn bijvoorbeeld inkomsten uit huurlijnen, verhuurde capaciteit of het aantal aansluitpunten voor huurlijnen mogelijke criteria voor het meten van de relatieve macht van een onderneming op de markten voor huurlijnen. Zoals de Commissie heeft aangegeven, wordt, wanneer alleen het criterium van het aantal aansluitpunten voor huurlijnen wordt gebruikt, geen rekening gehouden met de verschillende soorten huurlijnen die op de markt beschikbaar zijn — gaande van analoge spraakkwaliteit tot snelle, digitale huurlijnen en van lokale tot internationale huurlijnen. Van deze beide criteria zijn de inkomsten uit huurlijnen wellicht transparanter en minder moeilijk te meten. Ook opbrengsten uit het verkeer op detailhandelniveau, belminuten, het aantal vaste telefoonlijnen of het aantal abonnees van exploitanten van openbare telefoonnetwerken kunnen dienen als criteria voor het bepalen van de marktaandelen van ondernemingen welke op die markten actief zijn ⁽⁸²⁾. Wanneer de afgebakende markt die voor interconnectiediensten is, zouden de inkomsten afkomstig uit het termineren van gesprekken in vaste of mobiele netwerken een realistischere parameter zijn. Dit komt omdat door de inkomsten als parameter te gebruiken — in plaats van bijvoorbeeld belminuten — niet alleen rekening wordt gehouden met het feit dat belminuten een verschillende waarde kunnen hebben (lokaal, interlokaal en internationaal), maar ook een instrument voor het meten van de marktpositie wordt geboden dat zowel het aantal klanten als het bereik van het netwerk tot uitdrukking brengt ⁽⁸³⁾. Om dezelfde redenen kan het gebruik van inkomsten uit het termineren van gesprekken in mobiele netwerken het meest geschikte middel zijn om de marktpositie van exploitanten van mobiele netwerkexploitanten te meten ⁽⁸⁴⁾.
78. Het is belangrijk te benadrukken dat het bestaan van een machtspositie niet kan worden aangetoond aan de hand van een groot marktaandeel alleen. Zoals gezegd betekent een groot marktaandeel niet meer dan dat de betrokken exploitant over een machtspositie zou kunnen beschikken. Daarom moeten de NRI's een grondige en complete analyse maken van de economische kenmerken van de betrokken markt voordat zij een conclusie trekken over het bestaan van aanmerkelijke marktmacht. In dit opzicht kunnen ook de volgende criteria worden gebruikt om de kracht van een onderneming te bepalen om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en consumenten te gedragen. Het gaat daarbij onder meer om:
- de totale omvang van de onderneming;
 - de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur;
 - de technologische voorsprong of superioriteit;
 - het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen;
 - gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen;
 - product-/dienstendiversificatie (bijv. bundeling van producten of diensten);
 - schaalvoordelen;
 - breedtevoordelen;
 - verticale integratie;
 - een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk;
 - het ontbreken van potentiële concurrentie;
 - grenzen aan de expansie.
79. Een machtspositie kan voortvloeien uit een combinatie van bovenstaande criteria, die elk afzonderlijk niet noodzakelijk bepalend hoeven te zijn.
80. De vaststelling dat er sprake is van een machtspositie, is ook afhankelijk van een beoordeling van de vraag hoe gemakkelijk de markt kan worden betreden. In feite werkt het ontbreken van toegangsdrempels in beginsel ontmoedigend op onafhankelijke, concurrentieverstorende gedragingen van een onderneming met een aanzienlijk marktaandeel. In de sector elektronische communicatie zijn de toegangsdrempels vaak hoog wegens de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke eisen waardoor het aantal beschikbare licenties of de levering van bepaalde diensten kan worden beperkt (nl. GSM/DCS of 3G-mobiele diensten (UMTS)). Bovendien is er ook sprake van toegangsdrempels wanneer voor het betreden van de betrokken markt grote investeringen noodzakelijk zijn en capaciteit voor een lange periode moet worden vastgelegd om winstgevend te kunnen zijn ⁽⁸⁵⁾. Hoge toegangsdrempels zijn misschien minder relevant op markten die door permanente technologische vooruitgang worden gekenmerkt. Op markten voor elektronische communicatie kunnen innovatieve bedreigingen van potentiële concurrenten die de markt nog niet hebben betreden, voor concurrentiedruk zorgen. Op dergelijke markten dient de beoordeling van de mededinging op prospectieve basis te geschieden.
81. Wat de relevantie van het begrip „essentiële faciliteiten” voor de toepassing van de nieuwe definitie van aanmerkelijke marktmacht betreft, is er voor het ogenblik geen jurisprudentie met betrekking tot de elektronische-communicatiesector. Dit begrip evenwel, dat vooral relevant is in het geval van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag, is minder relevant voor de voorafgaande beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 van de kaderrichtlijn. In het bijzonder is het beginsel van de „essentiële faciliteiten” complementair met de bestaande algemene verplichtingen die een onderneming met een machtspositie worden opgelegd, zoals de verplichting om geen onderscheid te maken tussen klanten, en is het in uitzonderlijke omstandigheden toegepast in zaken in het kader van artikel 82 van het EG-Verdrag, zoals wanneer door de weigering om te leveren of toegang te verschaffen aan derde partijen de opkomst van nieuwe markten of

nieuwe producten in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag, onder b), zou worden belemmerd of onmogelijk zou worden gemaakt. Het werd dus voornamelijk toegepast bij toegangskwesties of onder artikel 82 van het EG-Verdrag vallende zaken waarin geweigerd werd te leveren of te verkopen, zonder dat hierbij sprake was van een discriminerende behandeling. Krachtens de jurisprudentie kan een product of dienst enkel als „noodzakelijk” of „essentieel” worden beschouwd, als er geen reëel of potentieel substituuat voorhanden is. Ofschoon een onderneming die over een „essentiële faciliteit” beschikt per definitie ook over een machtspositie beschikt, is het omgekeerde niet altijd waar. Het feit dat een bepaalde faciliteit niet „essentieel” of „onmisbaar” is voor een economische activiteit op een bepaalde markt in de zin van de huidige jurisprudentie⁽⁸⁶⁾, sluit niet uit dat de eigenaar van die faciliteit niet toch over een machtspositie beschikt. Zo kan een netwerkexploitant, ofschoon er alternatieve concurrerende netwerken bestaan, over een machtspositie beschikken als de omvang van zijn netwerk hem in staat stelt zich onafhankelijk van de overige netwerkexploitanten te gedragen⁽⁸⁷⁾. Met andere woorden, er dient te worden nagegaan of een bepaalde faciliteit de eigenaar ervan aanmerkelijk marktmacht verschaft, terwijl niet hoeft te worden bepaald of de bedoelde faciliteit ook als „essentieel” of „onmisbaar” kan worden beschouwd in de zin van de huidige jurisprudentie.

82. Uit het voorgaande volgt dat het begrip „essentiële faciliteiten” minder relevant is voor de toepassing ex ante van artikel 14 van de kaderrichtlijn dan voor de toepassing ex post van artikel 82 van het EG-Verdrag.

3.1.1. Hefboomwerking van marktmacht

83. In artikel 14, lid 3, van de kaderrichtlijn is bepaald dat „wanneer een onderneming aanmerkelijke marktmacht op een specifieke markt bezit, zij ook kan worden aangemerkt als onderneming met een aanmerkelijke marktmacht op een nauw verwante markt als de koppelingen tussen beide markten van die aard zijn dat de marktmacht op de ene markt op de andere markt zo kan worden gebruikt dat de marktmacht van de onderneming wordt vergroot”.
84. Het doel van deze bepaling is een marktsituatie te onderkennen die te vergelijken valt met die welke aanleiding gaf tot het Tetra Pak II-arrest⁽⁸⁸⁾. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat een onderneming die een machtspositie bezat op één markt, en een leidende positie op een andere, doch nauw verwante markt, in een positie verkeerde die kon worden gelijkgesteld met een machtspositie op deze markten gezamenlijk. Dankzij haar leidende positie op de eerste markt en haar marktpositie op de verwante, secundaire markt, kon een onderneming de marktmacht die zij had op de eerste markt, als hefboom gebruiken en kon zij zich op die tweede markt onafhankelijk van haar klanten gedragen⁽⁸⁹⁾. Hoewel in de zaak Tetra Pak de gezamenlijke markten waarop Tetra Pak een machtspositie bleek te hebben horizontaal waren, zullen

zeer nauwe banden in de zin van de jurisprudentie van het Hof meestal worden aangetroffen in verticaal geïntegreerde markten. Dit is veelal het geval in de telecomunicatiesector, waar een exploitant vaak een machtspositie heeft op de infrastructuurmarkt en een leidende positie op de downstream dienstenmarkt⁽⁹⁰⁾. In dergelijke omstandigheden kan een NRI het passend achten te besluiten dat een dergelijke exploitant aanmerkelijke marktmacht heeft op beide markten gezamenlijk. In de praktijk zullen de NRI's evenwel, wanneer een onderneming is aangemerkt als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een upstream groothandels- of toegangsmarkt, gewoonlijk in staat zijn spill-over- of hefboomeffecten op downstream detailhandels- of dienstenmarkten te voorkomen door deze onderneming de in de toegangsrichtlijn bedoelde verplichtingen op te leggen waarmee dergelijke effecten worden vermeden. Daarom dient een NRI pas wanneer de ex ante-verplichtingen die een onderneming met een machtspositie op de upstream markt (toegang) zijn opgelegd, niet tot daadwerkelijke mededinging in de downstream markt (detailhandel) hebben geleid, te onderzoeken of artikel 14, lid 3, van toepassing kan zijn.

85. Bovenstaande overwegingen zijn ook relevant in verband met horizontale markten⁽⁹¹⁾. Onafhankelijk van het antwoord op de vraag of de beschouwde markten een verticaal of horizontaal karakter hebben, dient het bij beide markten bovendien om markten voor elektronische communicatie te gaan in de zin van artikel 2 van de kaderrichtlijn, die zulke kenmerken vertonen dat het opleggen van wettelijke ex ante-verplichtingen gerechtvaardigd is⁽⁹²⁾.

3.1.2. Collectieve machtspositie

86. Volgens artikel 82 van het EG-Verdrag kan een onderneming alleen of samen met andere ondernemingen een machtspositie bezitten (hierna „collectieve machtspositie” genoemd). Voorts kan een onderneming volgens artikel 14, lid 2, van de kaderrichtlijn alleen of samen met andere ondernemingen aanmerkelijke marktmacht bezitten, d.w.z. in een machtspositie verkeren.
87. In haar Bekendmaking inzake toegang had de Commissie verklaard dat zij, ook al waren toentertijd zowel haar eigen beschikkingenpraktijk als de jurisprudentie van het Hof nog in volle ontwikkeling, zou oordelen dat twee of meer ondernemingen een collectieve machtspositie zouden bezitten wanneer ze nagenoeg dezelfde positie ten aanzien van hun klanten en concurrenten zouden innemen als één enkele onderneming met een machtspositie, mits er geen daadwerkelijke mededinging tussen deze ondernemingen zou bestaan. Het gebrek aan concurrentie zou in de praktijk het gevolg kunnen zijn van het bestaan van bepaalde banden tussen die ondernemingen. De Commissie had echter ook verklaard dat het bestaan van dergelijke banden geen noodzakelijke voorwaarde was om van een collectieve machtspositie te spreken⁽⁹³⁾.

88. Sinds de publicatie van de Bekendmaking inzake toegang is het begrip „collectieve machtspositie” ook getest in een aantal beschikkingen die de Commissie heeft gegeven op grond van Verordening nr. 17 en de concentratieverordening. Bovendien hebben zowel het Gerecht van eerste aanleg (GEA) als het Europese Hof van Justitie (EHvJ) arresten gewezen die hebben bijgedragen tot een verdere verduidelijking van de precieze reikwijdte van dit begrip.

3.1.2.1. Jurisprudentie van het GEA/EHvJ

89. De uitdrukking „een of meer ondernemingen” in artikel 82 van het EG-Verdrag impliceert dat het kan voorkomen dat twee of meer economische entiteiten die juridisch en economisch van elkaar gescheiden zijn, een machtspositie hebben ⁽⁹⁴⁾.

90. Tot het arrest van het EHvJ in de zaak Compagnie Maritime Belge ⁽⁹⁵⁾ en de uitspraak van het GEA in de zaak Gencor ⁽⁹⁶⁾ (zie onder), kon worden gesteld dat een collectieve machtspositie werd aangetoond aan de hand van het bestaan van economische banden, opgevat als structurele banden, of andere factoren die zouden kunnen leiden tot een connectie tussen de betrokken ondernemingen ⁽⁹⁷⁾. De vraag of er ook sprake kan zijn van een machtspositie op een oligopolide markt, dat wil zeggen een markt met slechts enkele aanbieders, in afwezigheid van enige band tussen de op deze markt aanwezige ondernemingen, werd voor het eerst aan de orde gesteld in de zaak Gencor. Daarbij ging het om de rechtsgeldigheid van een beschikking van de Commissie op grond van de concentratieverordening, waarbij de aangemelde transactie werd verboden omdat deze zou leiden tot de vorming van een duopolide markt die bevorderlijk zou zijn voor het ontstaan van een oligopolide machtspositie ⁽⁹⁸⁾. Voor het GEA voerden partijen aan dat de Commissie had nagelaten te bewijzen dat er banden bestonden tussen de leden van het duopolie in de zin van de bestaande jurisprudentie.

91. Het GEA verwierp het verzoek, onder andere omdat er geen juridisch precedent bestond op grond waarvan het begrip „economische banden” beperkt zou blijven tot het begrip structurele banden tussen de betrokken ondernemingen. Volgens het GEA „is er juridisch noch economisch enige reden om de relatie van onderlinge afhankelijkheid van de leden van een hecht oligopolie — waarbinnen zij op een markt met de desbetreffende kenmerken, waaronder concentratie van de markt, transparantie en producthomogeniteit, hun wederzijdse gedragingen kunnen voorzien en er dus sterk toe worden aangezet hun gedragingen op de markt onderling af te stemmen om aldus, via beperking van de productie in de hoop daarmee de prijs op te drijven, met name hun gezamenlijke winst te vergroten — van het begrip economische banden uit te sluiten. In een dergelijke situatie van een hecht monopolie beseft elke marktdeelnemer dat indien hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten (bijvoorbeeld door de prijs te verlagen), anderen soortgelijke stappen zouden ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zou opleveren. Alle marktdeelnemers zouden dan van de prijsdaling te lijden hebben” ⁽⁹⁹⁾. Het Gerecht wees erop dat de markt dusda-

nig van aard kan zijn dat „iedere marktdeelnemer zich bewust kan worden van de gemeenschappelijke belangen en met name de prijzen kan laten stijgen, zonder een overeenkomst te moeten sluiten of zijn toevlucht te moeten nemen tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging” ⁽¹⁰⁰⁾.

92. De uitspraak van het GEA in de zaak Gencor is vervolgens bevestigd door het EHvJ in de zaak Compagnie Maritime Belge, waarin het Hof verdere richtsnoeren geeft over hoe het begrip collectieve machtspositie moet worden uitgelegd en aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om tot een dergelijke constatering te komen. Volgens het Hof is het, om aan te tonen dat twee of meer ondernemingen een collectieve machtspositie hebben, noodzakelijk om na te gaan of de betrokken ondernemingen tezamen, op een specifieke markt, een collectieve eenheid vormen ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten ⁽¹⁰¹⁾. Dit zal het geval zijn wanneer er i) geen daadwerkelijke mededinging bestaat tussen de betrokken ondernemingen en ii) de betrokken ondernemingen een uniform gedrag vertonen of een gemeenschappelijk beleid voeren op de relevante markt ⁽¹⁰²⁾. Uitsluitend wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dient te worden onderzocht, of deze collectieve eenheid daadwerkelijk een machtspositie inneemt ⁽¹⁰³⁾. In het bijzonder moet worden nagegaan of er economische banden bestaan tussen de betrokken ondernemingen die hen in staat stellen zich onafhankelijk van hun concurrenten, afnemers en consumenten te gedragen. Het Hof heeft erkend dat de tenuitvoerlegging van een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging (waarvoor al dan niet een vrijstelling krachtens artikel 81 van het EG-Verdrag, lid 3, is verleend) onbetwistbaar tot gevolg kan hebben, dat de betrokken ondernemingen zich wat hun gedrag op een bepaalde markt betreft zodanig met elkaar hebben verbonden, dat zij op deze markt ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten als een collectieve eenheid optreden ⁽¹⁰⁴⁾.

93. Het loutere feit dat twee of meer ondernemingen verbonden zijn door middel van een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81 van het EG-Verdrag, lid 1, betekent echter op zichzelf niet dat de noodzakelijke grond voor een dergelijke constatering aanwezig is. Zoals het Hof heeft gesteld, kan de vaststelling dat er een collectieve machtspositie bestaat „ook gegrond zijn op andere banden en afhangen van een economische beoordeling, met name een beoordeling van de structuur van de betrokken markt” ⁽¹⁰⁵⁾.

94. Uit de arresten in de zaken Gencor en Compagnie Maritime Belge vloeit voort dat, ofschoon het bestaan van structurele banden een basis kan zijn voor de vaststelling van een collectieve machtspositie, een dergelijke vaststelling ook kan worden gedaan met betrekking tot een oligopolide of sterk geconcentreerde markt waarvan de structuur op zichzelf, in het bijzonder, bevorderlijk is voor de coördinatie van het concurrentiegedrag op de relevante markt ⁽¹⁰⁶⁾.

3.1.2.2. Beschikkingenpraktijk van de Commissie en bijlage II van de kaderrichtlijn

95. In een aantal beschikkingen die in het kader van de concentratieverordening zijn gegeven, is de Commissie ingegaan op het begrip collectieve machtspositie. In die gevallen heeft zij getracht te verifiëren of de structuur van de betrokken oligopolide markten bevorderlijk was voor coördinatie van het concurrentiegedrag op die markten ⁽¹⁰⁷⁾.
96. Bij de voorafgaande beoordeling van de waarschijnlijkheid van het bestaan of de opkomst van een markt die bevorderlijk is of kan worden voor een collectieve machtspositie, in de vorm van stilzwijgende coördinatie, dienen de NRI's na te gaan:
- a) of de kenmerken van de markt haar geschikt maken voor stilzwijgende coördinatie, en
 - b) of een dergelijke vorm van coördinatie duurzaam is, d.w.z. i) of een van de oligopolisten over de mogelijkheid en de drijfveren beschikt om af te wijken van het gecoördineerde resultaat, gelet op de mogelijkheden en de drijfveren van de coördinerende partijen om vergeldingsmaatregelen te treffen en ii) of de kopers/niet-coördinerende concurrenten/potentiële marktdeelnemers de mogelijkheid en de drijfveren hebben om tegen het concurrentievervalsende, gecoördineerde resultaat in te gaan ⁽¹⁰⁸⁾.
97. Deze analyse wordt vereenvoudigd door te kijken naar een aantal criteria die in bijlage II van de kaderrichtlijn zijn samengevat en die ook door de Commissie zijn gebruikt bij de toepassing van het begrip collectieve machtspositie in het kader van de concentratieverordening. Volgens deze bijlage kan „van twee of meer ondernemingen worden geconstateerd dat zij een gezamenlijke machtspositie hebben in de zin van artikel 14 indien zij, ook al zijn er geen structurele of andere banden tussen hen, opereren op een markt waarvan de structuur gecoördineerde effecten bevordert ⁽¹⁰⁹⁾. Behoudens de jurisprudentie van het Hof van Justitie betreffende gezamenlijke collectieve machtspositie, zal dit waarschijnlijk het geval zijn als de markt een aantal passende kenmerken vertoont, met name inzake marktconcentratie, transparantie en andere hierna genoemde kenmerken:
- een volgroeide markt;
 - stagnerende of matige groei aan de vraagzijde;
 - geringe elasticiteit van de vraag;
 - een homogeen product;
 - vergelijkbare kostenstructuren;
 - vergelijkbare marktaandelen;
 - het ontbreken van technische innovatie, volgroeide technologie;
 - geen overcapaciteit;
- hoge drempels bij het betreden van de markt;
 - geen tegenwicht aan de koperszijde;
 - geen potentiële concurrentie;
 - verschillende informele of andersoortige banden tussen de betrokken ondernemingen;
 - vergeldingsmechanismen;
 - het geheel ontbreken van of weinig ruimte voor prijsconcurrentie”.
98. In bijlage II van de kaderrichtlijn wordt uitdrukkelijk gesteld dat het hierbij niet om een uitputtende lijst gaat en dat de criteria niet cumulatief zijn. De lijst dient ter illustratie van de factoren die als bewijs kunnen dienen om het bestaan van een collectieve (oligopolide) machtspositie in de vorm van stilzwijgende coördinatie, aan te tonen ⁽¹¹⁰⁾. Zoals eerder gesteld, blijkt uit bovenstaande lijst dat het bestaan van structurele banden tussen de betrokken ondernemingen geen noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van een collectieve machtspositie. Het is evenwel duidelijk dat waar dergelijke banden bestaan, zij, tezamen met andere voornoemde criteria, de verklaring vormen waarom in een gegeven oligopolide markt coördinatie van het concurrentiegedrag kan ontstaan. Indien dergelijke banden ontbreken dient, teneinde vast te stellen of een markt bevorderlijk is voor het ontstaan van een collectieve machtspositie, in de vorm van stilzwijgende coördinatie, een aantal kenmerken van de markt te worden geanalyseerd. Ofschoon deze kenmerken dikwijls worden gepresenteerd in de vorm van bovenstaande lijst, dienen zij toch allemaal te worden onderzocht en dient een volledige analyse plaats te vinden in plaats van een mechanische toepassing van een checklist. Afhankelijk van de omstandigheden in kwestie, zal het feit dat een van de structurele elementen die gewoonlijk met een collectieve machtspositie samenhangen, niet duidelijk aanwezig is, op zichzelf niet voldoende zijn om de mogelijkheid van het bestaan van een gecoördineerd resultaat uit te sluiten ⁽¹¹¹⁾.
99. Op een oligopolide markt waar aan de meeste, zo niet alle, voornoemde criteria is voldaan, moet worden onderzocht of, in het bijzonder, marktdeelnemers sterke drijfveren hebben om tot coördinatie van de ontwikkelingen op de markt te komen en zich van concurrerende gedragingen te onthouden. Dit zal het geval zijn wanneer de lange-termijnvoordelen van concurrentievervalsende gedragingen de korte-termijnwinsten die worden behaald met concurrerende gedragingen, overtreffen.
100. Het dient te worden benadrukt dat enkel de conclusie dat een markt geconcentreerd is, niet noodzakelijk ook bewijst dat de structuur ervan bevorderlijk is voor een collectieve machtspositie in de vorm van stilzwijgende coördinatie ⁽¹¹²⁾.

101. Tot besluit zullen bij de toepassing van het begrip collectieve machtspositie in de vorm van stilzwijgende coördinatie, die criteria het meeste gewicht hebben, die van kritisch belang zijn voor een gecoördineerd resultaat op de specifieke markt in kwestie. Zo heeft de Commissie in zaak nr. COMP/M.2499, Norske Skog/Parenco/Walsum, geconcludeerd dat ook al waren de markten voor krantenpapier en houtbevattend tijdschriftenpapier sterk geconcentreerd, de producten homogeen, de vraag weinig elastisch, de kopersmacht beperkt en de drempels voor marktbetreding hoog, de mogelijkheid van stilzwijgende coördinatie onder oligopolisten onwaarschijnlijk en onverdedigbaar werd gemaakt door de beperkte stabiliteit van de marktaandelen, het gebrek aan symmetrie van de kostenstructuren en met name het gebrek aan transparantie van investeringsbeslissingen en het ontbreken van geloofwaardige vergeldingsmechanismen⁽¹¹³⁾.
- 3.1.2.3. Collectieve machtspositie en de telecommunicatiesector
102. Bij de toepassing van het begrip collectieve machtspositie kunnen de NRI's ook rekening houden met beschikkingen met betrekking tot de sector elektronische communicatie die werden vastgesteld uit hoofde van de concentratieverordening, waarin de Commissie heeft onderzocht of de aangemelde transacties tot een collectieve machtspositie zouden leiden.
103. In de zaak MCI WorldCom/Sprint heeft de Commissie onderzocht of de gefuseerde onderneming samen met Concert Alliance een collectieve machtspositie zou krijgen op de markt voor wereldwijde telecommunicatiediensten (GTS). Gezien het feit dat de exploitanten op die markt met elkaar concurreren op basis van offertes waarbij de aanbieder eigenlijk al in de eerste stadia van de aanbesteding wordt geselecteerd op grond van zijn vermogen om op de klant afgestemde diensten van hoge kwaliteit te leveren en niet op grond van de prijzen, ging de aandacht bij het onderzoek van de Commissie vooral uit naar de drijfveren van de marktdeelnemers om zich tot parallelle gedragingen te laten verleiden ten aanzien van wie welke aanbestedingen zou winnen (en wie welke aanbestedingen ook werkelijk heeft gewonnen)⁽¹¹⁴⁾. Na een diepgaand onderzoek naar de structuur van de markt (homogeen product, hoge drempels voor marktbetreding, kopersmacht als tegenwicht, enz.) kwam de Commissie tot de conclusie dat zij niet in staat was het ontbreken van concurrentiedruk van de feitelijke concurrenten aan te tonen, een cruciale factor bij het beantwoorden van de vraag of parallelle gedragingen kunnen standhouden, en besloot zij derhalve haar bezwaren in verband met die markt in te trekken⁽¹¹⁵⁾.
104. In de zaak BT/Esat⁽¹¹⁶⁾ onderzocht de Commissie onder andere of de marktvoorwaarden op de Ierse markt voor internettoegang via inbelverbindingen zouden kunnen leiden tot een duopolie van de nationale exploitant, Eircom, en de gefuseerde onderneming. De Commissie kwam tot de conclusie dat dit om de volgende redenen niet het geval was: ten eerste waren de marktaandelen niet stabiel, ten tweede verdubbelde de vraag zich elke zes maanden, ten derde waren de producten voor internettoegang niet homogeen, en tenslotte vormden technologische ontwikkelingen één van de voornaamste kenmerken van de markt⁽¹¹⁷⁾.
105. In de zaak Vodafone/Airtouch⁽¹¹⁸⁾ kwam de Commissie tot de conclusie dat de gefuseerde onderneming de gezamenlijke zeggenschap zou verwerven over twee van de vier exploitanten van mobiele telefonie die actief waren op de Duitse markt voor mobiele telefonie (D2 en E-Plus, de andere twee zijn T-Mobil en VIAG Interkom). Aangezien de toetreding tot de markt sterk gereguleerd was, in die zin dat vergunningen beperkt waren tot het aantal beschikbare radiofrequenties, en de marktvoorwaarden transparant waren, kon niet worden uitgesloten dat dergelijke factoren zouden leiden tot het ontstaan van een duopolie dat bevorderlijk zou zijn voor de coördinatie van het concurrentiegedrag⁽¹¹⁹⁾.
106. In de zaak France Telecom/Orange concludeerde de Commissie dat de twee bestaande marktdeelnemers, Proximus en Mobistar, voorafgaand aan de komst van Orange op de Belgische markt voor mobiele telefonie, een collectieve machtspositie hadden. Zoals de Commissie heeft gesteld, hadden beide exploitanten gedurende de vier jaar die voorafgingen aan de komst van Orange nagenoeg identieke en transparante prijzen, waarbij de prijsontwikkelingen exact dezelfde tendensen vertoonden⁽¹²⁰⁾. In dezelfde beschikking wees de Commissie voorts klachten van derden af als zou het gevaar bestaan dat Vodafone en France Telecom zich een machtspositie zouden kunnen verwerven op de markt voor de verstrekking van pan-Europese mobiele telefoniediensten aan internationale reizigers. Afgezien van de grote verschillen tussen de marktaandelen van beide exploitanten, werd geconcludeerd dat het ging om een jonge, zich ontwikkelende markt, die gekenmerkt werden door een toenemende vraag en uiteenlopende diensten en prijzen⁽¹²¹⁾.
- 4. OPLEGGEN, HANDHAVEN, WIJZIGEN OF INTREKKEN VAN VERPLICHTINGEN UIT HOOFDE VAN HET REGELGEVINGSKADER**
107. Hoofdstuk 3 van deze richtsnoeren had betrekking op de analyse van relevante markten die de NRI's op grond van artikel 16 van de kaderrichtlijn moeten verrichten teneinde te bepalen of een markt daadwerkelijk concurrerend is, d.w.z. of er ondernemingen op die markt zijn die een machtspositie hebben. Het nu volgende hoofdstuk heeft ten doel de NRI's te helpen bij het gevolg dat aan die analyse moet worden gegeven, d.w.z. het opleggen, handhaven, wijzigen of intrekken, naar gelang van het geval, van specifieke wettelijke verplichtingen voor ondernemingen die zijn aangemerkt als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. In dit hoofdstuk worden ook de voorwaarden beschreven waaronder soortgelijke verplichtingen als die welke aan exploitanten met aanmerkelijke marktmacht kunnen worden opgelegd in uitzonderlijke gevallen ook kunnen worden opgelegd aan ondernemingen die niet, over aanmerkelijke marktmacht beschikken.
108. Deze specifieke wettelijke verplichtingen die aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht kunnen worden opgelegd, kunnen zowel voor de groothandels- als voor de detailhandelsmarkt gelden. De verplichtingen in verband met groothandelsmarkten zijn in principe uiteengezet in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn. De verplichtingen in verband met detailhandelsmarkten zijn beschreven in de artikelen 17 tot en met 19 van de universele-dienstrichtlijn.

109. De in de toegangsrichtlijn uiteengezette verplichtingen zijn: transparantie (artikel 9); non-discriminatie (artikel 10); verplichting tot het voeren van gescheiden boekhoudingen (artikel 11), verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten (artikel 12) en verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoerekening (artikel 13). Daarenboven is in artikel 8 van de toegangsrichtlijn bepaald dat de NRI's ook nog andere verplichtingen kunnen opleggen. Daartoe moeten zij een verzoek tot de Commissie richten, die daarover een beslissing neemt na het advies van het Comité voor communicatie te hebben ingewonnen over de vraag of de betrokken NRI toestemming moet krijgen om dergelijke verplichtingen op te leggen.
110. De in de universele-dienstrichtlijn uiteengezette verplichtingen zijn: voorgeschreven controles betreffende diensten aan eindgebruikers (artikel 17), beschikbaarheid van het minimumpakket van huurlijnen (artikel 18 en bijlage VII) en carrierkeuze en -voorkeuze (artikel 19).
111. Volgens het regelgevingskader dienen deze verplichtingen alleen te worden opgelegd aan ondernemingen die zijn aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt, behalve in bepaalde gedefinieerde gevallen, die in hoofdstuk 4.3 worden genoemd.
- 4.1. Opleggen, handhaven, wijzigen of intrekken van verplichtingen voor exploitanten met aanmerkelijke marktmacht**
112. Zoals is uiteengezet in hoofdstuk 1, houdt het begrip daadwerkelijke mededinging in dat er geen bedrijf is met een machtspositie op de relevante markt. Met andere woorden, de conclusie dat een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is, staat in feite gelijk met de constatering dat er geen individuele of collectieve machtspositie op die markt bestaat. Omgekeerd is de conclusie dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, in feite equivalent met de constatering dat er een individuele of collectieve machtspositie op die markt bestaat.
113. Indien een NRI besluit dat er op een relevante markt daadwerkelijke mededinging bestaat, is het haar niet toegestaan uit hoofde van artikel 16 verplichtingen op te leggen aan welke exploitant op die relevante markt dan ook. Indien de NRI eerder wettelijke verplichtingen aan een of meer ondernemingen op de betrokken markt had opgelegd, dient de NRI deze verplichtingen in te trekken en mag zij de betrokken onderneming(en) geen nieuwe verplichtingen opleggen. Zoals is bepaald in artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn, moet de NRI, wanneer zij voorstelt wettelijke verplichtingen in te trekken, de partijen die daarvan gevolgen ondervinden, binnen een redelijke periode van te voren daarvan in kennis stellen.
114. Als een NRI constateert dat er op de relevante markt geen daadwerkelijke mededinging bestaat omdat een of meer ondernemingen over een machtspositie beschikken, dient zij de betrokken onderneming(en) in overeenstemming met artikel 16, lid 4, van de kaderrichtlijn aan te wijzen als onderneming(en) met aanmerkelijke marktmacht en deze onderneming(en) wettelijke verplichtingen op te leggen. Het aanwijzen van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een bepaalde markt zonder wettelijke verplichtingen op te leggen is evenwel niet verenigbaar met de bepalingen van het nieuwe regelgevingskader, met name artikel 16, lid 4, van de kaderrichtlijn. Met andere woorden, een NRI moet een marktpartij die is aangemerkt als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht ten minste één wettelijke verplichting opleggen. Wanneer een NRI bepaalt dat er meer dan een onderneming met een machtspositie bestaat, d.w.z. dat er sprake is van een collectieve machtspositie, dient zij, rekening houdende met het evenredigheidsbeginsel, tevens te bepalen wat de meest geschikte wettelijke verplichtingen zijn.
115. Indien een onderneming al eerder is onderworpen aan verplichtingen uit hoofde van het regelgevingskader van 1998, moet de NRI, op basis van een nieuwe marktanalyse die overeenkomstig deze richtsnoeren plaatsvindt, onderzoeken of soortgelijke verplichtingen in het nieuwe regelgevingskader nog steeds op hun plaats zijn. Als van een onderneming geconstateerd wordt dat deze binnen het nieuwe regelgevingskader op een relevante markt over aanmerkelijke marktmacht beschikt, kunnen soortgelijke wettelijke verplichtingen als die welke op grond van het regelgevingskader van 1998 waren opgelegd, worden gehandhaafd. Maar deze verplichtingen mogen ook worden aangepast of er mogen nieuwe verplichtingen als bedoeld in het nieuwe regelgevingskader worden opgelegd indien de NRI dit noodzakelijk acht.
116. Behalve wanneer internationale verplichtingen van de Gemeenschap uit hoofde van internationale verdragen de keuze van de wettelijke verplichting voorschrijven (zie hoofdstuk 4.4) of wanneer de richtlijnen bepaalde maatregelen voorschrijven, zoals in het kader van de artikelen 18 en 19 van de universele-dienstrichtlijn, zullen de NRI's een keuze moeten maken uit de wettelijke verplichtingen waarin de richtlijnen voorzien om een bepaald probleem in een markt waarop geen daadwerkelijke mededinging blijkt te bestaan, op te lossen. Wanneer NRI's voornemens zijn andere verplichtingen inzake toegang en interconnectie op te leggen dan die waarin de toegangsrichtlijn voorziet, dienen zij een verzoek om goedkeuring van de voorgenomen handelwijze bij de Commissie in te dienen. De Commissie dient het Comité voor Communicatie om advies te vragen alvorens een beslissing te nemen.
117. Het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 8 van de kaderrichtlijn, bepaalt dat de NRI's zich ervan dienen te vergewissen dat de door hen uit hoofde van artikel 16 van de kaderrichtlijn aan exploitanten met aanmerkelijke marktmacht opgelegde maatregelen gerechtvaardigd zijn op grond van de doelstellingen van artikel 8 en in evenredigheid zijn met de realisatie van die doelstellingen. Elke door een NRI opgelegde verplichting dient dus in verhouding te staan tot het op te lossen probleem. Artikel 7 van de kaderrichtlijn bepaalt dat de NRI's een uiteenzetting moeten geven van de redenen waarop een voorgestelde maatregel gebaseerd is wanneer zij de overige NRI's en de Commissie in kennis stellen van die maatregel. In hun besluiten dienen de NRI's dus niet alleen een marktanalyse op te nemen waaruit blijkt dat de betrokken ondernemingen over aanmerkelijke marktmacht beschikken, maar ook een rechtvaardiging van de voorgestelde maatregel in relatie tot de doelstellingen van artikel 8, evenals een verklaring waarin wordt uitgelegd waarom het besluit als evenredig dient te worden beschouwd.

118. Het evenredigheidsbeginsel is één van de voornaamste criteria die de Commissie zal gebruiken bij het beoordelen van de maatregelen die worden voorgesteld door NRI's overeenkomstig de procedure van artikel 7 van de kaderrichtlijn. Het evenredigheidsbeginsel is stevig verankerd in het Gemeenschapsrecht. In feite bepaalt het dat de middelen die worden gebruikt om een bepaald doel te bereiken, zich dienen te beperken tot hetgeen passend en noodzakelijk is om dat doel te realiseren. Teneinde te bepalen of een voorgestelde maatregel in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, moet deze op een legitiem doel zijn gericht en dienen de middelen die worden gebruikt om dit doel te bereiken, niet alleen noodzakelijk maar ook zo min mogelijk belastend te zijn, d.w.z. zich te beperken tot het minimum dat noodzakelijk is om het doel te bereiken.
119. Met name in het beginstadium van de toepassing van het nieuwe regelgevingskader zal de Commissie evenwel niet van de NRI's verwachten dat zij de bestaande wettelijke verplichtingen voor exploitanten met aanmerkelijk marktmacht ook intrekken als deze waren afgestemd op legitieme en nog steeds relevante behoeften, tenzij duidelijk wordt aangetoond dat deze verplichtingen hun doel hebben bereikt en daarom niet langer noodzakelijk zijn omdat er op de relevante markt daadwerkelijke mededinging geacht wordt te bestaan. Het nieuwe regelgevingskader voorziet in verschillende maatregelen voor verschillende problemen en de maatregelen moeten daarom op het probleem in kwestie worden afgestemd.
120. De Commissie zal, wanneer zij op grond van artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn wordt geraadpleegd, ook nagaan of een door een NRI genomen maatregel in overeenstemming is met het regelgevingskader in zijn algemeenheid, en zal tevens de effecten van genoemde maatregel voor de interne markt onderzoeken.
121. De Commissie zal de NRI's helpen ervoor te zorgen dat zij bij de keuze van de maatregelen zoveel mogelijk dezelfde aanpak volgen wanneer zich in verschillende lidstaten soortgelijke gevallen voordoen. Bovendien dienen de NRI's te trachten om, zoals bedoeld in artikel 7, lid 2, van de kaderrichtlijn, overeenstemming te bereiken over de maatregelen die het meest geschikt zijn om het hoofd te bieden aan bepaalde situaties die zich op de markt voordoen.
- 4.2. Transnationale markten: gezamenlijke analyse door de NRI's**
122. Artikel 15, lid 4, van de kaderrichtlijn geeft de Commissie de bevoegdheid om een beschikking vast te stellen waarmee transnationale product- en dienstenmarkten worden aangewezen, dat wil zeggen de gehele Gemeenschap of een aanzienlijk deel ervan omvatten. Krachtens artikel 16, lid 5, van de kaderrichtlijn dienen de betrokken NRI's dan gezamenlijk de marktanalyse uit te voeren en te beslissen of verplichtingen zullen worden opgelegd. In de praktijk wordt verwacht dat de Europese Groep van Regelgevers een geschikt platform voor een dergelijke analyse zal bieden.
123. In het algemeen zullen bij een gezamenlijke analyse door de NRI's soortgelijke procedures (bijvoorbeeld voor openbare raadpleging) worden gevolgd als bij een marktanalyse die door één enkele NRI wordt uitgevoerd. Er dienen gedetailleerde afspraken te worden gemaakt over de gezamenlijke analyse en besluitvorming.
- 4.3. Opleggen van specifieke wettelijke verplichtingen aan exploitanten zonder aanmerkelijke marktmacht**
124. In de voorgaande punten van dit hoofdstuk zijn de procedures uiteengezet volgens welke bepaalde specifieke verplichtingen kunnen worden opgelegd aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht uit hoofde van de artikelen 7 en 8 van de toegangsrichtlijn en de artikelen 16 tot en met 19 van de universele-dienstrichtlijn. Soortgelijke verplichtingen kunnen bij wijze van uitzondering worden opgelegd aan andere exploitanten dan die welke zijn aangemerkt als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, en wel in de volgende gevallen, waaraan wordt gerefereerd in artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn:
- verplichtingen welke onder meer betrekking hebben op toegang tot voorwaardelijke-toegangssystemen ten einde de eind-tot-eind interoperabiliteit en de toegang tot applicatieprogramma-interfaces en elektronische programmagidsen te garanderen met de bedoeling de toegankelijkheid van gespecificeerde digitale tv- en radio-omroepdiensten te waarborgen (artikel 5, lid 1, artikel 5, lid 2 en artikel 6 van de toegangsrichtlijn);
 - verplichtingen tot collocatie die de NRI's kunnen opleggen wanneer andere ondernemingen op grond van voorschriften inzake milieubescherming, volksgezondheid of openbare veiligheid, dan wel om stedenbouwkundige en planologische redenen niet kunnen beschikken over levensvatbare alternatieven voor collocatie (artikel 12 van de kaderrichtlijn);
 - verplichtingen tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor ondernemingen die elektronische communicatiediensten leveren en die over bijzondere of uitsluitende rechten in andere sectoren beschikken (artikel 13 van de kaderrichtlijn);
 - verplichtingen die verband houden met toezeggingen die een onderneming in het kader van een op mededinging gebaseerde of vergelijkende selectieprocedure heeft gedaan om het gebruiksrecht op een radiofrequentie te verwerven (voorwaarde B7 van de bijlage bij de machtigingsrichtlijn, toegepast via artikel 6, lid 1, van die richtlijn);
 - verplichtingen tot het afhandelen van gesprekken naar abonnees die gebruik maken van specifieke onderdelen van de nummervoorraad en verplichtingen ten aanzien van nummerportabiliteit (artikelen 27, 28 en 30 van de universele-dienstrichtlijn);
 - verplichtingen die gebaseerd zijn op de relevante bepalingen van de gegevensbeschermingsrichtlijn; en
 - verplichtingen die worden opgelegd aan exploitanten zonder aanmerkelijke marktmacht teneinde te voldoen aan de internationale verplichtingen van de Gemeenschap.

4.4. Samenhang met de WTO-verplichtingen

125. De EG is in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) verplichtingen aangegaan met betrekking tot ondernemingen die worden beschouwd als „grote leveranciers” van basistelecommunicatiediensten⁽¹²²⁾. Voor dergelijke ondernemingen gelden alle verplichtingen die voortvloeien uit de verbintenissen die de EG en de lidstaten zijn aangegaan in het kader van het WTO-akkoord inzake basistelecommunicatiediensten. De bepalingen van het nieuwe regelgevingskader, in het bijzonder die met betrekking tot toegang en interconnectie, zorgen ervoor dat de NRI's de relevante verplichtingen die de EG en de lidstaten in WTO-verband zijn aangegaan, blijven toepassen op ondernemingen die als „grote leveranciers” zijn te beschouwen.

5. ONDERZOEKBEVOEGDHEID EN SAMENWERKINGSPROCEDURES TEN BEHOEVE VAN DE MARKTANALYSE

5.1. Overzicht

126. In dit deel van de richtsnoeren wordt ingegaan op de procedures met betrekking tot de bevoegdheid van een NRI om de voor de marktanalyse vereiste informatie te vergaren.

127. Het regelgevingskader bevat bepalingen die de NRI's de bevoegdheid geven om bij ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken exploiteren, alle benodigde informatie, ook vertrouwelijke, op te vragen, voor het beoordelen van de concurrentiesituatie en het opleggen van adequate ex ante-verplichtingen, teneinde de naleving van de kaderrichtlijn te verzekeren.

128. Dit deel van de richtsnoeren geeft ook aanwijzingen omtrent de maatregelen die moeten zorgen voor doelmatige samenwerking tussen de NRI's en NMa's op nationaal niveau en tussen de NRI's, de NMa's en de Commissie op communautair niveau. In het bijzonder wordt in dit deel ingegaan op de uitwisseling van informatie tussen deze autoriteiten.

129. De markten in de sector elektronische communicatie zijn dynamisch en de structuur ervan verandert snel. De NRI's moeten erop toezien dat de beoordeling van de concurrentiesituatie, de openbare raadpleging en het aanmerken van marktpartijen als ondernemingen met aanzienlijke marktmacht binnen een redelijke termijn worden uitgevoerd. Onnodige vertraging in het besluitvormingsproces zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor de belangstelling van ondernemingen om in de relevante markt te investeren, en daardoor ook voor de belangen van de consument.

5.2. Marktanalyse en onderzoekbevoegdheden

130. Uit hoofde van artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn moeten de NRI's zo snel mogelijk na de vaststelling of herziening van de aanbeveling en de beschikking een analyse maken van de daarin vermelde markten. De conclusies van de marktanalyse voor elk van de relevante markten dienen samen met de voorgestelde reguleringsmaatregel te worden gepubliceerd en te worden onderworpen aan een openbare raadpleging als beschreven in hoofdstuk 6.

131. Om de marktanalyse te kunnen uitvoeren dienen de NRI's eerst alle informatie te verzamelen die zij noodzakelijk achten om een beoordeling te kunnen maken van de marktmacht op een gegeven markt. Voor zover dergelijke informatie rechtstreeks van ondernemingen dient te worden verkregen, bepaalt artikel 11 van de machtigingsrichtlijn dat ondernemingen via de voorwaarden van hun algemene machtiging moeten worden verplicht de informatie te verstrekken die de NRI's nodig hebben om een marktanalyse in de zin van artikel 16, lid 2, van de kaderrichtlijn uit te voeren. Dit wordt gecompliceerd door een bepaling van een meer algemene strekking in artikel 5, lid 1, van de kaderrichtlijn, die de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken exploiteren, alle informatie verstrekken die de NRI's nodig hebben om toe te zien op de naleving van het Gemeenschapsrecht.

132. Wanneer een NRI een onderneming om informatie vraagt dient zij haar verzoek met redenen te omkleden en aan te geven binnen welke termijn de informatie uiterlijk moet zijn verstrekt. Zoals bepaald in artikel 10, lid 4, van de machtigingsrichtlijn kunnen de NRI's worden gemachtigd om financiële sancties op te leggen aan ondernemingen die nalaten informatie te verstrekken.

133. Overeenkomstig artikel 5, lid 4, van de kaderrichtlijn dienen de NRI's alle informatie te publiceren die kan bijdragen tot een open en concurrerende markt, handelend in overeenstemming met de nationale regels inzake de toegang van het publiek tot informatie en met inachtneming van de communautaire en nationale voorschriften betreffende het zakengeheim.

134. Wat betreft informatie met een vertrouwelijk karakter, bepaalt artikel 5, lid 3, evenwel dat de NRI's de vertrouwelijkheid van dergelijke informatie dienen te garanderen conform de communautaire en nationale voorschriften betreffende het zakengeheim. Deze vertrouwelijkheidsbepaling geldt tevens voor informatie die in vertrouwen van een andere openbare instantie is ontvangen.

5.3. Samenwerkingsprocedures

Tussen NRI's en NMa's

135. Artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaalt dat de NRI's de NMa's zo nodig bij de marktanalyses dienen te betrekken. De lidstaten dienen te voorzien in de nodige procedures om te garanderen dat de analyse als bedoeld in artikel 16 van de kaderrichtlijn op doeltreffende wijze wordt uitgevoerd. Aangezien de NRI's hun marktanalyse volgens de methodes van het mededingingsrecht uitvoeren, zijn de standpunten van de NMa's met betrekking tot de beoordeling van de mededingingssituatie uiterst relevant. De samenwerking tussen de NRI's en de NMa's is essentieel, maar de NRI's blijven wettelijk verantwoordelijk voor de betrokken analyse. Wanneer de in artikel 16 van de kaderrichtlijn bedoelde taken op grond van de nationale wetgeving door twee of meer afzonderlijke regelgevingsinstanties worden verricht, dienen de lidstaten voor een duidelijke taakverdeling te zorgen en in procedures voor onderlinge raadpleging en samenwerking tussen de regelgevers te voorzien teneinde de samenhang van de analyse van de relevante markten te garanderen.

136. Artikel 3, lid 5, van de kaderrichtlijn bepaalt dat de NRI's en de NMa's elkaar de informatie verstrekken die zij nodig hebben voor de toepassing van het regelgevingskader en de instantie die de informatie ontvangt dient hetzelfde niveau van vertrouwelijkheid te garanderen als de instantie die deze heeft verstrekt. De NMa's moeten de NRI's daarom alle relevante informatie verstrekken die de NMa's dankzij hun onderzoek- en handhavingsbevoegdheden hebben verkregen, ook als deze vertrouwelijk is.
137. Informatie die door een NMa in overeenstemming met de communautaire en nationale voorschriften betreffende het zakengeheim als vertrouwelijk wordt beschouwd, mag enkel worden uitgewisseld met de NRI's voorzover zulks noodzakelijk is voor de toepassing van de bepalingen van het regelgevingskader. De uitwisseling van informatie dient beperkt te blijven tot hetgeen relevant is voor en evenredig is met het doel van die uitwisseling.

Tussen de Commissie en NRI's

138. Voor een efficiënt en doeltreffend functioneren van het regelgevingskader is het essentieel dat er nauwe samenwerking is tussen de Commissie en de NRI's. Vooral doeltreffende informele samenwerking is van belang. De Europese Groep van Regelgevers zal van grote betekenis zijn als platform voor dergelijke samenwerking, in het kader van de assisterende en raadgevende functie die deze groep voor de Commissie vervult. Deze samenwerking is in wederzijds belang omdat zij de waarschijnlijkheid van divergerende benaderingen, met name verschillende oplossingen voor een zelfde probleem, tussen de verschillende NRI's zo klein mogelijk maakt ⁽¹²³⁾.
139. In overeenstemming met artikel 5, lid 2, van de kaderrichtlijn moeten NRI's de Commissie de informatie mededelen welke noodzakelijk is voor de vervulling van haar taken uit hoofde van het Verdrag. Dit betreft de informatie met betrekking tot het regelgevingskader (om na te gaan of de maatregelen van de NRI in overeenstemming zijn met de wetgeving) maar ook informatie die de Commissie nodig kan hebben om na te gaan of aan de WTO-verplichtingen wordt voldaan.
140. De NRI's moeten ervoor zorgen dat wanneer zij informatie die zij van ondernemingen hebben ontvangen aan de Commissie doorgeven, zij deze ondernemingen daarvan op de hoogte stellen.
141. De Commissie kan deze informatie weer doorgeven aan een andere NRI, tenzij de oorspronkelijke NRI zich daartegen verzet door middel van een uitdrukkelijk en met redenen omkleed verzoek. Ofschoon hiertoe geen wettelijke verplichting bestaat, zal de Commissie de onderneming die de betrokken informatie oorspronkelijk heeft verstrekt, gewoonlijk ervan op de hoogte stellen dat deze informatie is doorgegeven aan een andere NRI.

Tussen NRI's

142. Het is van het grootste belang dat de NRI's tot een gemeenschappelijke aanpak van de regelgeving komen in alle lidstaten, waardoor een bijdrage wordt geleverd tot de ontwikkeling van een werkelijke interne markt voor elektronische communicatie. Daartoe dienen de NRI's volgens artikel 7, lid 2, van de kaderrichtlijn met elkaar en met de Commissie op transparante wijze samen te werken teneinde voor een uniforme toepassing van het nieuwe regelgevingskader in alle lidstaten te zorgen. De Europese Groep van Regelgevers zal naar verwachting als een belangrijk forum voor samenwerking gaan dienen.
143. In artikel 5, lid 2, van de kaderrichtlijn wordt tevens bepaald dat de NRI's onderling rechtstreeks informatie uitwisselen, mits daartoe een gefundeerd verzoek wordt ingediend. Dit is met name noodzakelijk wanneer een analyse van een transnationale markt moet worden gemaakt, maar het zal ook nodig zijn in het kader van de samenwerking binnen de Europese Groep van Regelgevers. Bij alle uitwisseling van informatie dienen de NRI's de vertrouwelijkheid van de ontvangen gegevens te respecteren.

6. PROCEDURES VOOR OPENBARE RAADPLEGINGEN EN PUBLICATIE VAN VOORGESTELDE NRI-BESLUITEN

6.1. Raadplegingsmechanisme

144. Behalve in dringende gevallen, zoals nog zal worden toegelicht, dient een NRI welke voornemens is een maatregel met aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt vast te stellen, de belanghebbende partijen de gelegenheid te bieden commentaar te leveren op de ontwerpmaatregel. Daartoe dient de NRI een openbare raadpleging over het voorstel te organiseren. Wanneer de ontwerpmaatregel een besluit betreft inzake het al dan niet aanwijzen van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht, dient dit de volgende elementen te omvatten:
- de marktdefinitie en de redenen daarvoor, met uitzondering van informatie die vertrouwelijk is overeenkomstig de Europese en nationale wetgeving betreffende het zakengeheim;
 - het bewijsmateriaal met betrekking tot het bestaan van een machtspositie, met uitzondering van informatie die vertrouwelijk is overeenkomstig de Europese en nationale wetgeving betreffende het zakengeheim, samen met de identiteit van de eventuele ondernemingen die volgens het voorstel zullen worden aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht;
 - alle bijzonderheden omtrent de sectorspecifieke verplichtingen voor bovengenoemde ondernemingen die de NRI overweegt op te leggen, te handhaven, te wijzigen of in te trekken, samen met een beoordeling van de evenredigheid van de voorgestelde maatregel.

145. De duur van de raadplegingsperiode moet redelijk zijn. De besluiten van de NRI's mogen echter niet buitensporig vertraagd worden, aangezien dit de ontwikkeling van de markt kan schaden. De Commissie meent dat voor beslissingen omtrent het bestaan of de aanwijzing van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht een periode van twee maanden voor de openbare raadpleging redelijk is. In enkele gevallen kan, mits dit kan worden gemotiveerd, een afwijkende termijn gelden. Omgekeerd, wanneer op basis van een eerdere raadpleging een nieuw voorstel voor een besluit inzake aanmerkelijke marktmacht wordt gedaan, kan de raadplegingstermijn voor dit besluit best korter zijn dan twee maanden.

6.2. Mechanismen voor het consolideren van de interne markt voor elektronische communicatie

146. Wanneer een NRI maatregelen wil treffen die binnen het toepassingsgebied van de marktdefinitie- of marktanalyseprocedures van de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn vallen, of andere specifieke artikelen van het regelgevingskader⁽¹²⁴⁾ toepast, en wanneer deze maatregelen van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten, dient deze NRI deze maatregelen samen met de motivering ervan toe te zenden aan de NRI's van de overige lidstaten en de Commissie, overeenkomstig artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn. Dit dient aan het begin van de raadplegingstermijn te gebeuren. De NRI moet dan de overige NRI's en de Commissie in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken over de door de NRI voorgestelde maatregel, alvorens een definitief besluit te nemen. De periode waarin de overige NRI's en de Commissie kunnen te reageren, dient samen te vallen met de termijn die de NRI voor de nationale openbare raadpleging heeft vastgesteld, tenzij deze termijn korter is dan de minimumtermijn van één maand, die in artikel 7, lid 3, is vastgelegd. De Commissie kan in gerechtvaardigde gevallen haar opmerkingen publiceren.

147. Onder „maatregelen die van invloed kunnen zijn op de handel tussen de lidstaten” dient te worden verstaan maatregelen die een directe of indirecte, effectieve of potentiële invloed kunnen hebben op het patroon van de handel tussen de lidstaten op een wijze die een belemmering kan opwerpen voor de Europese interne markt⁽¹²⁵⁾. Derhalve dekt het begrip „invloed op de handel tussen de lidstaten” waarschijnlijk een brede reeks van maatregelen.

148. De NRI's dienen de resultaten van de openbare raadpleging openbaar te maken, behalve indien het informatie betreft die vertrouwelijk is op grond van communautaire en nationale wetgeving betreffende het zakengeheim.

149. Met uitzondering van twee specifieke gevallen, die in de volgende paragraaf worden verklaard, mag de betrokken NRI de definitieve maatregel vaststellen nadat zij rekening heeft gehouden met de reacties die bij de verplichte raadpleging zijn ingediend. De definitieve maatregel moet vervolgens onmiddellijk aan de Commissie worden meegedeeld.

6.3. Bevoegdheid van de Commissie om een ontwerpmaatregel van een NRI te laten intrekken

150. Krachtens artikel 7, lid 4, van de kaderrichtlijn zijn er twee specifieke situaties waarin de Commissie de moge-

lijkheid heeft van een NRI te verlangen dat zij een ontwerpmaatregel die onder artikel 7, lid 3, valt, intrekt:

- de ontwerpmaatregel strekt ertoe een relevante markt te definiëren die verschilt van die welke in de aanbeveling is gedefinieerd; of
- de ontwerpmaatregel betreft een besluit waarin een onderneming al dan niet wordt aangewezen als onderneming die, hetzij individueel of gezamenlijk met andere, over aanmerkelijke marktmacht beschikt.

151. In beide situaties geldt dat wanneer de Commissie de NRI tijdens de raadplegingstermijn heeft laten weten van mening te zijn dat de ontwerpmaatregel een belemmering zou vormen voor de interne Europese markt of wanneer de Commissie serieuze twijfels heeft ten aanzien van de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het Gemeenschapsrecht, de vaststelling van de maatregelen met nog eens maximaal twee maanden dient te worden uitgesteld.

152. Binnen deze termijn van twee maanden kan de Commissie, na raadpleging van het Comité voor communicatie volgens de procedure van het raadgevend comité⁽¹²⁶⁾, besluiten dat de NRI de ontwerpmaatregel dient in te trekken. Dit besluit van de Commissie gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom zij van mening is dat de ontwerpmaatregel niet mag worden vastgesteld, evenals van specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel. Indien de Commissie binnen die periode geen besluit neemt, mag de ontwerpmaatregel alsnog door de NRI worden vastgesteld.

6.4. Dringende gevallen

153. In uitzonderlijke omstandigheden mag de NRI onmiddellijk optreden om de mededinging te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen. Een NRI mag daartoe bij wijze van uitzondering evenredige en voorlopige maatregelen treffen zonder de overige belanghebbende partijen, de NRI's in andere lidstaten of de Commissie te raadplegen. Besluit een NRI tot een dergelijk spoedeisend ingrijpen, dan dienen de betrokken maatregelen, alsmede de redenen ervoor onverwijld aan de Commissie en aan de overige NRI's te worden meegedeeld. De Commissie onderzoekt vervolgens de verenigbaarheid van de maatregelen met het Gemeenschapsrecht en gaat in het bijzonder na of deze in evenredigheid zijn met de beleidsdoelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn.

154. Indien de NRI deze voorlopige maatregelen een permanent karakter wenst te geven of de duur waarvoor zij zijn vastgesteld wenst te verlengen, dient de NRI de in het voorgaande beschreven, normale raadplegingsprocedure te volgen. Het is moeilijk voorstelbaar dat er omstandigheden zijn waarin het gerechtvaardigd is met spoed een markt te definiëren of een exploitant aan te wijzen als exploitant met aanmerkelijke marktmacht, aangezien dergelijke maatregelen doorgaans niet op korte termijn uitvoerbaar zijn. De Commissie verwacht daarom niet dat NRI's in dergelijke gevallen een beroep zullen doen op spoedprocedures.

6.5. Vaststelling van het definitieve besluit

155. Zodra een besluit van een NRI definitief is, dient de Commissie in kennis te worden gesteld van de namen van de marktpartijen die zijn aangemerkt als ondernemingen met aanzienlijke marktmacht en de verplichtingen die hen werden opgelegd, in overeenstemming met de vereisten van artikel 36, lid 2, van de universele dienstenrichtlijn en artikel 15, lid 2, en artikel 16, lid 2, van de toegangsrichtlijn. De Commissie maakt deze informatie op gemakkelijk toegankelijke wijze beschikbaar en

deelt deze zo nodig mede aan het Comité voor communicatie.

156. Evenzo zijn de NRI's gehouden de namen van de marktpartijen te publiceren die zij hebben aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, alsmede de hen opgelegde verplichtingen. Zij dienen erop toe te zien dat actuele informatie openbaar wordt gemaakt op een wijze die garandeert dat alle belanghebbende partijen er gemakkelijk kennis van kunnen nemen.

⁽¹⁾ PB L 108 van 24.4.2002, blz. 33.

⁽²⁾ PB L 108 van 24.4.2002, blz. 21.

⁽³⁾ PB L 108 van 24.4.2002, blz. 7.

⁽⁴⁾ PB L 108 van 24.4.2002, blz. 51.

⁽⁵⁾ Nog vast te stellen.

⁽⁶⁾ PB L 24 van 30.1.1998, blz. 1.

⁽⁷⁾ Behalve wanneer het nieuwe regelgevingskader uitdrukkelijk toestaat dat verplichtingen mogen worden opgelegd, onafhankelijk van de stand van de mededinging op de markt.

⁽⁸⁾ Artikel 14 van de kaderrichtlijn.

⁽⁹⁾ Daarnaast kunnen transnationale markten waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat sectorspecifieke regulering gerechtvaardigd is, door de Commissie worden aangewezen in een beschikking houdende vaststelling van transnationale markten.

⁽¹⁰⁾ Overweging 27 van de kaderrichtlijn.

⁽¹¹⁾ Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1), laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1) (hierna: „de concentratieverordening” genoemd).

⁽¹²⁾ Richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector (PB C 233 van 6.9.1991, blz. 2).

⁽¹³⁾ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).

⁽¹⁴⁾ Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector (PB C 265 van 22.8.1998, blz. 2).

⁽¹⁵⁾ Verwacht wordt dat door doeltreffende samenwerking tussen de NRI's en de NMA's kan worden voorkomen dat bepaalde procedures bij identieke marktkwesties worden herhaald.

⁽¹⁶⁾ Richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector (PB C 233 van 6.9.1991, blz. 2).

⁽¹⁷⁾ Artikel 14, lid 2, van de kaderrichtlijn.

⁽¹⁸⁾ Zaak nr. C-209/98, *Entrepreneurforeningens Affalds*, Jurispr. 2000, blz. I-3743, r.o. 57, en zaak nr. C-242/95, *GT-Link*, Jurispr. 1997, blz. I-4449, r.o. 36. Erkend dient te worden dat de marktomschrijving geen doelstelling op zich is, maar deel uitmaakt van een proces — nagaan hoe groot de marktmacht van een onderneming is.

⁽¹⁹⁾ Zie Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) (PB L 199 van 26.7.1997, blz. 32) (hierna „de interconnectierichtlijn” genoemd); Richtlijn 90/387/EEG van 28 juni 1990 van de Raad betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (PB L 192 van 24.7.1990, blz. 1) (hierna „de ONP-kaderrichtlijn” genoemd); Richtlijn 92/44/EEG van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision op huurlijnen (PB L 165 van 19.6.1992, blz. 27) (hierna „de huurlijnenrichtlijn” genoemd); Richtlijn 95/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1995 inzake de toepassing van Open Network Provision op spraaktelefonie (PB L 321 van 30.12.1995, blz. 6), vervangen door Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (PB L 101 van 1.4.1998, blz. 24) (hierna „de ONP-spraaktelefonierichtlijn” genoemd).

⁽²⁰⁾ Gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, *Frankrijk e.a. tegen de Commissie*, Jurispr. 1998, blz. I-1375. Zie ook de Bekendmaking inzake markt-bepaling, punt 12.

⁽²¹⁾ Aangezien technologie en innovatie in de sector elektronische communicatie de drijvende kracht vormen, is niet iedere eerdere marktomschrijving noodzakelijkerwijs ook op een later tijdstip nog relevant.

⁽²²⁾ Bekendmaking inzake de markt-bepaling, punt 12.

⁽²³⁾ Zie ook de Bekendmaking inzake markt-bepaling, punten 20 t/m 23, zaak nr. IV/M.1225, *Enso/Stora* (PB L 254 van 29.9.1999), punt 40.

⁽²⁴⁾ Zie de Bekendmaking inzake markt-bepaling, punt 24. Het maken van onderscheid tussen substitutie aan aanbodzijde en potentiële concurrentie kan op de markt voor elektronische communicatie ingewikkelder blijken dan op andere markten als gevolg van het dynamische karakter ervan. Wat telt echter is dat bij de analyse van de relevante markt op een zeker moment, d.w.z. hetzij direct in het begin in de marktdefinitiefase of in een later stadium bij de beoordeling van de marktmacht, rekening wordt gehouden met de potentiële marktdeelname van andere leveranciers.

⁽²⁵⁾ Het is niet noodzakelijk dat alle consumenten op een concurrerend product overschakelen; het volstaat dat voldoende consumenten overschakelen zodat een relatieve prijsverhoging niet rendeert. Deze eis correspondeert met het principe van „voldoende substitueerbaarheid”, zoals dat in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is vastgelegd; zie ook voetnoot 32.

- (26) Zie ook de Bekendmaking inzake toegang, punt 46 en Zaak nr. T-83/91, Tetra Pak tegen de Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-755, r.o. 68. Deze test staat ook bekend als SSNIP-test (small but significant non transitory increase in price). Ofschoon de SSNIP-test slechts een van de methoden is die gebruikt wordt bij het definiëren van de relevante markt en ondanks het formeel econometrisch karakter en de foutmarge (de zogenaamde „cellophane fallacy”, zie onder) schuilt het belang ervan in de eerste plaats in het gebruik ervan als conceptueel hulpmiddel bij de beoordeling van het bestaan van concurrentie tussen verschillende producten of diensten.
- (27) Zie de Bekendmaking inzake de marktbeëindiging, punten 17 en 18.
- (28) Met andere woorden, bestaat er voor twee producten een hoge kruiselasticiteit, dan kan worden geconcludeerd dat consumenten deze producten als sterk substitueerbaar beschouwen. Wanneer de keuze van de consument door andere overwegingen dan de prijs worden beïnvloed, vormt de SSNIP-test wellicht geen adequate methode om de substitueerbaarheid van een product te meten; zie zaak nr. T-25/99, Colin Arthur Roberts en Valerie Ann Roberts tegen de Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-1881.
- (29) In de context van de marktomschrijving in het kader van artikel 82 van het EG-Verdrag zal een mededingingsautoriteit of een rechtbank een raming maken van de „startprijs” bij toepassing van de SSNIP-test op basis van de prijs die door de vermeende monopolist wordt aangerekend. Evenzo zal de startprijs bij een prospectieve beoordeling van de gevolgen van een fusie voor de mededinging worden gebaseerd op de actuele prijzen van de fuserende partijen. Wanneer een NRI evenwel een marktanalyse maakt ten behoeve van de toepassing van artikel 14 van de kaderrichtlijn is het mogelijk dat de dienst of het product in kwestie door diverse bedrijven wordt aangeboden. In een dergelijk geval dient als startprijs de „gemiddelde prijs” van de industrie te worden genomen.
- (30) Er zij op gewezen dat men er niet van mag uitgaan dat de prijzen welke het gevolg zijn van prijsregulering die niet op kostengeoriënteerde prijzen, maar wel op een betaalbaar pakket in de context van de levering van de universele diensten is gericht, op een concurrerend niveau zijn vastgesteld, en dat deze daarom ook niet als vertrekpunt voor de toepassing van de SSNIP-test mogen worden gebruikt.
- (31) Een van de nadelen van de SSNIP-test is dat kruiselasticiteit van de vraag in sommige situaties van hoge vraag betekent dat een bedrijf al gebruik heeft gemaakt van haar marktmacht, een situatie die in mededingingsrecht en -praktijk bekend staat als de „cellophane fallacy”. In dergelijke gevallen komt de „actuele” prijs niet overeen met de „concurrerende” prijs. Bepalen of de actuele prijs boven het concurrerende niveau ligt, is duidelijk een van de moeilijkste aspecten van de SSNIP-test. NRI's die tegen dergelijke problemen aanlopen zouden hun toevlucht kunnen nemen tot andere criteria om de substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde te bepalen, zoals de functionaliteit van diensten, technische kenmerken, enz. Als er bewijzen zijn die aantonen dat een onderneming zich in het verleden al eerder heeft schuldig gemaakt aan concurrentievervalsend gedrag („price fixing”) of over marktmacht beschikte, kan dit een indicatie zijn dat haar prijzen niet door concurrentie worden begrensd en daarom boven het concurrerende niveau zijn vastgelegd.
- (32) Zaak nr. C-333/94 P, Tetrapak tegen de Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951, r.o. 13, zaak nr. 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, r.o. 25, zaak nr. 322/81, Michelin tegen de Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3461, r.o. 37, zaak nr. C-62/86, AkzoChemie tegen de Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, zaak nr. T-504/93, Tiercé Ladbroke tegen de Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-923, r.o. 81, T-65/96, Kish Glass tegen de Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-1885, r.o. 62, zaak nr. C-475/99, Ambulanz Glöckner en Landkreis Südwestpfalz, Jurispr. 2001 blz. I-0000, r.o. 33. Het criterium van de voldoende substitueerbaarheid of uitwisselbaarheid werd voor het eerst door het Hof van Justitie vastgelegd in zaak nr. 6/72, Europemballage en Continental Can tegen de Commissie, Jurispr. 1973, blz. 215, r.o. 32, en zaak nr. 85/76, Hoffmann La-Roche tegen de Commissie, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 23.
- (33) Zaak nr. C-333/94 P, Tetra Pak tegen de Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951, r.o. 13, zaak nr. 66/86, Ahmed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803, r.o. 39-40, zaak nr. 27/76, United Brands tegen de Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207, r.o. 22, 29 en 12, zaak nr. T-229/94, Deutsche Bahn tegen de Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-1689, r.o. 54. In de zaak Tetra Pak bevestigde het Hof dat het feit dat de vraag naar aseptische en niet-aseptische drankkartons voor de verpakking van vruchtensap door de tijd marginaal en stabiel was ten opzichte van de vraag naar drankkartons voor de verpakking van melk, het bewijs vormde voor de geringe uitwisselbaarheid tussen de sector voor melkverpakkingen en die voor andere verpakkingen, idem, r.o. 13 en 15.
- (34) Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de kopers van een goedkoper product van lagere kwaliteit bij een relatieve prijsverhoging overstappen op een duurder product van hogere kwaliteit als de kosten van deze overstap (het prijsverschil) geneutraliseerd wordt door de prijsverhoging. Omgekeerd is het mogelijk dat de kopers van een product van hogere kwaliteit de hogere prijs niet langer accepteren en op een dienst van lagere kwaliteit overschakelen. In dergelijke gevallen moeten producten van lage en hoge kwaliteit als werkelijk uitwisselbare producten worden beschouwd.
- (35) Mededeling van de Commissie — Status van spraak op internet overeenkomstig het Gemeenschapsrecht, en inzonderheid overeenkomstig Richtlijn 90/388/EEG — Bijlage bij de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de stand van zaken en de tenuitvoerlegging van Richtlijn 90/388/EEG betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB C 369 van 22.12.2000, blz. 3). Zo kan ook niet worden uitgesloten dat in de toekomst xDSL-technologie en MVDS (multipoint video distribution services) op basis van een draadloos aansluitnet zullen worden gebruikt voor de doorgifte van tv-programma's in directe concurrentie met andere bestaande tv-doorgiftesystemen zoals de kabel, DTH-satelliettransmissie (direct-to-home) en terrestrische analoge of digitale transmissiesystemen.
- (36) Overschakelingskosten die samenhangen met strategiekeuzes van ondernemingen in plaats van met exogene factoren dienen, samen met andere vormen van belemmeringen voor marktdeelname, in het latere stadium van de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in de beschouwing te worden betrokken. Wanneer een markt nog in de groeifase verkeert, zijn de overschakelingskosten voor al gebonden consumenten niet erg hoog, zodat zij geen belemmering voor substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde vormen.
- (37) De periode die wordt gebruikt om na te gaan welke reacties te verwachten vallen van andere leveranciers in het geval van een relatieve prijsverhoging, zal onvermijdelijk afhankelijk zijn van de kenmerken van elke markt en zal van geval tot geval moeten worden bepaald.
- (38) Zie ook zaak nr. C-333/94, Tetra Pak tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 19. Zoals hierboven vermeld dienen de noodzakelijke investeringen ook binnen een redelijk tijdsbestek te worden gedaan.
- (39) Zie ook zaak nr. COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, punt 58.
- (40) United Brands, aangehaald arrest, r.o. 44, Michelin, aangehaald arrest, r.o. 26, zaak nr. 247/86, Alsatel tegen Novasam, Jurispr. 1988, blz. 5987, r.o. 15, Tiercé Ladbroke tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 102.
- (41) Deutsche Bahn tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 92, zaak nr. T-139/98, AAMS tegen de Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-0000, r.o. 39.
- (42) Zie bijvoorbeeld zaak nr. IV/M.1025, Mannesmann/Olivetti/Infostrada, punt 17, en zaak nr. COMP/JV.23, Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom.
- (43) In de praktijk zal dit gebied overeenstemmen met het gebied dat is afgebakend bij de toekenning van een licentie aan de exploitant. In zaak nr. COMP/M.1650, ACEA/Telefónica, heeft de Commissie (in punt 16) opgemerkt dat, aangezien de aangemelde gemeenschappelijke onderneming een vergunning had die beperkt was tot de regio Rome, de geografische markt als lokaal kon worden omschreven.

- (44) Omdat mobiele exploitanten alleen diensten kunnen aanbieden in de gebieden waarvoor ze een vergunning hebben, en omdat de netwerkarchitectuur de geografische dimensie van de licenties voor mobiele telefonie weerspiegelt, valt te begrijpen waarom mobiele markten als nationaal worden beschouwd. De extra aansluitings- en communicatiekosten die consumenten moeten maken voor roaming in het buitenland, in combinatie met het verlies van bepaalde additionele functies (nl. het verlies van de voice-mail-functie in het buitenland), zijn een verder argument voor een dergelijke marktschrijving, zie zaak nr. IV/M.1439 — Telia/Telenor, punt 124, zaak nr. IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, punten 13 t/m 17 en zaak nr. COMP/JV.17, Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel punt 15.
- (45) Overeenkomsten inzake fysieke interconnectie kunnen eveneens in beschouwing worden genomen bij de bepaling van de geografische omvang van de markt, zie zaak nr. IV/M.570, TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, punt 35.
- (46) Zaak nr. IV/M 856, British Telecom/MCI (II), punt 19 e.v., zaak nr. IV/JV 15, BT/ AT & T, punten 84 en 92, zaak nr. COMP/M.2257, France Telecom/Equant, punt 32. Het is erg onwaarschijnlijk dat de levering van elektronische communicatiediensten kan worden gesegmenteerd op basis van nationale (of lokale) bilaterale routes.
- (47) Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de markt voor backhaul-capaciteit op internationale verbindingen (d.w.z. kabelstations waarmee land A tot en met land E worden verbonden). Daar kan potentiële substitutie optreden tussen kabelstations die verschillende landen bedienen (kabelstations dus waarmee land A met land B worden verbonden, land A met land C en land A met land D) wanneer een aanbieder van backhaul-capaciteit voor route A naar E, aan banden wordt gelegd of kan worden gelegd door de mogelijkheden van consumenten om over te schakelen op een van de andere routes, waarmee eveneens het verkeer van of naar land E kan worden verwerkt.
- (48) Wanneer een markt gedefinieerd wordt op basis van een bilaterale verbinding, zou de geografische omvang een internationaal karakter kunnen hebben als de aanbieders aan beide zijden van de markt vertegenwoordigd zijn en aan de vraag van beide zijden van de betrokken verbinding kunnen voldoen.
- (49) Zie de Bekendmaking inzake marktbeplanning, punten 57 en 58. Ketensubstitutie kan bijvoorbeeld optreden wanneer de prijzen die worden aangerekend door ondernemingen die afzonderlijke geografische markten bedienen, worden begrensd door een onderneming die diensten op nationaal niveau aanbiedt. Dit is bijvoorbeeld het geval als de prijzen die door kabelnetwerkexploitanten worden aangerekend in bijzondere gebieden begrensd worden door een dominante onderneming die nationaal opereert. Zie ook zaak nr. COMP/M.1628, Total Fina/Elf, punt 188, (PB L 143 van 29.5.2001, blz. 1).
- (50) Uit het bewijsmateriaal moet duidelijk blijken dat er inzake prijzen een onderlinge afhankelijkheid is aan de uiterste punten van de substitutieketens, en ook moet de mate van substitueerbaarheid tussen de relevante producten of geografische gebieden voldoende groot zijn.
- (51) De Commissie heeft in haar beschikkingen onder meer melding gemaakt van het bestaan van de volgende markten: internationale spraaktelefoniediensten (zaak nr. IV/M.856, BritishTelecommunications/MCI (II), PB L 336 van 8.12.1997), geavanceerde telecommunicatiediensten voor zakelijke klanten (zaak nr. IV/35.337, Atlas, PB L 239 van 19.9.1996, punten 5 t/m 7, zaak nr. IV/35617, Phoenix/Global/One, PB L 239 van 19.9.1996, punt 6, zaak nr. IV/34.857, BT-MCI(I), PB L 223 van 27.8.1994), gestandaardiseerde low-level pakketgeschakelde datacommunicatiediensten, wederverkoop van internationale transmissiecapaciteit (zaak nr. IV/M.975, Albacom/BT/ENI, punt 24) conferentiegesprekken (Albacom/BT/ENI, punt 17), satellietdiensten (zaak nr. IV/350518, Iridium, PB L 16 van 18.1.1997), (verbeterde) wereldwijde communicatiediensten (zaak nr. IV/JV.15, BT/AT & T, zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, punt 84, zaak nr. COMP/M.2257, France Telecom/Equant, punt 18), gidsdiensten (zaak nr. IV/M.2468, EAT Pagine Gialle/ENIRO, punt 19, zaak nr. COMP/M.1957, VIAG Interkom/Telenor Media, punt 8), internettoegangsdiensten voor eindgebruikers (zaak nr. IV/M.1439, Telia/Telenor, zaak nr. COMP/JV.46, Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen, punt 26, zaak nr. COMP/M.1838, BT/Esat, punt 7), top-level of universele internetconnectiviteit (zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, punt 52), naadloze pan-Europese mobiele telecommunicatiediensten voor internationale reizigers (zaak nr. COMP/M.1975, Vodafone Airtouch/Mannesmann, zaak nr. COMP/M.2016, France Telecom/Orange, punt 15), roaming-diensten op groothandelsbasis (zaak nr. COMP/M.1863, Vodafone/Airtel punt 17), en de markt voor connectiviteit met het internationale signaleringsnetwerk (zaak nr. COMP/2598, TDC/CMG/Migway JV, punten 17-18).
- (52) Zie ook gevoegde zaken T-125/97 en T-127/97, The Coca-Cola Company e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-1733, r.o. 81 en 82.
- (53) Zie ook artikel 15 van de kaderrichtlijn.
- (54) Bekendmaking inzake toegang, punt 45.
- (55) Zie zaak nr. COMP/M.1439, Telia/Telenor.
- (56) Zie de zaken Telia/Telenor, BT/AT & T, France Télécom/Equant, op. cit. Zie ook de beschikking van de Commissie van 20 mei 1999, Cégétel + 4, PB L 218 van 18.8.1999, punt 22. Wat betreft de opkomende markt van de „wereldwijde breedbanddatacommunicatiediensten” (Global broadband data communications services — GBDS), is de Commissie tot de bevinding gekomen dat die diensten kunnen worden ondersteund door drie belangrijke netwerkarchitecturen: i) terrestrische systemen met kabels; ii) kabelloze terrestrische systemen, en iii) satellietssystemen, terwijl uit het oogpunt van de vraag GBDS-satellietdiensten als een afzonderlijke markt kunnen worden aangemerkt; zaak nr. COMP/M.1564, Astrolink, punten 20 t/m 23.
- (57) Richtlijn 96/19/EG, overweging 20 (PB L 74 van 22.3.1996, blz. 13). Zie ook de mededeling van de Commissie — Ontbundelde toegang tot het aansluitnet: De voorwaarden scheppen voor een volledig gamma elektronische communicatiediensten waaronder breedbandmultimediadiensten en snelle internetdiensten (PB C 272 van 23.9.2000, blz. 55). In punt 3.2 wordt daarin opgemerkt: „Met name gezien de snelheid van de technologische ontwikkelingen moeten deze categorieën diensten nauwlettend worden gevolgd en elk voor zich regelmatig worden beoordeeld, maar momenteel zijn deze diensten doorgaans onderling niet uitwisselbaar, zodat ze kunnen worden beschouwd als afzonderlijke markten.”
- (58) De Commissie is vanwege de significante verschillen wat betreft vraag (en aanbod) voor deze groep klanten tot de conclusie gekomen dat er een afzonderlijke markt bestaat voor diensten voor grote multinationale ondernemingen ten opzichte van andere zakelijke eindgebruikers, zie zaak nr. IV/JV.15, BT/AT & T, zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, zaak nr. COMP/M.2257, France Télécom/Equant.
- (59) Zie de mededeling inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet, op. cit, punt 3.2. De markt voor „snelle” communicatiediensten zou eventueel nog verder kunnen worden opgesplitst in aparte segmenten, afhankelijk van de aard van de aangeboden diensten (d.w.z. internetdiensten, video-on-demand, enz.).
- (60) Zie ook zaak nr. COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, punt 33. Men zou ook kunnen stellen dat inbeltoegang tot internet via bestaande 2G-mobiele telefoons (GSM's) een markt is die moet worden onderscheiden van die voor inbeltoegang via het openbare geschakelde telecommunicatienet. Volgens de Commissie is het weinig waarschijnlijk dat internettoegang via een mobiele telefoon een substituuut is voor bestaande methoden van internettoegang via een pc, gelet op de verschillende schermgrootte en het formaat van het materiaal dat via de verschillende platforms kan worden verkregen, zie zaak nr. COMP/M.1982, Telia/Oracle/Drutt, punt 15, en zaak nr. COMP/JV.48, Vodafone/Vivendi/Canal+.

- (61) Zaak nr. COMP/M.2469, Vodafone/Airtel, punt 7, zaak nr. IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, en zaak nr. IV/M.1669, Deutsche Telecom/One2One, punt 7. Of deze markt verder kan worden opgesplitst in een carrier-markt (netwerkeexploitant) en een downstream dienstenmarkt, moet van geval tot geval worden uitgemaakt; zie zaak nr. IV/M.1760, Mannesmann/Orange, punten 8 t/m 10, en zaak nr. COMP/M.2053, Telenor/BellSouth/Sonofon, punten 9-10.
- (62) Zo merkte de Commissie in haar beschikking in de zaak British Interactive Broadcasting/Open op dat voor de levering van basistelefoniediensten aan consumenten de relevante infrastructuurmarkt niet alleen BT's traditionele koperdraadnetwerk omvatte, maar ook de kabelnetten van de kabelexploitanten waarmee basistelefoniediensten konden worden aangeboden en mogelijk ook draadloze vaste netwerken, zaak nr. IV/36.359 (PB L 312 van 6.12.1999), punten 33 t/m 38. In zaak nr. IV/M.1113, Nortel/Norweb, erkende de Commissie dat een elektriciteitsnet waarbij gebruik gemaakt wordt van Digital Power Line (DPL)-technologie, een alternatief kon bieden voor de bestaande traditionele lokale toegang voor telecommunicatie (punten 28 en 29).
- (63) Bij het beoordelen van de situatie inzake concurrentie tussen netwerken op de Ierse markt na de volledige liberalisering, heeft de Commissie ook gesteund op het bestaan van wat — toentertijd — gezien werd als een potentiële alternatieve infrastructuraanbieder, nl. kabel- en elektriciteitsnetten, zie de zaak Telecom Éireann, op. cit., punt 30. De Commissie heeft het antwoord opengelaten op de vraag of de levering van transmissiecapaciteit via onderzeese netwerkinfrastructuur, een markt vormt die moet worden onderscheiden van die voor netwerken voor terrestrische of satelliettransmissie, zie zaak nr. COMP/M.1926, Telefónica/Tyco/JV, punt 8.
- (64) Zie zaak nr. COMP/M.1439, Telia/Telenor, punt 79. Zo heeft de Commissie geconstateerd dat er een opkomende pan-Europese markt voor groothandelstoegang (SMS) tot de mobiele infrastructuur bestaat in zaak nr. COMP/2598, TDC/CMG/Migway JV, punten 28 en 29.
- (65) De Commissie is bij toepassing van deze criteria tot de bevinding gekomen dat, wat vaste infrastructuur betreft, de vraag naar gehuurde transmissiecapaciteit en de levering van aanverwante diensten aan andere exploitanten plaatsvindt op groothandelniveau (de markt voor telecommunicatiediensten ten behoeve van andere verrichters van telecommunicatiediensten („carrier's carrier services”), zie zaak nr. IV/M.683, GTS-HERMES Inc./HIT Rail BV, punt 14, zaak nr. IV/M.1069, WorldCom/MCI (PB L 116 van 4.5.1999, blz. 1), de zaak Unisource (PB L 318 van 20.11.1997, blz. 1), de zaak Phoenix/Global One (PB L 239 van 19.9.1996, blz. 57), en zaak nr. IV/JV.2, Enel/FT/DT. In zaak nr. COMP/M.1439, Telia/Telenor, heeft de Commissie geconstateerd dat er verschillende vraagpatronen bestaan voor de toegang op groothandels- en detailhandelniveau (abonnees) tot de netwerkinfrastructuur (levering van toegang tot het aansluitnet, en de levering van toegang tot de interlokale en de internationale netwerkinfrastructuur), zie punten 75 t/m 83.
- (66) Zie voetnoot 58.
- (67) Glasvezelnetwerken zijn momenteel alleen concurrerend op upstream-transmissiemarkten, terwijl draadloze abonneelijnen voorlopig vooral worden gebruikt voor professionele gebruikers en particulieren met bijzondere behoeften. Met uitzondering van bepaalde nationale markten, zijn voor bestaande netwerken voor kabeltelevisie dure aanpassingen nodig voor de levering van traditionele breedbandcommunicatiediensten. In vergelijking met xDSL-technologieën bieden ze ook geen gegarandeerde bandbreedte omdat klanten hetzelfde kabelkanaal moeten delen.
- (68) Zie ook zaak nr. IV/JV.11, @Home Benelux BV.
- (69) Wanneer een exploitant van een vast netwerk bijvoorbeeld een gesprek wil termineren in een ander netwerk, zal hij in beginsel geen andere keuze hebben dan te zorgen voor toegang tot of interconnectie met het netwerk waarvan de opgeroepene abonnee is. Zo worden mobiele exploitanten door het principe van „de oproeper betaalt” niet gestimuleerd om te concurreren voor wat betreft de tarieven voor het termineren van gesprekken in hun eigen netwerk. Zie ook de OESO-nota „Competition issues in Telecommunications — Background Note for the Secretariat”, DAFNE/CLP/WP2(2001)3, en persmededeling IP/02/483 van de Commissie.
- (70) Zaak nr. 27/76, United Brands tegen de Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207.
- (71) Zie ook overweging 25 van de kaderrichtlijn.
- (72) Zie artikel 14, lid 2, en overweging 28 van de kaderrichtlijn.
- (73) Er zij op gewezen dat de NRI's geen misbruik van een machtspositie hoeven te constateren om een onderneming aan te wijzen als onderneming met aanmerkelijk marktmacht.
- (74) Zaak nr. 85/76, Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 39. Er zij nadrukkelijk op gewezen dat wanneer een bedrijf in het kader van ex ante-regulering reeds wettelijke verplichtingen zijn opgelegd, het feit dat de mededinging op de relevante markt wellicht hersteld is als gevolg van die verplichtingen, niet automatisch betekent dat de onderneming niet langer een machtspositie heeft en daarom niet langer als onderneming met aanmerkelijk marktmacht zou moeten worden beschouwd.
- (75) Het ontbreken van enige substitueerbare dienst of product kan de vaststelling rechtvaardigen dat er sprake is van een situatie van economische afhankelijkheid welke kenmerkend is voor het bestaan van een machtspositie; zie de beschikkingen van de Commissie in de zaak Decca Navigator Systems (PB L 43 van 15.2.1987, blz. 27), en de zaak Magill TV Guide/ITP, BBC, RTE (PB L 78 van 21.3.1989, blz. 43). Zie ook zaak nr. 22/78, Hugin tegen de Commissie, Jurispr. 1979, blz. 1869, en zaak nr. 226/84, British Leyland tegen de Commissie, Jurispr. 1986, blz. 3263.
- (76) Zie ook overweging 15 van Verordening (EEG) nr. 4064/89.
- (77) De zaak United Brands tegen de Commissie, op. cit. Hoe groter het verschil tussen het marktaandeel van de betrokken onderneming en dat van haar concurrenten is, des te waarschijnlijker zal het zijn dat die onderneming zich in een machtspositie bevindt. Zo werd in zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, geconstateerd dat de gefuseerde onderneming op de markt voor de levering van top-level internetconnectiviteit een absoluut gecombineerd marktaandeel van meer dan [35-45] % zou hebben, enkele malen dat van haar grootste concurrenten, zodat zij zich onafhankelijk van haar concurrenten en klanten zou kunnen gedragen (zie punten 114, 123, 126, 146, 155 en 196).
- (78) Zaak nr. C-62/86, AKZO tegen de Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r.o. 60, zaak nr. T-228/97, Irish Sugar tegen de Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-2969, r.o. 70, de zaak Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 41, zaak nr. T-139/98, AAMS e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-000, r.o. 51. Toch kunnen aanzienlijke marktaandelen pas betrouwbare meetinstrumenten zijn in de veronderstelling dat concurrenten niet in staat zijn hun productie voldoende uit te breiden om tegemoet te komen aan de verschuiving in de vraag ingevolge een prijsverhoging bij een concurrent.

- (79) De zaak Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 41, en zaak nr. C-62/86, Akzo tegen de Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r.o. 56 en 59. „Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert”, de zaak AAMS e.a. tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 51.
- (80) Bekendmaking inzake marktbeëindiging, punt 5.
- (81) Zie zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, punten 239 en 240. Op biedmarkten is het evenwel van belang niet te vertrouwen op marktaandelen alleen, aangezien deze niet per se representatief zijn voor de werkelijke positie van de onderneming, zie voor een verdere bespreking ook zaak nr. COMP/M.2201, MAN/Aüwarter.
- (82) Zie Determination of Organizations with Significant Power (SMP) for the implementation of the ONP Directive, DG XIII, 1 maart 1999, punt 3.2, te raadplegen op volgend adres: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>.
- (83) Idem, punt 5.2.
- (84) Wat betreft de markt voor interconnectie van vaste en mobiele netwerken, moet bij de meting van het verkeer ten behoeve van het termineren van gesprekken ook het verkeer op het eigen netwerk en het interconnectieverkeer dat afkomstig is van alle overige vaste en mobiele, nationale of internationale netwerken, worden meegerekend.
- (85) De zaak Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 48. Een van de belangrijkste soorten toegangsdrempels zijn de verzonken kosten. Verzonken kosten zijn bijzonder relevant voor de sector elektronische communicatie gezien het feit dat grote investeringen noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld een efficiënt elektronisch communicatienetwerk aan te leggen ten behoeve van de levering van toegangsdiensten en een nieuwe marktdeelnemer daar waarschijnlijk maar een klein deel van terugziet, mocht hij besluiten die markt weer te verlaten. De toegangsdrempels worden nog verhoogd door verdere breedte- en dichtheidsvoordelen waardoor dergelijke netwerken in het algemeen gekenmerkt worden. Zo zijn de kosten bij een groot netwerk doorgaans lager dan bij een klein, met als gevolg dat een nieuwkomer, wil hij een groot marktaandeel veroveren en concurreren zijn, met zijn prijs onder die van de gevestigde exploitant moet gaan, waardoor het moeilijk wordt de verzonken kosten terug te verdienen.
- (86) Gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, RTE en ITP tegen de Commissie, Jurispr. 1995, blz. I-743, zaak nr. C-7/97, Oscar Bronner, Jurispr. 1998, blz. I-7791, en gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-3141.
- (87) Zie zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, punt 196.
- (88) Zaak nr. C-333/94 P, Tetra Pak tegen de Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951.
- (89) Zie ook zaak nr. COMP/M.2146, Tetra Laval/Sidel, punten 325 t/m 389, sub *judice*, T-5/02.
- (90) Zie de Bekendmaking inzake toegang, punt 65.
- (91) In het geval van horizontale markten dient de marktanalyse zich vooral te richten op het bepalen van het bestaan van nauwe banden waardoor een onderneming een machtspositie kan innemen op één markt zodat zij zich onafhankelijk van haar concurrenten kan gedragen op een naburige markt. Dergelijke banden kunnen worden aangetoond aan de hand van het gedrag van leveranciers en gebruikers op de betrokken markten (zelfde klanten en/of leveranciers op beide markten, bijvoorbeeld klanten die zowel spraaktelefoniediensten als internettoegang op detailhandelsbasis kopen) of het feit dat het inputproduct of de inputdienst in wezen gelijk is (d.w.z. levering van netwerkinfrastructuur door een vaste exploitant aan ISP's voor gespreksopbouw en gespreksafgifte op groothandelsbasis), zie ook zaak nr. T-83/91, Tetra Pak tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 120, en zaak nr. COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel.
- (92) Het is niet de bedoeling dat artikel 14, lid 3, van de kaderrichtlijn wordt toegepast in het geval van marktmacht die door hefboomwerking vanuit een „gereguleerde” markt naar een „niet-gereguleerde” opkomende markt ontstaat. In dergelijke gevallen zullen misbruikpraktijken op de „opkomende” markt doorgaans worden aangepakt op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag.
- (93) Bekendmaking inzake toegang, punt 79.
- (94) Gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 2000, I-1365.
- (95) Idem, r.o. 39.
- (96) Zaak nr. T102/96, Gencor tegen de Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753.
- (97) Zie gevoegde zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89, SIV e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-1403, r.o. 358, zaak nr. C-393/92, Almelo, Jurispr. 1994, blz. I-1477, r.o. 43, zaak nr. C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Jurispr. 1995, blz. I-2883, r.o. 33, gevoegde zaken C-140/94, 141/94 en C-142/94, DIP, Jurispr. 1995, blz. I-3257, r.o. 62, zaak nr. C-70/95, Sodemare, Jurispr. 1997, blz. I-3395, r.o. 46, en gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e.a. tegen de Commissie, Jurispr. 1998, blz. I-1375, r.o. 221.
- (98) Zaak nr. IV/M.619, Gencor/Lonhro, PB L 11 van 14.1.1997, blz. 30.
- (99) De zaak Gencor tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 276.
- (100) Idem, r.o. 277.
- (101) De zaak Compagnie Maritime Belge transports e.a., aangehaald arrest, r.o. 39, zie ook zaak nr. T-342/99 Airtours/Commission Jurispr. 2002, blz. II-0000, r.o. 76.
- (102) Zie met name de zaak Frankrijk e.a. tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 221.
- (103) Zie de zaak Compagnie Maritime Belge, r.o. 39.
- (104) Idem, r.o. 44.
- (105) Idem, r.o. 45.
- (106) De hier gebruikte term „coördinatie van het concurrentiegedrag” stemt geheel overeen met de term „parallele concurrentievervalsende gedragingen” zoals deze voorkomt in de beschikkingen van de Commissie houdende toepassing van het concept van een gezamenlijke (oligopolide) machtspositie.

- (107) Zie in het bijzonder zaak nr. COMP/M.2498, UPM-Kymmene/Haindl, zaak nr. COMP/M.2499, Norske Skog/Parenco/Walsum, zaak nr. COMP/M.2201, MAN/Auwärter, zaak nr. COMP/M. 2097, SCA/Metsä Tissue, zaak nr. COMP/M. 1882, Pirelli/BICC, zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, sub judice T-310/00, zaak nr. IV/M.1524, Airtours/First Choice (PB L 93, van 13.4.2000, blz. 1), sub judice T-342/99, zaak nr. IV/M.1383, Exxon/Mobil, zaak nr. IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier (PB L 20 van 25.1.2000, blz. 1), zaak nr. IV/M.1225, Enso/Stora (PB L 254 van 29.9.1999, blz. 9), zaak nr. IV/M.1016, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (PB L 50 van 26.2.1999, blz. 27), zaak nr. IV/M.619, Gencor/Lonrho, op. cit., zaak nr. IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (PB L 186 van 21.7.1994, blz. 38), en zaak nr. IV/M.190, Nestlé/Perrier (PB L 356 van 5.12.1992, blz. 1).
- (108) Dit is in feite het type analyse dat de Commissie in het verleden bij beschikkingen inzake collectieve machtsposities maakte, zie bijvoorbeeld zaak nr. IV/M.190, Nestlé/Perrier (PB L 356 van 5.12.1992, blz. 1), de zaak Gencor/Lonrho, op. cit., zaak nr. IV/M.1383, Exxon/Mobil, punt 259, zaak nr. IV/M.1524, Airtours/First Choice, PB L 93 van 13.4.2000, blz. 1, en zaak nr. COMP/M.2499, Norske Skog/Parenco/Walsum, punt 76; zie ook, Airtours v Commission, aangehaald arrest, r.o. 62.
- (109) Zie ook overweging 26 van de kaderrichtlijn: „Dat twee of meer ondernemingen gezamenlijk een machtspositie hebben, kan niet alleen worden geconstateerd wanneer er structurele of andere banden tussen hen bestaan, maar ook indien de structuur van de betreffende markt gecoördineerde effecten bevordert, dit wil zeggen parallelle of mededingingsversturende gedragingen op de markt stimuleert.”
- (110) Zie zaak nr. COMP/M.2498, UPM-Kymmene/Haindl, en zaak nr. COMP/M.2499, Norske Skog/Parenco/Walsum, punt 77.
- (111) Zie bijvoorbeeld zaak nr. COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue.
- (112) Zo concludeerde de Commissie in zaak nr. COMP/M.2201, MAN/Auwärter, dat er geen gevaar bestond voor een collectieve machtspositie, ondanks dat twee van de bedrijven die in Duitsland op de markt voor stadsbussen actief waren, MAN/Auwärter en EvoBus, elk nagenoeg de helft van de markt bedienden. In het bijzonder constateerde de Commissie dat een eventuele stilzwijgende verdeling van de markt tussen EvoBus en MAN/Auwärter niet waarschijnlijk was aangezien er geen levensvatbaar coördinatiemechanisme zou bestaan. In de tweede plaats maakten de grote verschillen tussen EvoBus en MAN/Auwärter, zoals uiteenlopende kostenstructuren, het eerder waarschijnlijk dat beide ondernemingen zouden concurreren in plaats van samen te spannen. Evenzo kwam de Commissie in de zaak Alcoa/British Aluminium tot de slotsom dat ondanks het feit dat twee van de partijen die op de relevante markt actief waren, bijna 80 % van de afzet voor rekening namen, de markt niet kon worden beschouwd als bevorderlijk voor een oligopolide machtspositie, omdat i) de marktaandelen wisselvallig en instabiel waren en ii) de vraag behoorlijk onregelmatig was waardoor het moeilijk was voor de partijen om te reageren op elkaars acties teneinde tot een stilzwijgende coördinatie van hun gedrag te komen. Bovendien was de markt niet transparant in relatie tot de prijzen en vormden de kopers een aanzienlijk tegenwicht. De conclusies van de Commissie werden bovendien bevestigd door het ontbreken van geloofwaardige vergeldingsmechanismen ter ondersteuning van stilzwijgende coördinatie en het feit dat de concurrentie op de markt niet alleen op de prijzen was gebaseerd maar ook in hoge mate van technologische innovatie en service afhankelijk was, zaak nr. COMP/M.2111, Alcoa/British Aluminium.
- (113) Zo ook is de Commissie in zaak nr. COMP/M.2348, Outokumpu/Norzink, tot de slotsom gekomen dat, ofschoon er maar enkele spelers op de zinkmarkt actief waren, de drempel voor marktbetreding hoog was en de groeivoorzichten voor de vraag gering waren, het onwaarschijnlijk zou zijn dat er een marktstructuur zou ontstaan die bevorderlijk zou zijn voor een gecoördineerd resultaat, als tenminste kon worden aange-toond dat i) de partijen het prijsmechanisme niet konden manipuleren, ii) de producenten asymmetrische kostenstructuren hadden en er geen geloofwaardig vergeldingsmechanisme bestond.
- (114) Zie zaak nr. COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, punt 263.
- (115) Idem, punten 257 t/m 302.
- (116) Zaak nr. COMP/M.1838, BT/Esat.
- (117) Idem, punten 10 t/m 14.
- (118) Zaak nr. IV/M.1430, Vodafone/Airtouch.
- (119) Idem, punt 28. De waarschijnlijkheid dat een duopolide markt zou ontstaan, betrof alleen de drie grootste mobiele exploitanten, te weten D2 en E-Plus, enerzijds, en T-Mobil anderzijds, aangezien het marktaandeel van VIAG Interkom minder dan 5 % bedroeg. De bezwaren van de Commissie werden uiteindelijk weggelaten doordat de partijen voorstelden het aandeel van Vodafone in E-Plus in zijn geheel af te stoten.
- (120) Zaak nr. COMP/M.2016, France Telecom/Orange, punt 26.
- (121) Idem, punten 39 en 40. In haar werkdokument „On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges”, wijst de Commissie op „i) de waarschijnlijkheid dat er een aantal economische betrekkingen bestaan tussen mobiele exploitanten, namelijk via hun interconnectie-overeenkomsten, hun lidmaatschap van de GSM Association, het WAP- en het UMTS-Forum, en het feit dat de voorwaarden van roaming-overeenkomsten praktisch gestandaardiseerd zijn, en ii) de waarschijnlijkheid van het bestaan van hoge drempels voor het betreden van de markt. In haar beoordeling benadrukte de Commissie dat het feit dat de technologie in het algemeen de drijvende kracht is op de mobiele markt, geen invloed lijkt te hebben gehad op de gangbare voorwaarden op de markt voor internationale roaming.”, zie http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/, blz. 24 en 25.
- (122) Verplichtingen die de EG is aangegaan in het kader van de GATS inzake telecommunicatie: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtvsvc.pl?&SECCODE=02.C>.
- (123) Doeltreffende samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten is ook een van de taken van het in artikel 22 van de kaderrichtlijn bedoelde Comité voor communicatie.
- (124) Deze specifieke artikelen zijn de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn (waarbij het laatste van beide artikelen weer verwijst naar de artikelen 16 tot en met 19 van de universele-dienstrichtlijn en de artikelen 7 en 8 van de toegangsrichtlijn), de artikelen 5 en 8 van de toegangsrichtlijn (waarbij het laatste van beide artikelen weer verwijst naar de verplichtingen als bedoeld in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn), en artikel 16 van de universele-dienstrichtlijn (dat weer verwijst naar de artikelen 17 tot en met 19 van de universele-dienstrichtlijn). Bovendien bevat artikel 6 van de toegangsrichtlijn, ofschoon niet uitdrukkelijk genoemd in artikel 7 van de kaderrichtlijn, zelf een kruisverwijzing naar artikel 7 van de kaderrichtlijn, zodat de procedures van artikel 7 van de kaderrichtlijn erop van toepassing zijn.
- (125) Overweging 38 van de kaderrichtlijn.
- (126) Zoals bepaald in artikel 3 van Besluit 1999/468/EG van de Raad tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden dient de Commissie zoveel mogelijk rekening te houden met het advies van het comité, maar is dit advies niet bindend.