

## AANBEVELINGEN

## COMMISSIE

## AANBEVELING VAN DE COMMISSIE

van 17 december 2007

**betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen**

*(Kennisgeving geschied onder nummer C(2007) 5406)***(Voor de EER relevante tekst)**

(2007/879/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten <sup>(1)</sup>, en met name op artikel 15, lid 1,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Richtlijn 2002/21/EG brengt een wetgevend kader voor de elektronischecommunicatiesector tot stand dat beoogt een antwoord te bieden op de convergentietrends door alle elektronischecommunicatienetwerken en -diensten te bestrijken die binnen zijn werkingssfeer vallen. Doel van het regelgevingskader is het geleidelijk terugdringen van sectorspecifieke regelgeving ex ante naarmate de mededinging op de markt tot ontwikkeling komt.
- (2) Met deze aanbeveling wordt beoogd aan te geven welke producten- en dienstenmarkten overeenkomstig artikel 15, lid 1, van Richtlijn 2002/21/EG voor regelgeving ex ante in aanmerking komen. Regelgevende interventie ex ante moet uiteindelijk voordelen voor eindgebruikers

opleveren doordat zij duurzame concurrentie op de retailmarkten tot stand brengt. De bepaling van relevante markten kan en zal mettertijd veranderen, naarmate de kenmerken van producten en diensten zich ontwikkelen en de mogelijkheden voor vraag- en aanbods substitutie veranderen. Aanbeveling 2003/311/EG van de Commissie <sup>(2)</sup> is nu al ruim vier jaar van kracht. Het is dan ook aangewezen de eerste editie daarvan te herzien in het licht van de marktontwikkelingen die zich inmiddels hebben voorgedaan. Deze aanbeveling vervangt derhalve Aanbeveling 2003/311/EG.

- (3) Artikel 15, lid 1, van Richtlijn 2002/21/EG schrijft voor dat de Commissie de markten moet bepalen overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. Daarom worden de productenmarkten in de elektronischecommunicatiesector in deze aanbeveling afgebakend conform de beginselen van het mededingingsrecht, terwijl de aldus bepaalde markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, worden aangewezen of geselecteerd op basis van het feit of de kenmerken van die markten van dien aard zijn dat zij het opleggen van regelgevende verplichtingen ex ante rechtvaardigen. De in deze aanbeveling gehanteerde terminologie is gebaseerd op de terminologie die in Richtlijn 2002/21/EG en Richtlijn 2002/22/EG wordt gebruikt; in de toelichting bij deze aanbeveling worden de voor deze markten relevante technologische ontwikkelingen beschreven. Overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG is het aan de nationale regelgevende instanties om de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, en met name de relevante geografische markten binnen hun grondgebied, te bepalen.

<sup>(1)</sup> PB L 108 van 24.4.2002, blz. 33. Richtlijn gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 717/2007 (PB L 171 van 29.6.2007, blz. 32).

<sup>(2)</sup> PB L 114 van 8.5.2003, blz. 45.

- (4) Het uitgangspunt voor de aanwijzing van markten in deze aanbeveling is de bepaling van retailmarkten vanuit een toekomstgericht perspectief, waarbij de vraag- en aanbods substitutie in aanmerking wordt genomen. Nadat de retailmarkten bepaald zijn, is het opportuun de relevante wholesalemarkten aan te wijzen. Indien de downstreammarkt door een of meer verticaal geïntegreerde ondernemingen wordt bediend, kan de afwezigheid van regelgeving ertoe leiden dat er geen (commerciële) wholesalemarkt bestaat. Indien de markt voor aanwijzing in aanmerking komt, kan het derhalve noodzakelijk blijken een fictieve upstreammarkt op wholesaleniveau te construeren. Markten in de elektronischecommunicatiesector hebben veelal een bilateraal karakter, in die zin dat zij betrekking hebben op diensten die worden geleverd via netwerken of platforms die gebruikers van beide zijden van de markt bijeenbrengen, zoals eindgebruikers die communicaties uitwisselen, of zenders en ontvangers van informatie of inhoud. Bij de aanwijzing en bepaling van markten moet met die aspecten rekening worden gehouden omdat deze van invloed kunnen zijn op de wijze waarop markten worden bepaald en op het antwoord op de vraag of markten kenmerken vertonen die het opleggen van regelgevende verplichtingen ex ante kunnen rechtvaardigen.
- (5) Bij de aanwijzing van de markten die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, dienen de volgende cumulatieve criteria te worden gehanteerd. Het eerste criterium is de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben. Gezien het dynamische karakter en functioneren van elektronischecommunicatiemarkten moet bij het uitvoeren van een prospectieve analyse voor het aanwijzen van de relevante markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, echter ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat toegangsbelemmeringen binnen de relevante tijdshorizon worden overwonnen. Daarom staat het tweede criterium slechts de aanwijzing toe van markten waarvan de structuur niet neigt naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter” de toegangsbelemmeringen. Het derde criterium is dat toepassing van het mededingingsrecht alleen het marktfalen in kwestie niet voldoende zou verhelpen.
- (6) De voornaamste indicatoren waarop bij de toetsing aan het eerste en het tweede criterium moet worden gelet, zijn vergelijkbaar met die welke in het kader van een toekomstgerichte marktanalyse worden onderzocht, met name indicatoren van toegangsbelemmeringen bij afwezigheid van regelgeving (onder meer de omvang van initiële investeringen), marktstructuur, marktontwikkeling en marktdynamiek, met inbegrip van indicatoren zoals marktaandeel en trends daarvan, marktprijzen en trends daarvan, en de reikwijdte en dekkingsgraad van concurrerende netwerken of infrastructures. Elke markt die bij afwezigheid van regelgeving ex ante aan de drie criteria voldoet, komt voor regelgeving ex ante in aanmerking.
- (7) Overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG mogen voor nieuwe opkomende markten geen ongerechtvaardigde verplichtingen gelden, ook al is er sprake van een voordeel van een „first mover”. Nieuwe opkomende markten worden geacht betrekking te hebben op producten en diensten waarvoor het wegens de nieuwigheid ervan zeer moeilijk is de vraagomstandigheden of de voorwaarden voor markttoegang en de leveringsvoorwaarden te voorspellen, en het dus ook moeilijk is de drie criteria toe te passen. Nieuwe opkomende markten mogen niet aan ongerechtvaardigde verplichtingen worden onderworpen omdat conform artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG de innovatie moet worden gesteund; tegelijkertijd moet worden voorkomen dat anderen door de marktleider van dergelijke markten worden afgesneden, zoals ook wordt gesteld in de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten<sup>(1)</sup>. Een gestage verbetering van bestaande netwerkinfrastructuur leidt zelden tot het ontstaan van een nieuwe of opkomende markt. De niet-substitueerbaarheid van een product moet uit het oogpunt van zowel de vraag- als de aanbodzijde worden aangetoond voordat kan worden geconcludeerd dat het product geen deel uitmaakt van een reeds bestaande markt. De opkomst van nieuwe retaildiensten kan tot het ontstaan van een nieuwe afgeleide wholesalemarkt aanleiding geven indien deze retaildiensten niet met gebruikmaking van bestaande wholesaleproducten kunnen worden geleverd.
- (8) De volgende twee soorten toegangsbelemmeringen zijn relevant ten behoeve van deze aanbeveling: structurele belemmeringen en wettelijke of regelgevende belemmeringen.
- (9) Structurele toegangsbelemmeringen zijn het gevolg van oorspronkelijke kosten- of vraagomstandigheden die leiden tot zodanig asymmetrische voorwaarden voor gevestigde exploitanten en voor nieuwkomers dat de markttoegang van die laatsten wordt belemmerd of verhinderd. Zo kan er van hoge structurele belemmeringen sprake zijn wanneer de markt wordt gekenmerkt door absolute kostenvoordelen, aanzienlijke schaal- en/of synergievoordelen, capaciteitsbeperkingen en grote initiële investeringen. Ook nu nog kunnen dergelijke belemmeringen worden vastgesteld met betrekking tot de wijdverbreide invoering en/of levering van lokale toegangsnetwerken op vaste locaties. Een daarmee verband houdende structurele belemmering kan ook bestaan wanneer voor de levering van de dienst een netwerkcomponent nodig is die technisch gesproken niet kan worden gedupliceerd, of alleen kan worden gedupliceerd voor kosten die dit voor de concurrenten economisch niet rendabel maken.

(1) PB C 165 van 11.7.2002, blz. 6.

- (10) Belemmeringen van wettelijke of regelgevende aard zijn niet op economische voorwaarden gebaseerd, maar zijn het gevolg van wetgevende, administratieve of andere overheidsmaatregelen die directe gevolgen hebben voor de voorwaarden voor de toegang tot en/of de positie van exploitanten op de relevante markt. Een voorbeeld van een wettelijke of regelgevende belemmering die de toegang tot de markt verhindert, is een beperking van het aantal ondernemingen dat toegang heeft tot het spectrum voor de levering van onderliggende diensten. Andere voorbeelden van wettelijke of regelgevende belemmeringen zijn prijscontroles of andere op de prijs betrekking hebbende maatregelen van overheidswege die aan de ondernemingen worden opgelegd en die niet alleen gevolgen hebben voor de markttoegang, maar ook voor de positie van ondernemingen op de markt. Wettelijke of regelgevende belemmeringen, die binnen de relevante tijdshorizon kunnen worden opgeheven, mogen niet als economische toegangsbelemmeringen worden beschouwd om er aldus voor te zorgen dat aan het eerste criterium is voldaan.
- (11) Toegangsbelemmeringen kunnen ook minder relevant worden op markten die door innovatie worden gestuurd en die door voortdurende technologische vooruitgang worden gekenmerkt. Op dergelijke markten vloeit de concurrentiedruk voornamelijk voort uit de bedreiging die uitgaat van innovatie van potentiële concurrenten die zich niet op de markt bevinden. Op markten waar innovatie een stuwende kracht is, kan dynamische concurrentie of concurrentie op langere termijn plaatsvinden tussen bedrijven die niet noodzakelijkerwijs concurrenten op een bestaande „statische” markt zijn. Deze aanbeveling wijst geen markten aan waarvan wordt verwacht dat toegangsbelemmeringen niet voor een afzienbare tijd zullen blijven bestaan. Bij het nagaan welke toegangsbelemmeringen bij afwezigheid van regelgeving waarschijnlijk zullen blijven bestaan, moet worden onderzocht of de sector in het verleden door veelvuldige en succesvolle toegang is gekenmerkt en of de toegang direct en duurzaam genoeg is geweest of naar alle waarschijnlijkheid zal zijn om de marktmacht te beperken. De relevantie van de toegangsbelemmeringen zal onder meer afhangen van de omvang die de productie ten minste moet hebben om rendabel te zijn en van de initiële investeringen.
- (12) Ook al wordt een markt door hoge toegangsbelemmeringen gekenmerkt, toch kunnen andere structurele factoren op die markt inhouden dat de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar een daadwerkelijk concurrerend resultaat. De marktdynamiek kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door technologische ontwikkelingen of door de convergentie van producten en markten, waardoor concurrentiedruk kan ontstaan tussen exploitanten die op verschillende productemarkten actief zijn. Dit kan ook het geval zijn op markten waar een beperkt — maar voldoende — aantal ondernemingen met uiteenlopende kostenstructuren te maken heeft met een prijs-elastische vraag vanuit de markt. Er kan ook van overcapaciteit op een markt sprake zijn, waardoor concurrerende ondernemingen normaal gesproken in staat moeten zijn de output zeer snel uit te breiden in reactie op een eventuele prijsverhoging. Op dergelijke markten kunnen de marktaandeelen in de tijd variëren en/of de prijzen een dalend verloop vertonen. Wanneer de marktdynamiek aan snelle veranderingen onderhevig is, moet de relevante tijdshorizon zodanig worden gekozen dat relevante marktontwikkelingen tot uiting komen.
- (13) De beslissing om een markt aan te wijzen als in aanmerking komend voor regelgeving ex ante dient ook af te hangen van een beoordeling van de mate waarin het mededingingsrecht volstaat om het marktfalen aan te pakken dat ervoor zorgt dat aan de eerste twee criteria is voldaan. Interventies van het mededingingsrecht zullen meestal niet veel uithalen wanneer een interventie om een marktfalen te verhelpen de vaststelling van uitvoerige voorschriften met zich meebrengt of wanneer veelvuldige en/of tijdige interventies onontbeerlijk zijn.
- (14) De toepassing van de drie criteria zou moeten resulteren in een beperking van het aantal markten in de elektronischecommunicatiesector waar regelgevende verplichtingen ex ante worden opgelegd, en aldus moeten bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van het regelgevingskader om sectorspecifieke regelgeving ex ante geleidelijk terug te dringen naarmate de mededinging op de markt tot ontwikkeling komt. Deze criteria dienen op cumulatieve wijze te worden toegepast, zodat het feit dat niet aan een ervan wordt voldaan, inhoudt dat een markt niet mag worden aangewezen als in aanmerking komend voor regelgeving ex ante.
- (15) Regelgevende controles met betrekking tot retaildiensten zouden alleen mogen worden opgelegd wanneer nationale regelgevende instanties van mening zijn dat met de desbetreffende maatregelen op wholesaleniveau of maatregelen betreffende carrierkeuze of carrierveerkeuze het doel, te weten een daadwerkelijke mededinging en het openbaar belang te waarborgen, niet kan worden verwezenlijkt. Door op wholesaleniveau onder meer te interveniëren met corrigerende maatregelen die op retailmarkten van invloed kunnen zijn, kunnen de lidstaten waarborgen dat er in een zo groot mogelijk deel van de waardeketen van normale mededingingsprocessen sprake is, hetgeen de beste resultaten oplevert voor eindgebruikers. In deze aanbeveling worden daarom hoofdzakelijk wholesalemarkten aangewezen waar passende regelgeving dient te worden opgelegd teneinde een duidelijk gebrek aan daadwerkelijke mededinging op retailmarkten aan te pakken. Indien een nationale regelgevende instantie aantoonbaar dat interventies op wholesaleniveau geen resultaat hebben opgeleverd, dan kan de retailmarkt in kwestie aan regelgeving ex ante worden onderworpen, op voorwaarde evenwel dat aan de drie bovenbeschreven criteria is voldaan.
- (16) Het in deze aanbeveling geschetste proces om markten aan te wijzen, laat de markten onverlet die in specifieke gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden bepaald. Voorts laat de werkingssfeer van de regelgeving ex ante het scala aan activiteiten onverlet dat uit hoofde van het mededingingsrecht mag worden geanalyseerd.

- (17) De in de bijlage opgesomde markten zijn aangewezen op basis van de bovenbeschreven drie cumulatieve criteria. De nationale regelgevende instanties dienen niet in deze aanbeveling opgenomen markten aan die drie criteria te toetsen. De nationale regelgevende instanties dienen de bevoegdheid te hebben de in de bijlage bij Aanbeveling 2003/311/EG opgenomen markten die niet in de bijlage bij deze aanbeveling zijn vermeld, aan de drie criteria te toetsen om na te gaan of deze markten op grond van de nationale omstandigheden nog steeds voor regelgeving ex ante in aanmerking komen. Een nationale regelgevende instantie kan ervoor opteren geen marktanalyseprocedure voor in deze aanbeveling opgesomde markten uit te voeren indien zij vaststelt dat voor de markt in kwestie niet aan de drie criteria is voldaan. De nationale regelgevende instanties mogen markten aanwijzen die verschillend zijn van die welke in deze aanbeveling zijn opgenomen, voor zover zij daarbij handelen in overeenstemming met artikel 7 van de Richtlijn 2002/21/EG. Wanneer een in overweging 38 van Richtlijn 2002/21/EG beschreven ontwerpmaatregel die op de handel tussen lidstaten van invloed is, niet wordt aangemeld, kan dit tot gevolg hebben dat een inbreukprocedure wordt ingeleid. Andere markten dan die welke in deze aanbeveling zijn opgenomen, dienen te worden bepaald op basis van de mededingingsbeginselen die zijn vastgelegd in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht<sup>(1)</sup>, moeten consistent zijn met de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht<sup>(2)</sup>, en moeten voldoen aan de drie bovenvermelde criteria.
- (18) Het feit dat deze aanbeveling de producten- en dienstenmarkten aanwijst die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, houdt niet in dat regelgeving altijd nodig is of dat deze markten zullen worden onderworpen aan regelgevende verplichtingen zoals die in de specifieke richtlijnen zijn neergelegd. Meer in het bijzonder kan geen regelgeving worden opgelegd of moet de regelgeving worden ingetrokken wanneer er bij afwezigheid van regelgeving op deze markten daadwerkelijke mededinging heerst, dat wil zeggen wanneer geen enkele exploitant aanmerkelijke marktmacht heeft in de zin van artikel 14 van Richtlijn 2002/21/EG. Regelgevende verplichtingen moeten passend zijn en gebaseerd zijn op de aard van de problemen die zich voordoen. Zij moeten tevens evenredig en gerechtvaardigd zijn in het licht van de doelstellingen die in Richtlijn 2002/21/EG zijn neergelegd, in het bijzonder het maximaliseren van de voordelen voor gebruikers, het garanderen dat geen beperking of verstoring van de concurrentie plaatsvindt, het aan-

moedigen van efficiënte investeringen in infrastructuur, het stimuleren van innovatie en het bevorderen van efficiënt gebruik en beheer van radiofrequenties en nummer-ruimte.

- (19) Ten behoeve van deze aanbeveling heeft een openbaar overleg en overleg met de nationale regelgevende instanties en de nationale mededingingsautoriteiten plaatsgevonden,

BEVEELT AAN:

1. Bij het bepalen conform artikel 15, lid 3, van Richtlijn 2002/21/EG van de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, dienen de nationale regelgevende instanties de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij deze aanbeveling worden opgesomd.
2. Bij het aanwijzen van andere markten dan die welke in de bijlage zijn opgenomen, dienen de nationale regelgevende instanties erop toe te zien dat cumulatief aan de volgende drie criteria is voldaan:
  - a) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;
  - b) de marktstructuur neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter” de toegangsbelemmeringen;
  - c) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.
3. Deze aanbeveling laat de marktbepalingen, de resultaten van marktanalyses en de regelgevende verplichtingen onverlet die nationale regelgevende instanties in overeenstemming met artikel 15, lid 3, en artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG vóór de datum van aanneming van deze aanbeveling hebben goedgekeurd.
4. Deze aanbeveling is gericht tot de lidstaten.

Gedaan te Brussel, 17 december 2007.

Voor de Commissie  
Neelie KROES  
Lid van de Commissie

<sup>(1)</sup> PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

<sup>(2)</sup> PB C 165 van 11.7.2002, blz. 6.

## BIJLAGE

**Retailniveau**

1. Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere en niet-particuliere gebruikers.

**Wholesaleniveau**

2. Gespreksopbouw op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie.

Voor de doeleinden van deze aanbeveling omvat gespreksopbouw ook de doorgifte van gesprekken, die zodanig wordt begrensd dat zij in een nationale context consistent is met de afgesproken grenzen voor de markten voor gespreksdoorgifte en voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, geleverd op een vaste locatie.

3. Gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie.

Voor de doeleinden van deze aanbeveling omvat gespreksafgifte ook de doorgifte van gesprekken, die zodanig wordt begrensd dat zij in een nationale context consistent is met de afgesproken grenzen voor de markten voor gespreksopbouw en voor gespreksdoorgifte op het openbare telefoonnetwerk, geleverd op een vaste locatie.

4. (Fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie.

5. Wholesalebreedbandtoegang

Deze markt omvat niet-fysieke of virtuele netwerktoegang, met inbegrip van bitstreamtoegang op een vaste locatie. Het gaat om een downstreammarkt ten opzichte van de fysieke toegang die valt onder markt 4, in die zin dat wholesalebreedbandtoegang kan worden opgezet door gebruik te maken van dit uitgangspunt in combinatie met andere elementen.

6. Afgevend segmenten van huurlijnen op wholesaleniveau, ongeacht van welke technologie gebruik wordt gemaakt om gehuurde of toepassings specifieke capaciteit te leveren.

7. Gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken.
-