

## Kommissionens retningslinjer for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition i henhold til EU-rammebestemmelserne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester

(2002/C 165/03)

(EØS-relevant tekst)

### 1. INDLEDNING

#### 1.1. Retningslinjernes anvendelsesområde og formål

1. I disse retningslinjer fastsættes de principper, de nationale tilsynsmyndigheder skal bruge ved deres analyse af markeder og reel konkurrence i henhold til de nye rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.
2. Rammebestemmelserne omfatter fem direktiver: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester<sup>(1)</sup>, i det følgende benævnt »rammedirektivet«, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester<sup>(2)</sup>, i det følgende benævnt »tilladelsesdirektivet«, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter<sup>(3)</sup>, i det følgende benævnt »adgangsdirektivet«, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester<sup>(4)</sup>, i det følgende benævnt »forsyningspligtdirektivet«, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor<sup>(5)</sup>. Indtil det sidstnævnte direktiv vedtages formelt, er det dog stadig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren<sup>(6)</sup>, i det følgende benævnt »direktivet om beskyttelse af personoplysninger«, som fortsat er det gældende direktiv.
3. I henhold til rammebestemmelserne fra 1998 var de markedsområder i telesektoren, som var underlagt forhåndsregulering, fastsat i de relevante direktiver, men markederne var ikke afgrænset i overensstemmelse med konkurrencerettens principper. Inden for disse markedsområder, der var fastsat i henhold til 1998-rammebestemmelserne, kunne de nationale tilsynsmyndigheder udpege virksomheder som havende en stærk markedsposition, hvis de havde en markedsandel på 25 %, dog var der mulighed for at anvende en anden tærskel alt efter virksomhedens mulighed for at påvirke markedsforholdene, dens omsætning i forhold til markedets størrelse, dens kontrol over adgangen til slutbrugerne, dens finansieringsmuligheder og erfaring med udbud af produkter og tjenester på markedet.
4. Under de nye rammebestemmelser afgrænses de markeder, som skal reguleres, i overensstemmelse med

principperne i EU's konkurrenceret. De udpeges af Kommissionen i dens henstilling om relevante produkt- og tjenestemarkeder i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 15, stk. 1 (i det følgende benævnt »henstillingen«). Hvis de nationale forhold begrundet det, kan tilsynsmyndighederne også udpege andre markeder i overensstemmelse med procedurerne i rammedirektivets artikel 6 og 7. Hvis der er tale om transnationale markeder, som er underlagt forhåndsregulering, vil de i givet fald blive udpeget af Kommissionen i en afgørelse om relevante transnationale markeder i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 15, stk. 4 (i det følgende benævnt »afgørelsen«).

5. På alle disse markeder griber tilsynsmyndighederne kun ind og pålægger virksomhederne forpligtelser, hvis det skønnes, at der er reel konkurrence<sup>(7)</sup>, fordi de pågældende virksomheder indtager en dominerende stilling i henhold til EF-traktatens artikel 82<sup>(8)</sup>. Begrebet dominerende stilling er defineret i EF-Domstolens afgørelser som en økonomisk styrkeposition, der giver en virksomhed magt til i betragtelig grad at kunne handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne. Til forskel fra rammebestemmelserne fra 1998 vil Kommissionen og tilsynsmyndighederne under de nye rammebestemmelser anvende konkurrencelovgivningens principper og metoder til at udpege markeder, som skal forhåndsreguleres, og til at vurdere, om en virksomhed har en stærk markedsposition.
6. Disse retningslinjer er tænkt som en vejledning for de nationale tilsynsmyndigheder ved udøvelsen af deres nye ansvar i forbindelse med markedsafgrænsning og vurderinger af stærk markedsposition. De er vedtaget af Kommissionen i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 2, efter drøftelser med de berørte nationale tilsynsmyndigheder og en offentlig høring. Resultaterne heraf er indarbejdet i retningslinjerne.
7. I henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 3, skal tilsynsmyndighederne nøje iagttage retningslinjerne. Det vil være en vigtig faktor ved Kommissionens vurdering af forholdsmæssigheden og lovligheden af de nationale tilsynsmyndigheders forslag til beslutninger, under hensyntagen til de politiske målsætninger i rammedirektivets artikel 8.
8. Retningslinjerne vedrører især følgende emner: a) markedsafgrænsning, b) vurdering af stærk markedsposition, c) udpegelse af stærk markedsposition og d) procedure spørgsmål i forbindelse med alle disse emner.

9. Retningslinjerne er udarbejdet for de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på følgende anvendelse:

- til at fastlægge det geografiske omfang af de markeder for produkter og tjenester, der er udpeget i henstillingen. De nationale tilsynsmyndigheder fastsætter ikke det geografiske omfang af transnationale markeder, da dette anføres i beslutningen
- til at analysere konkurrencevilkårene ved hjælp af de metoder, der er beskrevet i retningslinjernes afsnit 3, på de markeder, der er udpeget i henstillingen og beslutningen samt af de nationale tilsynsmyndigheder
- til at udpege relevante nationale eller regionale produkt- og tjenestemarkeder, som ikke er medtaget i henstillingen, når dette er begrundet ud fra de nationale forhold, og det sker i henhold til procedurerne i rammedirektivets artikel 6 og 7
- til at udpege virksomheder efter markedsanalysen, som har en stærk markedsposition på det pågældende marked og at pålægge forholdsmæssige forhåndsforanstaltninger, som er i overensstemmelse med rammebestemmelserne, som beskrevet i retningslinjernes afsnit 3 og 4
- til at bistå medlemsstaterne og de nationale tilsynsmyndigheder med at håndhæve artikel 11, stk. 1, litra f), i tilladelsesdirektivet og artikel 5, stk. 1, i rammedirektivet og derved sikre, at virksomhederne overholder deres forpligtelse til at forelægge de nationale tilsynsmyndigheder oplysninger, der er nødvendige for at afgrænse de relevante markeder og vurdere stærke markedspositioner på disse markeder
- til at bistå nationale tilsynsmyndigheder med at håndtere fortrolige oplysninger, der kan forventes at blive afgivet af:
  - virksomheder i henhold til artikel 11, stk. 1, litra f), i tilladelsesdirektivet og artikel 5, stk. 1, i rammedirektivet
  - nationale konkurrencemyndigheder som led i det samarbejde, der er omhandlet i artikel 3, stk. 5, i rammedirektivet og
  - Kommissionen og en national tilsynsmyndighed i en anden medlemsstat som led i det samarbejde, der er omhandlet i artikel 5, stk. 2, i rammedirektivet.

10. Retningslinjerne er struktureret på følgende måde:

**Kapitel 1** indeholder en indledning og en oversigt over retningslinjernes baggrund, formål, anvendelsesområde og indhold. I **kapitel 2** beskrives den metode, som de nationale tilsynsmyndigheder skal bruge ved fastlæggelsen af det geografiske omfang af de markeder, der er udpeget i henstillingen om markeder, og til at afgrænse relevante markeder, som ikke er medtaget i henstillingen. I **kapitel**

**3** opstilles kriterierne for at vurdere en stærk markedsposition på et relevant marked. I **kapitel 4** beskrives de forskellige konklusioner, som tilsynsmyndighederne eventuelt når frem til efter deres markedsanalyse, og de forskellige foranstaltninger, som de eventuelt medfører. I **kapitel 5** beskrives tilsynsmyndighedernes undersøgelsesbeføjelser, der foreslås procedurer for samarbejde mellem tilsynsmyndigheder og mellem tilsynsmyndigheder og nationale konkurrencemyndigheder, og procedurerne for koordinering og samarbejde mellem tilsynsmyndighederne og Kommissionen beskrives. I **kapitel 6** beskrives procedurerne for offentlig høring og offentliggørelse af tilsynsmyndighedens forslag til beslutninger.

11. Hovedformålet med retningslinjerne er at sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder anvender de nye rammebestemmelserne på en konsekvent måde, og det gælder navnlig ved udpegelsen af virksomheder med en stærk markedsposition på grundlag af rammebestemmelserne.
12. Med udsendelsen af retningslinjerne agter Kommissionen også at forklare interessegrupper og virksomheder inden for den elektroniske kommunikationssektor, hvordan de nationale tilsynsmyndigheder bør gennemføre deres beregning af en stærk markedsposition i henhold til rammedirektivet, og sigter dermed også mod størst mulig gennemskuelse og retssikkerhed i forbindelse med den sektorspecifikke lovgivning.
13. Kommissionen tilpasser retningslinjerne, når det er nødvendigt, for at bringe dem i overensstemmelse med vundne erfaringer ved anvendelsen af rammebestemmelserne og den fremtidige udvikling i Retten i Første Instans' og EF-Domstolens retspraksis.
14. Retningslinjerne indskrænker ikke på nogen måde de rettigheder, som enkeltpersoner eller virksomheder har i henhold til EU-lovgivning. De indskrænker ikke på nogen måde Kommissionens og de relevante nationale myndigheders anvendelse af EU-lovgivningen, herunder navnlig konkurrenceretten, eller foregriber dennes fortolkning ved EF-Domstolen og Retten i Første Instans. Retningslinjerne foregriber ikke foranstaltninger, som Kommissionen eventuelt iværksætter, eller retningslinjer, som Kommissionen eventuelt udsender i fremtiden, for så vidt angår anvendelsen af EU's konkurrenceret.

#### 1.2. Principper og politiske mål for sektorspecifikke foranstaltninger

15. De nationale tilsynsmyndigheder skal søge at opfylde de politiske målsætninger, der er fastsat i rammedirektivets artikel 8, stk. 2, 3 og 4. De kan opdeles i tre kategorier:
  - at fremme et åbent og konkurrencebaseret marked for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og dertil hørende faciliteter
  - at udvikle det indre marked, og
  - at fremme de europæiske borgeres interesser.

16. Formålet med at pålægge virksomheder, der er udpeget som stærke på markedet, forhåndsforpligtelser er at sikre, at disse virksomheders markedsposition ikke kan udnyttes til at begrænse eller fordreje konkurrencen på det relevante marked eller til at påvirke tilstødende markeder.
  17. Reguleringen bør kun ske på de elektroniske kommunikationsmarkeder, hvis beskaffenhed begrundes sektorspecifik regulering, og hvor de berørte nationale tilsynsmyndigheder har fastslået, at en eller flere aktører har en stærk markedsposition.
  18. De produkt- og tjenestemarkeder, hvis beskaffenhed begrundes sektorspecifik regulering, udpeges af Kommissionen i henstillingen, og af de nationale tilsynsmyndigheder i overensstemmelse med procedurene i rammedirektivets artikel 6 og 7 i de tilfælde, hvor udpegelse af andre relevante markeder er begrundet ud fra nationale forhold<sup>(9)</sup>. Herudover er visse andre markeder specifikt udpeget i adgangsdirektivets artikel 6 og forsyningspligt-direktivets artikel 18 og 19.
  19. For hvert af disse relevante markeder vurderer de nationale tilsynsmyndigheder, hvorvidt der er tale om reel konkurrence. Hvis det konstateres, at der er tale om reel konkurrence på et marked, er det ensbetydende med, at der ikke er en enkelt eller flere virksomheder i fællesskab, som har en dominerende stilling på markedet. I forbindelse med anvendelsen af de nye rammebestemmelser betyder reel konkurrence derfor, at der ikke er nogen virksomhed på det relevante marked, som alene eller i fællesskab med andre virksomheder, i sig selv eller kollektivt har en dominerende markedsstilling. Hvis tilsynsmyndighederne vurderer, at der ikke er tale om reel konkurrence på et relevant marked, udpeger de virksomheder med et stærk markedsposition på det pågældende marked og pålægger dem passende specifikke forpligtelser, eller bibeholder eller udvider allerede eksisterende pålæg i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 16, stk. 4.
  20. Når tilsynsmyndighederne foretager en markedsanalyse i henhold til rammedirektivets artikel 16, skal de foretage en fremadrettet, strukturel vurdering af det relevante marked på grundlag af de herskende markedsforhold. De nationale myndigheder bør afgøre, hvorvidt markedet er et potentielt konkurrencemarked<sup>(10)</sup>, og dermed hvorvidt en situation med manglende konkurrence er varig, under hensyntagen til den forventede eller forudsigelige markedsudvikling i løbet af en rimeligt tidsrum. Den i praksis valgte periode bør tage hensyn til markedets særlige forhold og det forventede tidsrum, der forløber, inden tilsynsmyndighedernes næste gennemgang af markedsforholdene. De nationale tilsynsmyndigheder bør inddrage tidligere oplysninger i analysen, hvis de er relevante for udviklingen på det pågældende marked inden for den nærmeste fremtid.
  21. Hvis tilsynsmyndighederne udpeger virksomheder som havende en stærk markedsposition, skal de pålægge dem en eller flere retlige forpligtelser i overensstemmelse med de relevante direktiver og under hensyntagen til proportionalitetsprincippet. Undtagelsesvis kan tilsynsmyndighederne pålægge adgangs- og samtrafikforpligtelser, som går ud over de forpligtelser, der er fastsat i adgangsdirektivet, forudsat at det sker efter forudgående samtykke fra Kommissionen, og som fastsat i direktivets artikel 8, stk. 3.
  22. Ved udøvelsen af deres reguleringsopgaver i medfør af rammedirektivets artikel 15 og 16 har de nationale tilsynsmyndigheder skønsbeføjelser, som afspejler kompleksiteten af alle de relevante faktorer, der skal vurderes (økonomiske, faktuelle og retlige), i forbindelse med udpegelsen af relevante markeder og konstatering af, om der er virksomheder med en stærk markedsposition. Skønsbeføjelserne er dog underlagt de procedurer, der er fastsat i rammedirektivets artikel 6 og 7.
  23. Reguleringsforanstaltninger, som tilsynsmyndighederne vedtager i medfør af direktiverne, påvirker gennemførelsen af det indre marked. De nationale tilsynsmyndigheder må sikre en konsekvent anvendelse af de bestemmelser, som retningslinjerne vedrører, således at negative påvirkninger af det indre markeds funktion undgås. En sådan konsekvens kan kun nås ved hjælp af nøje koordinering og tæt samarbejde med andre nationale tilsyns- og konkurrencemyndigheder samt Kommissionen som fastlagt i rammedirektivet og anbefalet i retningslinjernes afsnit 5.3.
- ### 1.3. Sammenhængen med konkurrenceretten
24. I henhold til rammebestemmelserne sker markedsafgrænsning og vurdering af stærk markedsposition ved hjælp af de samme metoder, som bruges i konkurrenceretten. Definitionen af det geografiske omfang af de markeder, der er udpeget i henstillingen, eventuel definition af relevante produkt- og tjenestemarkeder, som ikke er omfattet af henstillingen, og de nationale tilsynsmyndigheders vurdering af, hvorvidt der er reel konkurrence, bør derfor være i overensstemmelse med doms- og retspraksis på konkurrenceområdet. For at sikre denne konsekvens er disse retningslinjer baseret på 1) Førsteinstansrettens og Domstolens retspraksis vedrørende markedsafgrænsning og begrebet dominerende stilling, som omhandlet i EF-traktatens artikel 82 og fusionsforordningens<sup>(11)</sup> artikel 2, 2) »Retningslinjer for anvendelse af EF's konkurrenceregler på telekommunikationssektoren«<sup>(12)</sup>, 3) »Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret«<sup>(13)</sup>, herefter benævnt »meddelelsen om markedsafgrænsning«, og 4) »Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren«<sup>(14)</sup>, herefter benævnt »adgangsmeddelelsen«.

25. Anvendelse af de samme metoder sikrer, at den afgrænsning af et relevant marked, som anvendes i forbindelse med sektorspecifik regulering, for det meste vil være sammenfaldende med den markedsafgrænsning, som ville finde sted i henhold til konkurrenceretten. I nogle tilfælde og af de grunde, der er anført i retningslinjernes kapitel 2, kan markeder udpeget af Kommissionen og konkurrencemyndighederne i konkurrencesager være forskellige fra de markeder, der er anført i henstillingen og beslutningen, og/eller fra markeder, som de nationale tilsynsmyndigheder har udpeget i henhold til artikel 15, stk. 3, i rammedirektivet. Artikel 15, stk. 1, i rammedirektivet gør det klart, at markeder, som udpeges af nationale tilsynsmyndigheder i forbindelse med forhåndsregulering, ikke foregriber markeder, som de nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen udpeger ved udøvelsen af deres respektive beføjelser i henhold til konkurrenceretten i specifikke sager.
26. For så vidt angår anvendelsen af EU's konkurrenceret, forklares i Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning, at begrebet relevant marked er nært forbundet med målsætningerne for EU's politikker. Markeder, som defineres i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82, defineres normalt efterfølgende. I disse tilfælde inddrager analysen begivenheder, som allerede har fundet sted på markedet, og påvirkes ikke af eventuelle fremtidige begivenheder. I modsætning hertil defineres markeder som regel ud fra et fremadrettet sigte i forbindelse med fusionsreglerne i EU's konkurrenceret.
27. Relevante markeder, som afgrænses i forbindelse med sektorspecifik regulering, vil dog altid blive vurderet ud fra et fremadrettet grundlag, idet den nationale tilsynsmyndighed medtager en evaluering af den fremtidige markedsudvikling i sin vurdering. De nationale tilsynsmyndigheders markedsanalyse bør dog ikke se bort fra tidligere oplysninger, hvis de er relevante, når fremtidsperspektiverne for et relevant marked vurderes (se også kapitel 2 nedenfor). Udgangspunktet for gennemførelsen af en markedsanalyse i forbindelse med rammedirektivets artikel 15 er en overordnet fremadrettet vurdering af det undersøgte markeds struktur og funktion, og ikke, at der eksisterer en aftale eller en samordnet praksis i henhold til EF-traktatens artikel 81, eller en koncentration i henhold til fusionsforordningen, ej heller en mistanke om misbrug af en dominerende stilling i henhold til EF-traktatens artikel 82. Selv om nationale tilsynsmyndigheder og konkurrencemyndigheder i princippet burde nå frem til de samme konklusioner, når de undersøger de samme emner under de samme forhold og med de samme mål for øje, kan det ikke udelukkes, at de ovennævnte forskelle og navnlig de nationale tilsynsmyndigheders bredere vurderingsfokus medfører, at markedsafgrænsningen ikke altid er ens, alt efter om afgrænsningen sker i henhold til konkurrencelovgivningen eller i forbindelse med sektorspecifik regulering.
28. Selv om analyser af fusioner også sker på forhånd, finder de ikke sted med samme regelmæssighed som de nationale tilsynsmyndigheders analyser i henhold til det nye regelsæt. En konkurrencemyndighed har i princippet ikke lejlighed til at gennemgå sin beslutning med jævne mellemrum alt efter markedsudviklingen, medens nationale tilsynsmyndigheder i henhold til rammedirektivets artikel 16, stk. 1, er forpligtet til jævnligt at revidere deres beslutninger. Dette forhold kan påvirke både markedsanalysens omfang og bredde og den konkurrencemæssige vurdering, som tilsynsmyndighederne gennemfører. Det er årsagen til, at markedsafgrænsninger i henhold til det nye regelsæt kan være forskellige fra de markedsafgrænsninger, som konkurrencemyndighederne foretager, også selv om der er tale om områder, som ligner hinanden.
29. Det forventes ikke, at sektorspecifik forhåndsregulering vil være nødvendig for markeder, som ikke er nævnt i henstillingen, undtagen i de tilfælde, hvor tilsynsmyndigheden kan begrunde reguleringen med et yderligere eller forskelligt relevant marked i overensstemmelse med proceduren i rammedirektivets artikel 7.
30. Udpegelsen af en virksomhed som havende en stærk markedsposition i forbindelse med forhåndsregulering indebærer ikke automatisk, at virksomheden også har en dominerende stilling i henhold til EF-traktatens artikel 82 eller tilsvarende nationale bestemmelser. Derudover har udpegelsen af stærk markedsposition ingen betydning for, hvorvidt virksomheden har misbrugt en dominerende stilling i henhold til EF-traktatens artikel 82 eller national konkurrencelovgivning. Den betyder kun, at virksomheden fra et strukturelt synspunkt og på kort eller mellemlangt sigt på det relevante udpegede marked har og vil have en styrkeposition, der giver den magt til i betragtelig grad at kunne handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugere, og dette kun i forbindelse med rammedirektivets artikel 14.
31. I praksis kan der blive indledt parallelle procedurer efter forhåndsregulering og efter konkurrenceretten i forbindelse med forskellige problemstillinger på relevante markeder<sup>(15)</sup>. Konkurrencemyndighederne kan derfor gennemføre deres egen markedsanalyse og pålægge passende foranstaltninger i henhold til konkurrenceretten sideløbende med eventuelle sektorspecifikke foranstaltninger, som pålægges af de nationale tilsynsmyndigheder. Det bør dog bemærkes, at forskellige regeludstedende myndigheders samtidige anvendelse af foranstaltninger ville sigte mod at løse forskellige markedsproblemer. Forhåndsregulering, som de nationale tilsynsmyndigheder pålægger virksomheder med en stærk markedsposition, sigter mod at opfylde særlige målsætninger, som er beskrevet i de relevante direktiver, medens konkurrencerettens foranstaltninger tager sigte på at straffe aftaler eller misbrug, som begrænser eller fordrejer konkurrencen på det pågældende marked.

32. For så vidt angår fremspirende markeder, bemærkes det i rammedirektivets betragtning 27, at nye, fremspirende markeder, hvor den førende organisation på markedet sandsynligvis har en betydelig markedsandel, ikke bør pålægges urimelig forhåndsregulering. Det skyldes, at for tidlig forhåndsregulering kan have en urimelig indvirkning på udviklingen i konkurrenceforholdene på nye og fremspirende markeder. Samtidig bør den førende organisation dog ikke have mulighed for markedsafskærmning på sådan et fremspirende marked. Uden at det foregriber hensigtsmæssigheden af konkurrencemyndighedernes indgriben i enkelttilfælde, bør de nationale tilsynsmyndigheder sikre, at de fuldt ud kan begrunde alle former for tidlig forhåndsregulering på et fremspirende marked, især fordi de stadig har mulighed for at gribe ind på et senere tidspunkt i forbindelse med den jævnlige gennemgang af de relevante markeder.
35. Markedsafgrænsning er ikke en mekanisk eller abstrakt proces, men kræver en analyse af alle foreliggende beviser på tidligere markedsadfærd og en generel forståelse for, hvordan en given sektor fungerer. Der er især behov for en dynamisk fremgangsmåde frem for en statisk ved udførelsen af en fremadrettet markedsanalyse<sup>(20)</sup>. I denne forbindelse vil de nationale tilsynsmyndigheders eller konkurrencemyndigheders erfaringer fra anvendelsen af konkurrencereglerne i telesektoren afgjort være særligt relevante for anvendelsen af rammedirektivets artikel 15. Alle indsamlede oplysninger, alle resultater og alle undersøgelser og rapporter vedrørende konkurrencevilkårene på telemarkederne, som de nationale tilsynsmyndigheder har anmodet om eller benyttet i forbindelse med deres arbejde, (naturligvis under forudsætning af at markedsvilkårene ikke siden har ændret sig), bør danne udgangspunkt for anvendelse af rammedirektivets artikel 15 og gennemførelsen af en fremadrettet markedsanalyse<sup>(21)</sup>.

## 2. MARKEDSAFGRÆNSNING

### 2.1. Indledning

33. I de retningslinjer for konkurrence, der blev udstedt i 1991<sup>(16)</sup>, erkendte Kommissionen, at det er vanskeligt at afgrænse de relevante markeder på et område som telekommunikation, der er præget af hurtig teknologisk udvikling. Denne udtalelse er stadig gyldig, hvad den elektroniske kommunikationssektor angår, men Kommissionen har siden offentliggjort af retningslinjerne fået betydelig erfaring i at anvende konkurrencereglerne i en dynamisk sektor, der er præget af konstante teknologiske ændringer og innovation, idet den har forvaltet overgangen fra monopoler til konkurrence i sektoren. Man må imidlertid ikke glemme, at disse retningslinjer ikke søger at forklare, hvordan konkurrencereglerne generelt skal anvendes i den elektroniske kommunikationssektor, men udelukkende koncentrerer sig om spørgsmål i forbindelse med i) markedsafgrænsning og ii) beregning af stærk markedsposition som omhandlet i artikel 14 i rammedirektivet.
34. Ved vurderingen af, om en virksomhed har en stærk markedsposition, dvs. om den »økonomisk står så stærkt, at den har magt til i væsentlig grad at fastlægge sin adfærd uden hensyntagen til konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne«<sup>(17)</sup> er afgrænsningen af det relevante marked af afgørende betydning, idet den effektive konkurrence kun kan vurderes på det således definerede marked<sup>(18)</sup>. Brugen af ordene »relevant marked« forudsætter beskrivelse af de produkter eller tjenester, markedet består af, og en vurdering af markedets geografiske omfang (der skelnes ikke mellem begreberne »produkter« og »tjenester« i teksten). I denne forbindelse skal det erindres, at de relevante markeder, der var afgrænset efter 1998-rammebestemmelserne, adskilte sig fra dem, der blev fastsat af konkurrenceretlige hensyn, idet de var baseret på visse specifikke aspekter af end-to-end kommunikation snarere end på de kriterier om udbud og efterspørgsel, der benyttes ved en konkurrenceretlig analyse<sup>(19)</sup>.
36. De vigtigste produkt- og tjenestemarkeder, hvis beskaffenhed begrunder pålæggelsen af forhåndsregulering, udpeges i den henstilling, som Kommissionen skal vedtage i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 1, samt i en eventuel beslutning om transnationale markeder, som Kommissionen beslutter at vedtage i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 4. Derfor vil de nationale tilsynsmyndigheders opgave i praksis normalt bestå i at afgrænse det relevante marked geografisk, selv om de i henhold til rammedirektivets artikel 15, stk. 3, vil have mulighed for at afgrænse andre markeder end dem, der er nævnt i henstillingen i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 7 (se kapitel 6 nedenfor).
37. Medens en prospektiv analyse af markedsvilkårene i nogle tilfælde kan give en anden markedsdefinition end den, en markedsanalyse baseret på tidligere adfærd<sup>(22)</sup> vil resultere i, bør de nationale tilsynsmyndigheder ikke desto mindre søge om muligt at bevare overensstemmelsen mellem på den ene side den markedsafgrænsning, der er udviklet med henblik på forhåndsregulering, og på den anden den markedsafgrænsning, der er udviklet med henblik på efterfølgende anvendelse af konkurrencereglerne. Ikke desto mindre er det sådan, som nævnt i rammedirektivets artikel 15, stk. 1, og retningslinjernes kapitel 1, at markeder, der afgrænses i henhold til sektorspecifik lovgivning ikke foregriber muligheden for i specifikke tilfælde at afgrænse markeder i henhold til konkurrencelovgivningen.

### 2.2. Vigtigste kriterier for afgrænsning af det relevante marked

38. Hvorvidt leverance af et produkt eller udbud af en tjeneste inden for et givet geografisk område udgør et relevant marked, afhænger af, om den eller de pågældende producenter eller tjenesteudbydere er underlagt konkurrencebetingede begrænsninger, når de fastsætter

- deres priser. Der er især to former for konkurrencebetingede begrænsninger, der skal overvejes i forbindelse med en vurdering af virksomheders adfærd på markedet, nemlig i) substitution på efterspørgselssiden og ii) substitution på udbudssiden. Der findes også en tredje form for konkurrencebetingede begrænsninger, nemlig potentiel konkurrence. Forskellen mellem potentiel konkurrence og substitution på udbudssiden er det forhold, at substitution på udbudssiden umiddelbart reagerer på en prisstigning, medens potentielle markedsdeltagere måske har brug for mere tid, inden de begynder at levere til markedet. Substitution på udbudssiden indebærer ikke væsentlige ekstraomkostninger, medens potentiel markedsadgang er forbundet med betydelige irreversible omkostninger<sup>(23)</sup>. Om der findes potentiel konkurrence bør derfor vurderes i forbindelse med en vurdering af, om et marked er effektivt konkurrencebetonet, jf. rammedirektivet, dvs. om der findes virksomheder med en stærk markedsposition<sup>(24)</sup>.
39. Substitution på efterspørgselssiden bruges til at måle, i hvilken udstrækning forbrugerne er villige til at erstatte den pågældende tjeneste eller det pågældende produkt med andre tjenester eller produkter<sup>(25)</sup>, medens substitution på udbudssiden viser, om andre leverandører end dem, der udbyder det pågældende produkt eller den pågældende tjeneste, på kort eller mellemlangt sigt kunne omstille deres produktion eller tilbyde de pågældende produkter eller tjenester, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger.
40. En måde, hvorpå man kan vurdere, om der er tale om substitution på efterspørgselssiden eller udbudssiden, er den såkaldte »hypotetiske monopolisttest«<sup>(26)</sup>. De nationale tilsynsmyndigheder kan bruge denne test til at spørge, hvad der ville ske, hvis der skete en mindre, men væsentlig varig stigning i prisen på et givet produkt eller en given tjeneste, under forudsætning af at priserne på alle andre produkter og tjenester forblev uændret (herefter benævnt »en relativ prisstigning«). Mens betydningen af en prisstigning afhænger af den enkelte sag, bør de nationale tilsynsmyndigheder i praksis normalt vurdere kundernes (forbrugere eller virksomheder) reaktion på en prisstigning på mellem 5 % og 10 %<sup>(27)</sup>. Forbrugernes og virksomhedernes reaktion vil hjælpe med at afgøre, om der findes substituerbare produkter, og i givet fald hvor grænserne for det relevante produktmarked går<sup>(28)</sup>.
41. Som udgangspunkt bør tilsynsmyndighederne først anvende denne test på en elektronisk kommunikationstjeneste eller et produkt, der udbydes inden for et givet geografisk område, hvor forholdene eventuelt begrunder pålæg af retlige forpligtelser, og derefter på yderligere produkter og områder afhængigt af, om konkurrencen fra disse produkter eller områder begrænser prisen på det pågældende produkt eller den pågældende tjeneste. Da en relativ prisstigning for et sæt produkter<sup>(29)</sup> sandsynligvis medfører en salgsnedgang, er det vigtigste at fastslå, hvorvidt salgsnedgangen opvejer det øgede overskud, der ellers ville være resultatet af prisstigningen. En vurdering af substitution på efterspørgselssiden og udbudssiden giver mulighed for at måle den salgsmængde, som sandsynligvis går tabt, og dermed at fastslå omfanget af det pågældende marked.
42. I princippet er den hypotetiske monopolisttest kun relevant for produkter og tjenester, hvis priser fastsættes frit, og som ikke er underlagt regulering. Derfor vil man som udgangspunkt formode, at de nugældende priser er konkurrencedygtige. Hvis en tjeneste eller et produkt udbydes til en reguleret omkostningsbaseret pris, formodes denne pris at være fastsat på et niveau, der ellers ville være konkurrencedygtigt og skal derfor tages som udgangspunkt for anvendelse af den hypotetiske monopolisttest<sup>(30)</sup>. Hvis der er tale om stor elasticitet i efterspørgslen efter et givet produkt eller en given tjeneste, selv med relativt konkurrencedygtige priser, mangler den pågældende virksomhed i teorien markedsstyrke. Hvis elasticiteten imidlertid er stor selv med de aktuelle priser, kan det blot betyde, at det pågældende firma allerede har udnyttet sin markedsstyrke i en sådan grad, at yderligere prisstigninger ikke vil øge dets fortjeneste. I så fald kan anvendelse af den hypotetiske monopolisttest give en anden markedsafgrænsning end den, man ville få, hvis priserne blev fastsat på et konkurrencedygtigt niveau<sup>(31)</sup>. En vurdering af markedsafgrænsning må derfor tage højde for disse potentielle vanskeligheder. De nationale tilsynsmyndigheder bør dog gå ud fra, at de gældende prisniveauer er et rimeligt udgangspunkt for analysen, medmindre der foreligger beviser for det modsatte.
43. Hvis en national tilsynsmyndighed ønsker at anvende den hypotetiske monopolisttest, kan den anvendes indtil det punkt, hvor man kan fastslå, at en relativ prisstigning på det geografiske marked og produktmarkedet ikke vil få forbrugerne til at skifte til almindeligt tilgængelige erstatninger eller til leverandører i andre områder.

#### 2.2.1. Det relevante produkt/tjenestemarked

44. Ifølge retspraksis består det relevante produkt/tjenestemarked af alle de produkter eller tjenester, som er tilstrækkeligt udskiftelige eller substituerbare, ikke blot med hensyn til objektive karakteristika, der gør dem særligt egnede til at dække forbrugernes konstante behov, deres pris eller tilsigtet brug, men også med hensyn til konkurrencevilkårene og/eller strukturen af udbud og efterspørgsel på det pågældende marked<sup>(32)</sup>. Produkter eller tjenester, der i ringe eller relativt ringe grad er udskiftelige med hinanden, indgår ikke i det samme marked<sup>(33)</sup>. De nationale tilsynsmyndigheder bør derfor begynde afgrænsningen af det relevante produkt- eller tjenestemarked med at samle produkter eller tjenester, som forbrugerne anvender til samme formål, i en gruppe (efter endelig anvendelse).

45. Selv om spørgsmålet om et produkts eller en tjenestes endelige anvendelse er nært forbundet med dets eller dens fysiske karakteristika, kan forskellige slags produkter eller tjenester anvendes til samme formål. Forbrugerne kan f.eks. bruge forskellige tjenester som kabel- og satellitforbindelser til samme formål, nemlig at få adgang til internettet. I så fald kan begge tjenester (adgang via kabel og satellit) medregnes i samme produktmarked. Omvendt kan personsøgetjenester og mobiltelefoni, som måske synes at kunne tilbyde de samme tjenester, nemlig fremføring af korte tovejsbeskeder, betragtes som tilhørende to forskellige produktmarkeder, fordi forbrugerne opfatter deres funktionalitet og endelige anvendelse forskelligt.
46. Forskelle i prismodeller og udbud af et givet produkt eller en given tjenester kan også være et tegn på forskellige grupper forbrugere. Ved at se på priserne kan tilsynsmyndighederne således afgrænse særskilte markeder for erhvervs- og privatkunder for stort set samme tjeneste. F.eks. har det forhold, at operatører, som udbyder internationale elektroniske kommunikationstjenester i detailledet, kan skelne mellem privat- og erhvervs-kunder ved at anvende forskellige former for priser og rabatter, fået Kommissionen til at fastslå, at disse to grupper udgør særskilte markeder for sådanne tjenesters vedkommende (se nedenfor). For at produkter kan anses for at være substituerbare på efterspørgselssiden er det dog ikke nødvendigt, at de udbydes til samme pris. Et produkt eller en tjeneste af ringere kvalitet til en lavere pris kunne meget vel være en effektiv substitut for et dyrere produkt, som er af bedre kvalitet. Det, der er af betydning, er, hvordan forbrugerne sandsynligvis reagerer efter en relativ prisstigning<sup>(34)</sup>.
47. Endvidere vil produktsubstitution mellem forskellige elektroniske kommunikations tjenester blive mere udbredt, fordi forskellige teknologier overlapper hinanden. Brug af digitale systemer skaber stadigt større ligheder mellem netjenesters præstationer og karakteristika, selv om der bruges forskellig teknologi. Et pakkekoblet net som internettet kan f.eks. bruges til at fremføre digitaliserede talesignaler i konkurrence med traditionelle taletelefonitjenester<sup>(35)</sup>.
48. For at afslutte analysen af markedsafgrænsningen skal en tilsynsmyndighed ikke blot se på produkter og tjenester, hvis objektive karakteristika, priser og påtænkte anvendelse gør dem tilstrækkeligt udskiftelige med hinanden. Når det er nødvendigt, bør de også undersøge de gældende efterspørgsels- og udbudsvilkår ved at anvende den hypotetiske monopolisttest.
- 2.2.1.1. Substitution på efterspørgselssiden
49. Substitution på efterspørgselssiden giver tilsynsmyndighederne mulighed for at udpege substituerbare produkter eller produktlinjer, som forbrugerne let kunne skifte til i tilfælde af en relativ prisstigning. Ved vurderingen af, om der er tale om substitution på efterspørgselssiden, bør tilsynsmyndighederne benytte alle tidligere oplysninger om forbrugernes adfærd. Når det er muligt, bør de undersøge historiske prisudsving for potentielt konkurrerende produkter, eventuelle oplysninger om prisbevægelser og de relevante takster. Tegn på, at forbrugerne tidligere hurtigt skiftede til andre produkter eller tjenester efter tidligere prisstigninger bør granskes nøje. Hvis der ikke findes dokumentation, er tilsynsmyndighederne, hvor det er nødvendigt, nødt til at søge at konstatere og vurdere forbrugernes og leverandørernes sandsynlige reaktion på en relativ prisstigning for den pågældende tjeneste.
50. Forbrugernes mulighed for at udskifte et produkt eller en tjeneste med et alternativ på grund af små, men væsentlige varige prisstigninger kan imidlertid være begrænset af betydelige omkostninger ved at skifte. Forbrugere, som har investeret i teknologi eller foretaget andre nødvendige investeringer for at kunne modtage et produkt eller en tjeneste, kan være uvillige til at pådrage sig yderligere omkostninger i forbindelse med overgang til et produkt eller en tjeneste, der ellers er substituerbar. Desuden kan de eksisterende udbyderes kunder være bundet af langfristede kontrakter eller skræmmende høje omkostninger ved at skifte terminal. I en situation, hvor slutbrugerne må påregne betydelige omkostninger ved at udskifte produkt A med produkt B, bør disse to produkter ikke medregnes i det samme relevante marked<sup>(36)</sup>.
51. Substitution på efterspørgselssiden fokuserer på producenters eller tjenesters udskiftelighed set fra køberens synspunkt. En ordentlig afgrænsning af produktmarkedet kan dog kræve nærmere overvejelse af mulighederne for substitution på udbudssiden.
- 2.2.1.2. Substitution på udbudssiden
52. Ved vurderingen af mulighederne for substitution på udbudssiden kan tilsynsmyndighederne også inddrage sandsynligheden for, at virksomheder, der ikke i øjeblikket er aktive på det relevante produktmarked, beslutter at gå ind på markedet inden for en rimelig tidsfrist<sup>(37)</sup>, som følge af en relativ prisstigning, dvs. en mindre, men væsentlig, varig prisstigning. Når de samlede omkostninger ved at omlægge produktionen til det pågældende produkt er forholdsvis små, kan dette produkt indgå i afgrænsningen af produktmarkedet. Det forhold, at en konkurrerende virksomhed har nogle af de aktiver, som kræves for at udbyde en given tjeneste, er ligegyldigt, hvis der kræves betydelige ekstrainvesteringer til markedsføring og rentabelt udbud af de pågældende tjenester<sup>(38)</sup>. Tilsynsmyndighederne vil desuden skulle vurdere, om en given leverandør faktisk vil benytte eller omstille sine produktionsaktiver til at producere det pågældende produkt eller udbyde den pågældende tjeneste (f.eks. om vedkommendes kapacitet er bundet af langfristede forsyningsaftaler osv.). Ren hypotetisk substitution på udbudssiden er ikke tilstrækkelig for markedsafgrænsningen.

53. Der bør også tages højde for alle retlige krav eller krav i henhold til lovgivning eller administrative bestemmelser, som kunne hindre adgang til det pågældende marked i rette tid og dermed modvirke substitution på udbudssiden. F.eks. kan forsinkelser og hindringer for indgåelse af samtrafik- eller samhusningsaftaler, forhandlinger om andre former for netadgang eller for erhvervelse af adgangsrettigheder med henblik på netudvidelse<sup>(39)</sup>, gøre det usandsynligt, at potentielle konkurrenter på kort sigt vil udbyde nye tjenester og etablere nye net.
54. Som det fremgår af ovenstående, kan substitution på udbudssiden benyttes ikke blot til afgrænsning af det relevante marked, men også til at udpege antallet af markedsaktører.
- ### 2.2.2. Geografisk marked
55. Når det relevante produktmarked er afgrænset, er næste skridt at afgrænse markedet geografisk. Først når produkt- eller servicemarkedet er afgrænset geografisk, kan tilsynsmyndighederne vurdere, om der er tale om effektiv konkurrence på dette marked.
56. Ifølge retspraksis består det relevante geografiske marked af et område, hvor de pågældende virksomheder deltager i udbud af og efterspørgsel efter de relevante produkter eller tjenester. Inden for dette område skal konkurrencevilkårene være ens eller tilstrækkeligt ensartede, og området skal kunne adskilles fra nærliggende områder, hvor konkurrencevilkårene er væsentlig anderledes<sup>(40)</sup>. Afgrænsningen af det geografiske marked kræver ikke, at konkurrencevilkårene for udbydere af produkter eller tjenester skal være helt ensartede. Det er tilstrækkeligt, at de er ens eller forholdsvis ensartede. Derfor kan kun de områder, hvor konkurrencevilkårene er »ensartede«, ikke betragtes som ét sammenhængende marked<sup>(41)</sup>.
57. Proceduren for afgrænsning af det geografiske marked er den samme som den procedure, der er beskrevet ovenfor for vurdering af substitution på efterspørgsels- og udbudssiden som reaktion på en relativ prisstigning.
58. Derfor skal tilsynsmyndighederne i forbindelse med substitution på udbudssiden især vurdere forbrugernes præferencer samt deres nuværende geografiske indkøbsmønstre. Det er især sproglige forhold, der kan ligge til grund for, at visse tjenester ikke udbydes eller markedsføres i forskellige sprogområder. Hvad angår substitution på udbudssiden, skal markedsdefinitionen, når det kan påvises, at aktører, som ikke i øjeblikket er aktive eller repræsenteret på det relevante marked, vil beslutte at gå ind på dette marked på kort sigt som følge af en relativ prisstigning, udvides til at omfatte sådanne »eksterne« aktører.
59. I den elektroniske kommunikationssektor er det relevante markeds geografiske omfang traditionelt blevet et fastsat efter to hovedkriterier<sup>(42)</sup>:
- a) det område, et net dækker<sup>(43)</sup>, og
  - b) lovgivning eller andre former for regulering<sup>(44)</sup>.
60. På grundlag af disse to hovedkriterier<sup>(45)</sup> kan markederne opdeles i lokale, regionale, nationale og markeder, der omfatter to eller flere landes områder (fælleseuropæiske markeder, EØS-markeder eller globale markeder).
- ### 2.2.3. Andre aspekter af markedsafgrænsning
61. I forbindelse med forhåndsregulering kan det geografiske marked undtagelsesvis afgrænses efter bestemte ruter. Især når der er tale om den geografiske udbredelse af markederne for internationale elektroniske kommunikationstjenester i detailledet, kan det være passende at behandle nabolande eller nabobyer som særskilte markeder<sup>(46)</sup>. Fra efterspørgselsiden er fremføring af en samtale til ét land helt klart ikke substituerbar med fremføring af samtalen til et andet land. På den anden side afhænger spørgsmålet om, hvorvidt indirekte fremføringstjenester, dvs. omdirigering af den samme samtale eller transit via et tredjeland, udgør effektiv substitution på udbudssiden af de specifikke forhold på markedet, og der bør tages stilling i den enkelte sag<sup>(47)</sup>. Et marked for levering af tjenester på en bilateral rute ville dog have nationalt omfang, da udbuds- og efterspørgselsmønstrene i begge ender af ruten sandsynligvis svarer til forskellige markedsstrukturer<sup>(48)</sup>.
62. I sin meddelelse om markedsafgrænsning henviste Kommissionen til en række sager, hvor grænserne for det relevante marked kan udvides til at omfatte produkter eller geografiske områder, som måske ikke er direkte substituerbare, men som bør indgå i markedsafgrænsningen på grund af såkaldt »kædesubstitution«<sup>(49)</sup>. Kort sagt er der tale om kædesubstitution, når det kan påvises, at selv om produkt A og B ikke er direkte substituerbare, er produkt B substitut for både produkt A og C, og produkt A og C må således tilhøre samme produktmarked, fordi fastsættelsen af deres priser er begrænset af mulighederne for substitution med produkt B. Det samme ræsonnement gælder for afgrænsningen af det geografiske marked. På grund af den iboende risiko for ubegrundet udvidelse af det relevante markeds omfang skal påstande om kædesubstitution være tilstrækkeligt underbygget<sup>(50)</sup>.



### 2.3. Kommissionens egen praksis

63. Kommissionen har vedtaget en række beslutninger vedrørende den elektroniske kommunikationssektor efter forordning nr. 17 og fusionsforordningen. Disse beslutninger kan være særlig relevante for de nationale tilsynsmyndigheder for så vidt angår den metodologi, som Kommissionen anvender ved afgrænsning af relevant marked<sup>(51)</sup>. Som nævnt er det imidlertid klart, at i en sektor, der er præget af konstant innovation og hurtig teknologisk konvergens, risikerer man, at enhver markedsdefinition bliver upræcis eller irrelevant i løbet af kort tid<sup>(52)</sup>. Desuden har markeder afgrænset i henhold til konkurrencelovgivningen ingen indvirkning på markeder afgrænset i henhold til det nye regelsæt, da konteksten og tidsrammen for gennemførelsen af en markedsanalyse kan være forskellig<sup>(53)</sup>.
64. Som det fremgår af adgangsmeldelsen, findes der i den elektroniske kommunikationssektor mindst to former for relevante markeder, nemlig markedet for tjenester til slutbrugere (tjenestemarkedet) og markedet for adgang til de faciliteter, der er nødvendige for at udbyde sådanne tjenester (adgangsmarkedet)<sup>(54)</sup>. Inden for disse to brede markedsdefinitioner kan der foretages yderligere sondringer afhængigt af strukturerne på efterspørgsels- og udbudssiden.
65. I sin beslutningsprocedure skelner Kommissionen normalt navnlig mellem levering af tjenester og levering af den tilgrundliggende netinfrastruktur. For så vidt angår levering af infrastruktur har Kommissionen f.eks. udpeget separate markeder for levering af infrastruktur til lokale tjenester, fjerntjenester og internationale tjenester<sup>(55)</sup>. For faste tjenester har Kommissionen skelnet mellem abonnenters (detailed) adgang til koblede taletelefonitjenester (lokal-, fjern- og internationale opkald), operatørens (grosistled) adgang til net (lokal-, fjern- og internationale opkald), og kommunikationstjenester vedrørende erhvervsdata<sup>(56)</sup>. På markedet for faste detailtelefonitjenester skelner Kommissionen også mellem den oprindelige tilslutning og den månedlige leje<sup>(57)</sup>. Disse tjenester tilbydes to forskellige typer kunder, nemlig privatkunder og erhvervs-kunder. Markedet for erhvervs-kunder kan eventuelt igen opdeles i to undermarkeder, et for mindre virksomheder og et for store<sup>(58)</sup>. Hvad angår faste detailtelefonitjenester, synes efterspørgsels- og udbudsmønstrene at vise, at der i øjeblikket udbydes to vigtige tjenester, nemlig traditionelle faste telefonitjenester (tale og fremføring af data via smalbånd) på den ene side, og hurtige kommunikationstjenester (i øjeblikket i form af xDLS-tjenester) på den anden<sup>(59)</sup>.
66. Hvad angår mobiltelekommunikationstjenester, har Kommissionen fastslået, at set fra efterspørgselsiden udgør mobile tjenester og faste telefonitjenester særskilte markeder<sup>(60)</sup>. På mobilmarkedet tyder Kommissionens indsamlede materiale på, at markedet for mobile teletjenester omfatter både GSM 900 og GSM 1800 samt muligvis analoge platforme<sup>(61)</sup>.
67. Kommissionen har fastslået, at adgangsmarkedet består af alle former for infrastruktur, som kan benyttes til at tilbyde en given tjeneste<sup>(62)</sup>. Hvorvidt markedet for netinfrastruktur skal opdeles i lige så mange særskilte undermarkeder, som der findes kategorier af netinfrastruktur, afhænger klart af graden af substitution mellem sådanne (alternative) net<sup>(63)</sup>. Vurderingen skal foretages på grundlag af den kategori af brugere, som der gives adgang til nettet. Der skal derfor skelnes mellem udbud af infrastruktur til andre operatører (engrosniveau) og udbud til slutbrugere (detailniveau)<sup>(64)</sup>. På detailniveauet kan der foretages en yderligere opdeling i erhvervs- og privatkunder<sup>(65)</sup>.
68. Når den tjeneste, der er tale om, kun vedrører slutbrugere, der abonnerer på et bestemt net, kan dette nets termineringspunkter godt udgøre det relevante produktmarked. Det er ikke tilfældet, hvis det kan fastslås, at de samme tjenester kan tilbydes samme kategori af kunder gennem alternative lettilgængelige konkurrerende net. Kommissionen fastslog f.eks. i sin meddelelse om ubundet adgang til abonnentkredsløbet<sup>(66)</sup>, at selv om der findes alternativer til det offentlige koblede net, når det gælder om at tilbyde privatkunder hurtige kommunikationstjenester (lysledernet, trådløse abonnentkredsløb eller opgraderbare tv-net), kan ingen af disse alternativer betragtes som erstatning for den faste infrastruktur i abonnentkredsløbet<sup>(67)</sup>. Kommende nyskabelser og teknologiske ændringer vil dog måske begrunde en anden konklusion<sup>(68)</sup>.
69. Adgang til mobile net også defineres på baggrund af to potentielt særskilte markeder, nemlig et for etablering af opkald og et andet for terminering. I denne forbindelse bør spørgsmålet om, hvorvidt markedet for adgang til mobil infrastruktur vedrører adgang til et individuelt mobilnet eller alle mobile net, normalt afgøres på grundlag af en analyse af det pågældende markeds struktur og funktion<sup>(69)</sup>.

### 3. VURDERING AF STÆRK MARKEDSPOSITION (DOMINANS)

70. I artikel 14 i rammedirektivet hedder det at »en virksomhed anses for at have en stærk markedsposition, hvis den enten alene eller i fællesskab med andre indtager, hvad der svarer til en dominerende stilling, dvs. en økonomisk styrkeposition, der giver den magt til i betragtelig grad at kunne handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne«. Denne definition anvendes i Domstolens retspraksis til

at definere begrebet dominerende stilling i traktatens artikel 82<sup>(70)</sup>. Med de nye rammebestemmelser afstemmes definitionen af stærk markedsposition med Domstolens definition af dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 82<sup>(71)</sup>. Derfor skal de nationale tilsynsmyndigheder ved anvendelsen af den nye definition af stærk markedsposition sikre sig, at deres beslutninger er i overensstemmelse med Kommissionens praksis og Domstolens og Førsteinstansretten relevante retspraksis for dominerende stillinger<sup>(72)</sup>. Imidlertid kræver forudgående anvendelse af den nye definition af stærk markedsposition visse justeringer af metoden til vurdering af markedsposition. Når nationale tilsynsmyndigheder foretager en forudgående vurdering af, om en eller flere virksomheder har en dominerende stilling på det relevante marked, benytter de i princippet andre antagelser og forventninger end dem, en konkurrencemyndighed anvender efterfølgende ved anvendelsen af artikel 82 i forbindelse med påstande om misbrug<sup>(73)</sup>. Ofte vil mangelen på beviser eller optegnelser over tidligere adfærd betyde, at markedsanalysen hovedsageligt må baseres på en prospektiv vurdering. Nøjagtigheden af de nationale tilsynsmyndigheders markedsanalyse vil derfor afhænge af de oplysninger, der foreligger på det tidspunkt, hvor den relevante beslutning træffes.

71. At en national tilsynsmyndigheds oprindelige markedsforudsigelser i en given sag ikke holder stik, betyder ikke nødvendigvis, at beslutningen var i strid med direktivet på det tidspunkt, den blev truffet. Ved forudgående anvendelse af begrebet dominerende stilling skal de nationale tilsynsmyndigheder have visse skønsbeføjelser på grund af den komplekse karakter af de økonomiske, faktuelle og retlige situationer, som skal vurderes. I overensstemmelse med ramedirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheders markedsvurdering foretages regelmæssigt. Tilsynsmyndighederne vil således få mulighed for med faste intervaller at reagere på enhver markedsudvikling eller træffe de foranstaltninger, de finder nødvendige.

### 3.1. Kriterier for vurdering af stærk markedsposition

72. Som Domstolen har understreget, er konstatering af en dominerende stilling ikke ensbetydende med, at der ikke findes konkurrence på markedet. Det giver blot den virksomhed, der indtager en sådan stilling, mulighed for om ikke at bestemme, så i det mindste at udøve betydelig indflydelse på de vilkår, konkurrence vil opstå under, og under alle omstændigheder for at handle uden at skulle tage hensyn dertil, og uden at denne adfærd er til skade for virksomheden<sup>(74)</sup>.
73. Ved en efterfølgende analyse kan en konkurrencemyndighed støde på en række forskellige eksempler på markedsadfærd, der alle viser dominerende stilling som omhandlet i artikel 82. I forbindelse med forudgående

analyse måles markedsstyrken imidlertid hovedsagelig som den pågældende virksomheds mulighed for at hæve priserne ved at begrænse outputtet uden at pådrage sig væsentlige tab af omsætning eller indtægter.

74. En virksomheds markedsstyrke kan være begrænset af potentielle konkurrenter<sup>(75)</sup>. En national tilsynsmyndighed skal derfor inddrage sandsynligheden for, at virksomheder, der i øjeblikket ikke er aktive på det relevante produktmarked, på mellemlang sigt kan beslutte at gå ind som følge af en mindre, men væsentlig varig prisstigning. Virksomheder, der i tilfælde af en sådan prisstigning er i stand til at omlægge eller udvide deres produktion/tjenester og gå ind på markedet, bør de nationale tilsynsmyndigheder behandle som potentielle markedsdeltagere, selv om de ikke i øjeblikket fremstiller det relevante produkt eller udbyder den relevante tjeneste.
75. Som det forklares i de følgende afsnit, fastslås det, om der er tale om en dominerende stilling, ud fra en række kriterier, og vurderingen bygger, som anført ovenfor, på en fremadrettet markedsanalyse. Markedsandele bruges ofte som mål for markedsstyrke. Selv om en høj markedsandel i sig selv ikke er nok til at fastslå, at en virksomhed har en stærk markedsposition (dominans), er det usandsynligt, at et selskab, der ikke har en betydelig andel af det pågældende marked, indtager en dominerende stilling. Således kan virksomheder med markedsandele på op til 25 % ikke forventes at have en dominerende stilling på det pågældende marked<sup>(76)</sup>. Kommissionens beslutningspraksis viser, at dominerende stilling normalt kun opstår for virksomheder med markedsandele på over 40 %. Dog er Kommissionen bekymret for, at der i visse tilfælde kan være tale om en dominerende stilling også ved lavere markedsandele<sup>(77)</sup>, da der godt kan forekomme dominans, uden at der er tale om en stor markedsandel. Ifølge gældende retspraksis er meget store markedsandele — over 50 % — i sig selv bevis på, at der er tale om en dominerende stilling, undtagen i exceptionelle tilfælde<sup>(78)</sup>. En virksomhed med en stor markedsandel kan antages at have en stærk markedsposition, dvs. en dominerende stilling, hvis dens markedsandel har ligget stabilt gennem en periode<sup>(79)</sup>. At en virksomhed med en vis stilling på markedet gradvis mister markedsandele, kan være tegn på, at markedet er ved at blive mere konkurrencebetonet, men det udelukker ikke, at der kan være tale om en stærk markedsposition. På den anden side kan svingende markedsandele gennem en periode være tegn på manglende markedsstyrke på det pågældende marked.
76. Hvad angår metoderne til at måle markedsstyrke og markedsandele, giver både omsætningsmængde og omsætningsværdi nyttige oplysninger om markedet<sup>(80)</sup>. Er der tale om massegoods, fokuseres der på mængden, mens der i forbindelse med differentierede produkter (dvs. mærkevarer) ofte vil blive set på omsætningsværdien og markedsandelen for at få et bedre billede af den enkelte leverandørs relative position og styrke. På udbudsmarkeder kan antallet af vundne og tabte udbud også give en ide om markedsandelen<sup>(81)</sup>.

77. Kriterierne for måling af virksomhedernes markedsandele afhænger af det pågældende markeds særpræg. Tilsynsmyndighederne afgør, hvilke kriterier der er de bedst egnede til at måle markedstilstedeværelsen. F.eks. kan indtægter fra faste kredsløb, lejet kapacitet eller antallet af termineringspunkter for faste kredsløb være mulige kriterier for at måle en virksomheds relative styrke på markederne for faste kredsløb. Som Kommissionen har påpeget, viser antallet af termineringspunkter for faste kredsløb ikke, hvilke forskellige typer faste kredsløb, der er adgang til på markedet. De kan spænde fra analog talekvalitet til digitale højhastighedskredsløb og fra lokale til internationale faste kredsløb. Af de to størrelser kan indtægterne fra faste kredsløb være mere gennemsigtige og mindre komplicerede at måle. På samme måde er detailindtægter, opkaldsminutter eller antallet af faste telefonlinjer eller abonnenter mulige kriterier for at måle markedsandele for virksomheder, der er aktive på disse markeder<sup>(82)</sup>. Når der er tale om et marked for samtrafik, vil et mere realistisk parameter for måling være indtægterne fra terminering af opkald til kunder på faste eller mobile net. Det skyldes, at man ved at bruge indtægter i stedet for f.eks. opkaldsminutter tager højde for, at opkaldsminutter kan have forskellig værdi (f.eks. lokale opkald, fjernopkald og internationale opkald), og giver et udtryk for markedstilstedeværelse, som afspejler både antallet af kunder og nettets dækning<sup>(83)</sup>. Af samme årsager er brug af indtægter fra terminering af opkald til kunder på mobilnet også det bedste parameter til at vurdere operatører af mobilnets tilstedeværelse på markedet<sup>(84)</sup>.
78. Det er vigtigt at understrege, at man ikke kan konkludere, at der er tale om en dominerende stilling, udelukkende på grundlag af store markedsandele. Som nævnt ovenfor betyder store markedsandele blot, at den pågældende operatør muligvis har en dominerende stilling. Derfor bør de nationale tilsynsmyndigheder gennemføre en grundig og bred analyse af de økonomiske forhold på markedet, før de konkluderer, at en virksomhed har en stærk markedsposition. I den forbindelse kan følgende kriterier også bruges til at vurdere, om en virksomhed har magt til i betragtelig grad at handle uafhængigt af konkurrenter, kunder og forbrugere. Der er blandt andet tale om følgende kriterier:
- virksomhedens samlede størrelse
  - kontrol med infrastruktur, der er svær at matche
  - teknologiske fordele eller teknologisk overlegenhed
  - mangel på eller ringe markedsstyrke på aftagersiden
  - let eller privilegeret adgang til kapitalmarkeder/finansielle ressourcer
- bredt udbud af produkter/tjenester (f.eks. pakker af produkter eller tjenester)
  - stordriftsfordele
  - synergieffekter
  - vertikal integration
  - et veludviklet distributions- og salgsnet
  - ingen potentiel konkurrence
  - hindringer for ekspansion.
79. En dominerende stilling kan opstå på grund af en kombination af nogle af ovenstående kriterier, der hver for sig ikke nødvendigvis er tilstrækkelige.
80. Hvorvidt der er tale om dominerende stilling, afhænger af, hvor let det er at få adgang til markedet. Manglende adgangshindringer afskrækker i princippet en virksomhed med en betydelig markedsandel fra at udvise uafhængig konkurrencebegrænsende adfærd. I sektoren for elektronisk kommunikation er adgangshindringerne ofte store, fordi der findes love og andre bestemmelser, der begrænser antallet af tilladelser eller udbud af visse tjenester (f.eks. GSM/DCS eller tredje generation af mobil-tjenester). Der er desuden tale om adgangshindringer, når det kræver store investeringer og planlægning af kapacitet over en lang periode at blive rentabel<sup>(85)</sup>. Høje adgangsbarrierer kan dog være af mindre betydning på markeder, der kendetegnes af konstant teknologisk udvikling. På markederne for elektronisk kommunikation kan truslen om innovative tilbud fra potentielle konkurrenter, der endnu ikke er på markedet, skabe konkurrencepres. En vurdering af konkurrenceforholdene på sådanne markeder bør baseres på en fremadrettet metode.
81. Hvad angår relevansen af begrebet »væsentlige faciliteter« for anvendelsen af den nye definition af stærk markedsposition, er der foreløbig ingen retspraksis i relation til den elektroniske kommunikationssektor. Dette begreb, der hovedsagelig er relevant for misbrug af en dominerende stilling i henhold til EF-traktatens artikel 82, er dog mindre relevant for forudgående vurdering af stærk markedsposition i henhold til artikel 14 i rammedirektivet. Princippet om »væsentlige faciliteter« supplerer de eksisterende generelle forpligtelser, der pålægges virksomheder med en dominerende stilling, såsom forpligtelsen til ikke at diskriminere blandt kunderne, og er blevet anvendt i sager i henhold til artikel 82 under særlige omstændigheder, f.eks. hvor nægtelse af levering eller adgang til tredjemand ville begrænse eller forhindre fremvæksten af nye markeder eller nye produkter, i strid med traktatens artikel 82, litra b). Det er således først og

fremmest blevet kædet sammen med adgangsspørgsmål eller sager om leveringsnægtelse i henhold til traktatens artikel 82, hvor der ikke har været tale om diskriminering. I henhold til gældende retspraksis kan et produkt kun anses for »nødvendigt« eller »væsentligt«, hvis der ikke er noget reelt eller potentielt erstatningsprodukt. En virksomhed, der er i besiddelse af en »væsentlig facilitet«, har pr. definition en dominerende stilling på ethvert marked for denne facilitet. Den omstændighed, at en given facilitet ikke er »væsentlig« eller »uundværlig« for en økonomisk aktivitet på et afgrænset marked, efter gældende retspraksis<sup>(86)</sup>, betyder ikke, at ejeren af denne facilitet ikke kan indtage en dominerende stilling. F.eks. kan en netoperatør indtage en dominerende stilling på trods af, at der er andre konkurrerende net, hvis nettets størrelse eller betydning giver operatøren mulighed for at handle uafhængigt af andre netoperatører<sup>(87)</sup>. Hvad der med andre ord er afgørende er at fastslå, om en bestemt facilitet giver ejeren en stærk position på markedet, uden at det er nødvendigt yderligere at fastslå, at den pågældende facilitet også kan anses for »væsentlig« eller »uundværlig« ifølge gældende retspraksis.

horisontale, vil nære forbindelser som omhandlet i Domstolens retspraksis oftest være at finde på vertikalt integrerede markeder. Det er ofte tilfældet i telesektoren, hvor en operatør tit har en dominerende stilling på infrastrukturmarkedet og en betydelig tilstedeværelse på et afledt marked for tjenester<sup>(90)</sup>. Under sådanne omstændigheder kan en national tilsynsmyndighed mene, at denne operatør har en stærk markedsposition på de to markeder under ét. Hvis det er fastslået, at en virksomhed har en stærk position på et engros- eller adgangsmarked, vil de nationale tilsynsmyndigheder imidlertid normalt i praksis være i stand til at forhindre, at denne position udnyttes på detail- og tjenestemarkederne, ved at pålægge virksomheden forpligtelser i henhold til adgangsdirektivet, der er hensigtsmæssige for at undgå en sådan følge. Derfor er det kun i tilfælde, hvor fastlæggelse af forhåndsforpligtelser for virksomheder, der har en dominerende stilling på adgangsmarkedet, ikke vil føre til reel konkurrence på detailmarkedet, at de nationale tilsynsmyndigheder skal undersøge, om artikel 14, stk. 3, bør finde anvendelse.

82. Det følger af ovenstående, at princippet om »væsentlige faciliteter« er mindre relevant for forudgående anvendelse af rammedirektivets artikel 14 end for efterfølgende anvendelse af EF-traktatens artikel 82.

85. De ovenstående betragtninger er også relevante i forbindelse med horisontale markeder<sup>(91)</sup>. Men uanset om de pågældende markeder er vertikale eller horisontale, skal begge være markeder for elektronisk kommunikation i rammedirektivets forstand (jf. artikel 2), og begge skal udvise kendetegn, der gør det berettiget at pålægge forhåndsforpligtelser<sup>(92)</sup>.

### 3.1.1. Udnyttelse af markedsstyrke på nært beslægtet marked

83. I artikel 14, stk. 3, i rammedirektivet hedder det: »Når en virksomhed har en stærk markedsposition på et bestemt marked, kan den også anses for at have en stærk markedsposition på et nært beslægtet marked, hvis forbindelserne mellem de to markeder muliggør, at markedspositionen på det ene marked kan overføres til det andet marked og dermed yderligere styrker virksomhedens markedsposition«.

### 3.1.2. Kollektivt dominerende stilling

84. Denne bestemmelse skal anvendes på en markedsituation, der kan sammenlignes med den, der førte til Domstolens dom i sagen Tetra Pak II<sup>(88)</sup>. I denne sag fastslog Domstolen, at en virksomhed med en dominerende stilling på ét marked, som samtidig har en førende position på et andet, men nært beslægtet marked, således er i en situation, der kan sammenlignes med en dominerende stilling på de pågældende markeder under ét. I kraft af sin dominerende stilling på det første marked og sin tilstedeværelse på det beslægtede sekundære marked kan en virksomhed således udnytte sin markedsstyrke på det første marked og handle uafhængigt af sine kunder på det andet marked<sup>(89)</sup>. Selv om de markeder, hvor Tetra Pak ifølge dommen samlet havde en dominerende stilling, var

86. I henhold til EF-traktatens artikel 82 kan en dominerende stilling indtages af en eller flere virksomheder (kollektivt dominerende stilling). I artikel 14, stk. 2, i rammedirektivet hedder det også, at en virksomhed kan have en stærk markedsposition, altså have en dominerende stilling, enten alene eller i fællesskab med andre.

87. I adgangsmeddelelsen udtalte Kommissionen, at selv om både dens egen praksis og Domstolens retspraksis på daværende tidspunkt stadig var under udvikling, ville den betragte to eller flere virksomheder som havende en kollektivt dominerende stilling, hvis de præsenterede sig over for kunderne og konkurrenter som en enkelt virksomhed, under forudsætning af at der ikke var tale om effektiv konkurrence mellem dem. Den manglende konkurrence kunne i praksis skyldes visse forbindelser mellem virksomhederne. Kommissionen udtalte imidlertid også, at sådanne forbindelser ikke var en forudsætning for at fastslå, at der var tale om kollektivt dominerende stilling<sup>(93)</sup>.

88. Efter offentliggørelsen af adgangsmeddelelsen er begrebet kollektivt dominerende stilling blevet afprøvet i en række beslutninger, som Kommissionen har truffet efter forordning nr. 17 og fusionsforordningen. Endvidere har både Førsteinstansretten og EF-Domstolen afsagt domme, som har bidraget til en yderligere afklaring af begrebets nøjagtige anvendelse.
- 3.1.2.1. Førsteinstansrettens og Domstolens retspraksis
89. Ordene »en eller flere virksomheder« i EF-traktatens artikel 82 indebærer, at en dominerende stilling kan indtages af to eller flere økonomiske enheder, som er juridisk og økonomisk uafhængige af hinanden<sup>(94)</sup>.
90. Indtil Førsteinstansrettens afgørelse i sagen mod Compagnie Maritime Belge<sup>(95)</sup> og Førsteinstansrettens afgørelse i sagen mod Gencor<sup>(96)</sup> (se nedenfor) kunne man have fremført, at en konstatering af kollektivt dominerende stilling var baseret på økonomiske forbindelser, i betydningen strukturelle forbindelser, eller andre faktorer, som kunne sammenkæde de deltagende virksomheder<sup>(97)</sup>. Spørgsmålet om, hvorvidt en kollektivt dominerende stilling også kunne gælde et oligopolistisk marked, dvs. et marked bestående af få sælgere, hvis der ikke var tale om andre former for forbindelse mellem virksomhederne på markedet, blev først rejst i sagen mod Gencor. Sagen vedrørte gyldigheden af en beslutning, Kommissionen havde truffet efter fusionsforordningen om at forbyde den anmeldte transaktion, fordi den ville føre til oprettelse af et duopol, der kunne skabe en situation med oligopolistisk dominans<sup>(98)</sup>. Parterne fremførte over for Førsteinstansretten, at Kommissionen ikke havde bevist, at der var tale om »forbindelser« mellem medlemmerne af duoplet i henhold til gældende retspraksis.
91. Førsteinstansretten afviste påstanden blandt andet under henvisning til, at der ikke var præcedens for, at begrebet »økonomiske forbindelser« var begrænset til strukturelle relationer mellem de deltagende virksomheder. Førsteinstansretten fastslog følgende: »Der er i retlig eller økonomisk henseende ikke nogen grund til fra begrebet økonomisk forbindelse at undtage et indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol, inden for hvilket de på et marked med passende kendetegn, bl.a. med hensyn til koncentrationsgraden på markedet og produktets gennemsigtighed og homogenitet, er i stand til at forudse hinandens adfærd og derfor i høj grad er tilskyndet til at samordne deres adfærd på markedet for bl.a. at maksimere deres fælles fortjeneste ved at begrænse produktionen med henblik på at hæve priserne. I en sådan sammenhæng ved enhver erhvervsdrivende, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side for at forøge markedsandelen (f.eks. en prisnedsættelse) vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling. Alle de erhvervsdrivende må således acceptere nedsættelsen af prisniveauet«<sup>(99)</sup>. Førsteinstansretten påpegede, at markedsvilkårene kan være af en sådan karakter, at »hver erhvervsdrivende kan være sig de fælles interesser bevidst og bl.a. forhøje priserne uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis«<sup>(100)</sup>.
92. Førsteinstansrettens afgørelse i sagen mod Gencor blev senere stadfæstet af EF-Domstolen i sagen mod Compagnie Maritime Belge, hvor Domstolen gav yderligere vejledning i, hvordan begrebet kollektivt dominerende stilling skulle forstås, og hvilke betingelser der skulle opfyldes, for at man kunne konstatere, at der var tale herom. Domstolen fastslog, at for at påvise, at to eller flere virksomheder tilsammen indtager en dominerende stilling, må det undersøges, om de deltagende virksomheder sammen udgør en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne på et givet marked<sup>(101)</sup>. Dette vil være tilfældet, når (i) der ikke er reel konkurrence mellem de pågældende virksomheder, og (ii) de pågældende virksomheder udviser samme adfærd eller følger en fælles politik på det pågældende marked<sup>(102)</sup>. Kun når der kan svares bekræftende på dette spørgsmål, kan man undersøge, om den kollektive enhed faktisk indtager en dominerende stilling<sup>(103)</sup>. Det er især nødvendigt at afgøre, om der er økonomiske forbindelser mellem de deltagende virksomheder, der sætter dem i stand til at handle uafhængigt af deres konkurrenter, kunder og forbrugerne. Domstolen erkendte, at en gennemført aftale, vedtagelse eller et tilfælde af samordnet praksis (uanset om der er meddelt en fritagelse efter traktatens artikel 81, stk. 3) utvivlsomt kan føre til, at de deltagende virksomheder bliver bundet på en sådan måde, at deres adfærd på et bestemt marked, hvor de er aktive, betyder, at de opfattes som en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne<sup>(104)</sup>.
93. Imidlertid er det, at to eller flere virksomheder er forbundet af en aftale, en beslutning truffet af en sammenslutning af virksomheder eller et tilfælde af samordnet praksis i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, ikke i sig selv tilstrækkeligt grundlag for en sådan konstatering. Domstolen har udtalt følgende: »Det er imidlertid ikke en nødvendig forudsætning for at fastslå en kollektivt dominerende stilling, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser, men dette vil kunne fastslås på grundlag af andre relationer mellem virksomheder og forudsætter en økonomisk vurdering og en vurdering af strukturen på det relevante marked«<sup>(105)</sup>.
94. Det følger af Gencor- og Compagnie Maritime Belgedommene, at selv om man kan benytte strukturelle forbindelser til at begrunde en konstatering af en kollektiv dominerende stilling, kan en sådan konstatering også foretages på et oligopolistisk eller yderst koncentreret marked, hvis struktur i sig selv er befordrende for samordning på det relevante marked<sup>(106)</sup>.

### 3.1.2.2. Kommissionens beslutningspraksis og bilag II til rammedirektivet

95. Kommissionen har behandlet begrebet kollektivt dominerende stilling i en række beslutninger efter fusionsforordningen. Målet har været at fastslå, om de pågældende oligopolistiske markeders struktur var befordrende for samordnet praksis på markederne <sup>(107)</sup>.
96. Når de nationale tilsynsmyndigheder forudgående vurderer sandsynligheden for, at et eksisterende eller fremspirende marked er eller kan blive befordrende for kollektiv dominans, bør de undersøge følgende:
- a) hvorvidt forholdene på markedet beforder stiltiende samordning, og
- b) hvorvidt en sådan samordning kan opretholdes, dvs. i) hvorvidt nogen af oligopolisterne har styrke og incitament til at afvige fra den samordnede praksis, set i forhold til de ikke-afvigende virksomheders styrke og incitament til at træffe modforholdsregler, og ii) hvorvidt købere/perifere konkurrenter/potentielle nye virksomheder har styrke og incitament til at udfordre konkurrencebegrænsende samordnet praksis <sup>(108)</sup>.
97. Analysen bliver lettere at gennemføre, hvis man går ud fra bestemte kriterier, der er opsummeret i bilag II til rammedirektivet, og som Kommissionen også har benyttet i forbindelse med anvendelse af begrebet kollektiv dominans i henhold til fusionsforordningen. Ifølge dette bilag gælder det, at »to eller flere virksomheder kan indtage en kollektiv dominerende stilling jf. artikel 14, hvis de, selv uden strukturelle eller andre indbyrdes forbindelser, opererer på et marked, hvis struktur anses for at være befordrende for samordnet praksis« <sup>(109)</sup>. Med forbehold af Domstolens retspraksis inden for kollektivt dominerende stilling er dette sandsynligvis tilfældet, når markedet udviser en række relevante karakteristika, navnlig for så vidt angår markeds-koncentration, transparens og andre nedenfor nævnte karakteristika:
- et veletableret marked
  - stagnerende eller moderat vækst på efterspørgsels-siden
  - lav efterspørgselselasticitet
  - et homogent produkt
  - omkostningsstrukturer, der ligner hinanden
  - markedsandele, der er omtrent lige store
  - manglende teknisk innovation, veletableret teknologi
- fravær af overskydende kapacitet
- høje adgangsbarrierer
- manglende modvægt fra aftagersiden
- manglende potentiel konkurrence
- forskellige uformelle eller andre forbindelser mellem de pågældende virksomheder
- gengældelsesmekanismer
- manglende eller indskrænkede muligheder for pris-konkurrence.
98. Det fremgår udtrykkeligt af bilag II til rammedirektivet, at ovenstående liste ikke er udtømmende, og at kriterierne ikke er kumulative. Listen skal snarere illustrere, hvilke typer bevismateriale der kan benyttes til at underbygge formodninger om kollektiv (oligopolistisk) dominans <sup>(110)</sup>. Som nævnt viser listen også, at strukturelle forbindelser mellem de deltagende virksomheder ikke er en forudsætning for at konstatere, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling. Det er dog klart, at når der findes sådanne forbindelser, vil de uvægerligt sammen med de øvrige nævnte kriterier kunne forklare, hvorfor der kan forventes samordnet praksis på et givet oligopolistisk marked. Hvor der ikke er sådanne forbindelser, må man undersøge en række andre kendetegn ved markedet for at fastslå, om markedet er befordrende for kollektiv dominans. Ofte vil der være tale om karakteristika, der figurerer på ovenstående liste, men det er vigtigt at undersøge alle kendetegn og foretage en samlet vurdering i stedet for blot at anvende listen mekanisk som »tjekliste«. Alt afhængigt af omstændighederne i det givne tilfælde, er den kendsgerning, at man ikke klart kan påvise eksistensen af ét eller flere af de strukturelle elementer, der normalt er forbundet med kollektiv dominans, ikke i sig selv tilstrækkelig til at afvise muligheden for samordnet praksis <sup>(111)</sup>.
99. På et oligopolistisk marked, hvor i hvert fald de fleste af ovennævnte kriterier er opfyldt, skal man især undersøge, om markedsaktørerne har et kraftigt incitament til at indgå aftaler om samordning på markedet og til ikke at benytte konkurrencemæssig adfærd. Dette vil være tilfældet, når de langfristede fordele ved konkurrencebegrænsende adfærd langt overstiger de kortfristede gevinster ved at overholde konkurrencereglerne.
100. Det skal understreges, at en simpel konstatering af, at markedet er koncentreret, ikke nødvendigvis berettiger til at konkludere, at markedsstrukturen er befordrende for kollektiv dominans <sup>(112)</sup>.

101. I sidste ende vil de kriterier, der er afgørende for at konstatere samordnet praksis på det specifikke marked, have størst vægt i en vurdering af spørgsmålet om kollektiv dominans. F.eks. konkluderede Kommissionen i sag COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, at selv om markederne for avispapir og træholdigt tidsskrift-papir var koncentrerede, og det endvidere gjaldt, at produkterne var homogene, efterspørgslen var yderst uelastisk, købekraften var begrænset og adgangshindringerne var høje, gjorde ikke desto mindre markedsandelens begrænsede stabilitet, manglen på symmetri i omkostningsstrukturer og navnlig den manglende gennemskuelighed i investeringsbeslutninger og fraværet af en troværdig gengældelsesmekanisme det usandsynligt, at der kunne forekomme og opretholdes stiltiende samordning blandt oligopolisterne <sup>(113)</sup>.

### 3.1.2.3. Kollektivt dominerende stilling og telesektoren

102. I vurderingen af, om der er tale om kollektiv dominans, kan de nationale tilsynsmyndigheder også inddrage de beslutninger efter fusionsforordningen i sektoren for elektronisk kommunikation, hvor Kommissionen har undersøgt, om nogle af de anmeldte transaktioner ville føre til konstatering af kollektiv eller oligopolistisk dominans.

103. I sagen MCI WorldCom/Sprint undersøgte Kommissionen, om den fusionerede enhed sammen med Concert Alliance indtog en kollektivt dominerende stilling inden for globale teletjenester. I betragtning af, at operatørerne på dette marked konkurrerede på grundlag af udbud, hvor udbydere i de første faser af udbudsprocessen i det væsentlige blev udvalgt på grundlag af deres evne til at tilbyde skræddersyede avancerede tjenester af høj kvalitet og ikke på grundlag af prisen, koncentrerede Kommissionens undersøgelse sig om markedsdeltagernes incitament til at anlægge en parallel adfærd med hensyn til, hvem der vinder hvilket udbud (og hvem der har vundet hvilke udbud) <sup>(114)</sup>. Efter at have undersøgt markedets struktur til bunds (homogent produkt, store adgangshindringer, modvægt fra aftagersiden osv.) konkluderede Kommissionen, at den ikke var i stand til at påvise manglen på konkurrencepres fra faktiske konkurrenter — en nøglefaktor i vurderingen af, om parallel adfærd er holdbar. Derfor besluttede Kommissionen ikke at videreføre sagen <sup>(115)</sup>.

104. I sagen BT/Esat <sup>(116)</sup> undersøgte Kommissionen blandt andet, om markedsvilkårene på det irske marked for opkalds adgang til internettet kunne skabe et duopol bestående af det etablerede selskab, Eircom, og det fusionerede selskab. Kommissionen konkluderede, at det ikke var tilfældet. For det første var markedsandelene ikke stabile. For det andet blev efterspørgslen fordoblet hvert halve år. For det tredje blev produkterne for internetadgang ikke betegnet som homogene, og endelig var den teknologiske udvikling et af markedets væsentligste træk <sup>(117)</sup>.

105. I sagen Vodafone/Airtouch <sup>(118)</sup> fandt Kommissionen, at det fusionerede selskab ville få fælles kontrol over to af de fire mobilselskaber på det tyske marked (nemlig D2 og E-Plus, mens de to andre selskaber er T-Mobil og VIAG Interkom). Eftersom adgangen til markedet var yderst reguleret, idet antallet af licenser blev begrænset af hensyn til mængden af ledige radiofrekvenser, og eftersom markedsvilkårene var gennemsigtige, kunne man ikke udelukke, at sådanne faktorer kunne skabe et duopol, der ville befordre samordning <sup>(119)</sup>.

106. I sagen France Telecom/Orange fandt Kommissionen, at inden Orange kom ind på det belgiske mobilmarked, var de to aktører, Proximus og Mobistar, i stand til at udøve kollektiv dominans. Kommissionen bemærkede, at i de fire år inden Oranges start havde de to selskaber næsten ens og gennemsigtige priser, og deres priser fulgte nøjagtigt samme udvikling <sup>(120)</sup>. I samme beslutning afviste Kommissionen endvidere påstande fra tredjemand om en risiko for, at Vodafone og France Telecom kunne få en kollektivt dominerende stilling på markedet for udbud af fælleseuropæiske mobil tjenester til internationalt mobile kunder. På trods af væsentlige forskelle mellem de to selskabers markedsandele blev markedet betegnet som spirende og karakteriseret af en stigende efterspørgsel og en lang række forskellige tjenester og priser <sup>(121)</sup>.

## 4. INDFØRELSE, OPRETHOLDELSE, ÆNDRING ELLER OPHÆVELSE AF FORPLIGTELSE I HENHOLD TIL RAMMEDIREKTIVET

107. Retningslinjernes kapitel 3 vedrører den markedsanalyse, som de nationale tilsynsmyndigheder skal foretage i henhold til artikel 16 i rammedirektivet for at afgøre, om der er reel konkurrence på markedet, dvs. om der er virksomheder på markedet, der indtager en dominerende stilling. Dette kapitel skal vejlede de nationale tilsynsmyndigheder i, hvilke foranstaltninger de skal træffe som opfølgning af analysen, dvs. henholdsvis indførelse, opretholdelse, ændring eller ophævelse af specifikke forpligtelser for virksomheder med en stærk markedsposition. Det beskrives også, under hvilke særlige omstændigheder virksomheder, der ikke har en stærk markedsposition, kan pålægges lignende forpligtelser.

108. De specifikke forpligtelser, der kan pålægges virksomheder med en stærk markedsposition, gælder for både engros- og detailmarkeder. Principperne i forpligtelserne vedrørende engrosmarkeder er beskrevet i artikel 9-13 i adgangsdirektivet. Forpligtelserne vedrørende detailmarkeder er beskrevet i artikel 17-19 i forsyningspligt-direktivet.

109. De forpligtelser, der er fastlagt i adgangsdirektivet, er: transparens (artikel 9), ikke-diskriminering (artikel 10) regnskabsmæssig opsplitting (artikel 11), forpligtelser vedrørende adgang til og anvendelse af specifikke netfaciliteter (artikel 12) samt priskontrol og omkostningsregnskaber (artikel 13). Derudover kan de nationale tilsynsmyndigheder ifølge adgangsdirektivets artikel 8 indføre yderligere forpligtelser, der ikke er nævnt i det foregående. Før de gør dette, skal de fremsætte anmodning herom til Kommissionen, der efter at have hørt Kommunikationsudvalget træffer afgørelse om, hvorvidt den pågældende tilsynsmyndighed må indføre sådanne forpligtelser.
110. De forpligtelser, der er fastlagt i forsyningspligt-direktivet, er: regulering af detailtjenester (artikel 17), tilrådgighedsstilling af et minimumssæt af faste kredsløb (artikel 18 og bilag VII) og operatørforvalg samt fast operatørvalg (artikel 19).
111. Ifølge rammebestemmelserne bør disse forpligtelser kun pålægges virksomheder, hvorom det er fastslået, at de har en stærk markedsposition på et bestemt marked, bortset fra visse afgrænsede tilfælde, jf. kapitel 4.3.
- 4.1. Indførelse, opretholdelse, ændring og ophævelse af forpligtelser for operatører med en stærk markedsposition.**
112. Som forklaret i kapitel 1 indebærer begrebet reel konkurrence, at der ikke er nogen virksomhed med en dominerende stilling på det pågældende marked. Med andre ord: En konstatering af, at der er reel konkurrence på et bestemt marked, er faktisk ensbetydende med, at der hverken er tale om enkel eller kollektiv dominans på dette marked. Omvendt er en konstatering af, at der ikke er reel konkurrence på et bestemt marked, ensbetydende med, at der er tale om enkel eller kollektiv dominans på dette marked.
113. Hvis en national tilsynsmyndighed konstaterer, at der er reel konkurrence på et bestemt marked, må den ikke pålægge nogen operatør på dette marked forpligtelser ifølge artikel 16. Hvis tilsynsmyndigheden tidligere har pålagt en eller flere virksomheder på det pågældende marked forpligtelser, skal den ophæve disse, og den må ikke pålægge virksomhederne nye forpligtelser. Når tilsynsmyndigheden vil ophæve eksisterende forpligtelser, skal den underrette de berørte parter herom i god tid, jf. artikel 16, stk. 3, i rammedirektivet.
114. Hvis en national tilsynsmyndighed konstaterer, at der ikke er reel konkurrence på et bestemt marked, fordi der er en eller flere virksomheder med en stærk markedsposition, skal den i overensstemmelse med artikel 16, stk. 4, i rammedirektivet udpege den eller de virksomheder, der har en stærk markedsposition, og pålægge den/dem passende forpligtelser. Men blot at erklære, at en virksomhed har en stærk markedsposition på et givet marked, uden at pålægge den forpligtelser, er i strid med bestemmelserne i det nye regelsæt, navnlig artikel 16, stk. 4, i rammedirektivet. Med andre ord skal de nationale tilsynsmyndigheder, når de fastslår, at en virksomhed har en stærk markedsposition, pålægge pågældende virksomhed mindst én forpligtelse. Hvis en national tilsynsmyndighed fastslår, at der er mere end én virksomhed med en dominerende stilling, dvs. at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, bør den også afgøre, hvilke forpligtelser det er mest hensigtsmæssigt at pålægge, idet proportionalitetsprincippet overholdes.
115. Hvis en virksomhed tidligere var underlagt forpligtelser i henhold til 1998-lovrammerne, skal den nationale tilsynsmyndighed overveje, om lignende forpligtelser forsat er rimelige under det nye regelsæt, idet den tager udgangspunkt i en ny markedsanalyse, der gennemføres i overensstemmelse med disse retningslinjer. Hvis det konstateres, at virksomheden har en stærk markedsposition på et relevant marked i henhold til de nye rammebestemmelser, kan de forpligtelser, der gjaldt under 1998-lovrammerne, derfor opretholdes. Hvis tilsynsmyndigheden finder det rimeligt, kan de tidligere forpligtelser også ændres, eller der kan pålægges nye forpligtelser i overensstemmelse med de nye rammebestemmelser.
116. Bortset fra tilfælde, hvor Fællesskabets internationale forpligtelser i henhold til internationale traktater afgør, hvilke forpligtelser der skal indføres (se kapitel 4.4), eller hvor direktivet foreskriver bestemte indgreb som i artikel 18 og 19 i forsyningspligt-direktivet, må de nationale tilsynsmyndigheder vælge blandt den række af forpligtelser, der er anført i direktiverne, for at rette op på et bestemt problem på et marked, hvor der ikke er reel konkurrence. Hvis de nationale tilsynsmyndigheder har til hensigt at indføre andre forpligtelser vedrørende adgang og forsyningspligt, skal de først anmode Kommissionen om godkendelse. Kommissionen skal høre Kommunikationsudvalget, før den træffer afgørelse i sagen.
117. Ifølge EU-retten, og særlig artikel 8 i rammedirektivet, skal de nationale tilsynsmyndigheder sikre, at de foranstaltninger, de pålægger operatører med en stærk markedsposition i henhold til artikel 16, er berettigede set i forhold til målene i artikel 8, og at de står i et rimeligt forhold til disse mål. Enhver forpligtelse, som de nationale tilsynsmyndigheder indfører, skal altså stå i et rimeligt forhold til det problem, der skal afhjælpes. Ifølge artikel 7 i rammedirektivet skal tilsynsmyndighederne anføre begrundelsen for en påtænkt foranstaltning, når de meddeler denne til de andre tilsynsmyndigheder og Kommissionen. Ud over den markedsanalyse, der underbygger konklusionen om stærk markedsposition, skal de nationale tilsynsmyndigheder i deres beslutning anføre en begrundelse for den påtænkte foranstaltning, set i forhold til målene i artikel 8, samt en redegørelse for, hvorfor beslutningen anses for at stå i et rimeligt forhold til målene.



118. Overholdelse af proportionalitetsprincippet vil være hovedkriteriet ved Kommissionens vurdering af de foranstaltninger, de nationale tilsynsmyndigheder foreslår som led i proceduren efter rammedirektivets artikel 7. Proportionalitetsprincippet er et veletableret princip i EU-retten. Ifølge proportionalitetsprincippet bør midlerne til at nå et givet mål ikke gå ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå dette mål. For at en påtænkt foranstaltning kan anses for forenelig med proportionalitetsprincippet, skal foranstaltningen forfølge et legitimt mål, og midlerne til at nå målet skal være både nødvendige og mindst muligt bebyrdende, dvs. de skal være begrænset til det minimum, der er nødvendigt for at nå målet.

119. Navnlig i de første faser af gennemførelsen af det nye regelsæt vil Kommissionen dog ikke forvente, at de nationale tilsynsmyndigheder ophæver eksisterende forpligtelser, der er pålagt operatører med en stærk markedsposition for at opfylde legitime reguleringsbehov, medmindre der foreligger klart bevis for, at disse forpligtelser har opfyldt deres formål og derfor ikke længere er nødvendige, da der anses for at være reel konkurrence på det pågældende marked. Ifølge de nye rammebestemmelser er der forskellige midler til rådighed til at løse forskellige problemer, og de anvendte midler bør være skræddersyet til de specifikke problemer.

120. Når Kommissionen høres i medfør af artikel 7, stk. 3, i rammedirektivet, vil den også kontrollere, at alle foranstaltninger, som tilsynsmyndighederne påtænker, er i overensstemmelse med lovrammerne som helhed. Desuden vil Kommissionen vurdere foranstaltningernes virkninger for det indre marked.

121. Kommissionen vil bistå de nationale tilsynsmyndigheder med at sikre, at de så vidt muligt følger en ensartet fremgangsmåde og vælger ensartede midler i situationer, der ligner hinanden på tværs af de forskellige medlemsstater. Desuden skal de nationale tilsynsmyndigheder ifølge rammedirektivets artikel 7, stk. 2, stræbe efter at blive enige om, hvilke midler der er de bedst egnede til at håndtere bestemte typer af situationer på markedet.

#### 4.2. Transnationale markeder — fælles analyse foretaget af de nationale tilsynsmyndigheder

122. Rammedirektivets artikel 15, stk. 4, giver Kommissionen beføjelser til at vedtage en beslutning om udpegelse af produkt- og tjenestemarkeder, der er transnationale, dvs. omfatter hele EU eller en væsentlig del deraf. I henhold til direktivets artikel 16, stk. 5, skal tilsynsmyndighederne i de pågældende lande i fællesskab gennemføre en markedsanalyse og afgøre, om der skal indføres forpligtelser. I praksis forventes De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe at udgøre et passende forum for en sådan fælles analyse.

123. Generelt vil en analyse, der foretages af de nationale tilsynsmyndigheder i fællesskab, følge procedurer (f.eks.

for offentlig høring), der svarer til dem, der skal følges, når en enkelt tilsynsmyndighed gennemfører en markedsanalyse. Vilklårene for fælles analyser og beslutninger må dog fastlægges nærmere.

#### 4.3. Indførelse af visse specifikke forpligtelser for operatører, der ikke har en stærk markedsposition

124. De foregående dele af dette kapitel har beskrevet de procedurer, hvorefter der kan indføres visse specifikke forpligtelser for virksomheder med en stærk markedsposition i henhold til artikel 7 og 8 i adgangsdirektivet og artikel 16-19 i forsyningspligtdirektivet. Under særlige omstændigheder kan der indføres tilsvarende forpligtelser for andre operatører end dem, der anses for at have en stærk markedsposition. Der er tale om følgende forpligtelser, jf. artikel 8, stk. 3, i adgangsdirektivet:

- forpligtelser, der bl.a. omfatter adgang til adgangskontrolsystemer, forpligtelser til at sammenkoble net for at sikre end-to-end-forbindelse samt adgang til Application Program Interfaces (API) og elektroniske programoversigter for at sikre adgang til digitale radio- og tv-transmissionstjenester (artikel 5, stk. 1 og 2, og artikel 6 i adgangsdirektivet)

- forpligtelser vedrørende samhusning, som tilsynsmyndighederne kan pålægge virksomheder, hvor andre virksomheder ikke har adgang til realistiske alternativer pga. bestemmelser om miljøbeskyttelse, folkesundhed, den offentlige sikkerhed eller by- og landsplanlægning (artikel 12 i rammedirektivet)

- forpligtelser vedrørende regnskabsmæssig adskillelse for virksomheder, der udbyder elektroniske kommunikationstjenester, og som nyder særlige eller eksklusive rettigheder i andre sektorer (artikel 13 i rammedirektivet)

- forpligtelser i forbindelse med tilsagn, som en virksomhed har afgivet under en konkurrencepræget eller sammenlignende udvælgelsesprocedure vedrørende brugsret til radiofrekvenser (vilkår B7 i bilaget til tillægsdirektivet, anvendt via artikel 6, stk. 1, i samme direktiv)

- forpligtelser til at ekspedere opkald til abonnenter, der anvender særlige nummerressourcer, samt forpligtelser, der er nødvendige for at sikre nummerportabilitet (artikel 27, 28 og 30 i forsyningspligtdirektivet)

- forpligtelser baseret på de relevante bestemmelser i databeskyttelsesdirektivet; og

- forpligtelser, der pålægges operatører, som ikke har en stærk markedsposition, for at opfylde Fællesskabets internationale forpligtelser.

#### 4.4. Forholdet til WTO-forpligtelserne

125. EF og medlemsstaterne har indgået forpligtelser over for WTO vedrørende virksomheder, der er storleverandører af basistelejtjenester<sup>(122)</sup>. Sådanne virksomheder er derfor underlagt alle de forpligtelser, der indgår i EF's og medlemsstaternes forpligtelser over for WTO vedrørende basistelejtjenester. Bestemmelserne i det nye regelsæt, navnlig vedrørende adgang og samtrafik, sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder fortsat anvender de relevante forpligtelser på virksomheder, der er storleverandører, i overensstemmelse med EF's og medlemsstaternes forpligtelser over for WTO.

### 5. UNDERSØGELSESBEFØJELSER OG SAMARBEJDSPROCEDURER I FORBINDELSE MED MARKEDSANALYSE

#### 5.1. Oversigt

126. Dette kapitel i retningslinjerne omhandler procedurer vedrørende de nationale tilsynsmyndigheders beføjelser til at indsamle de oplysninger, der er nødvendige for at foretage en markedsanalyse.

127. Lovrammerne giver de nationale tilsynsmyndigheder mulighed for at kræve, at virksomheder, der udbyder elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, forelægger alle de oplysninger, herunder fortrolige oplysninger, der er nødvendige for, at tilsynsmyndighederne kan vurdere konkurrenceforholdene og indføre passende forudgående forpligtelser og sikre overholdelse af lovrammerne.

128. Kapitlet handler desuden om, hvordan man sikrer et effektivt samarbejde mellem tilsynsmyndighederne og konkurrencemyndighederne på nationalt plan, mellem tilsynsmyndighederne i de forskellige medlemsstater og mellem tilsynsmyndighederne og Kommissionen. Det handler navnlig om udveksling af oplysninger mellem myndighederne.

129. Mange elektroniske kommunikationsmarkeder er præget af hurtig udvikling, og deres strukturer ændrer sig hurtigt. De nationale tilsynsmyndigheder skal sikre, at vurderingen af den effektive konkurrence, den offentlige høring og udpegelsen af virksomheder med en stærk markedsposition alle foregår inden for en rimelig frist. Hvis beslutningerne trækkes unødvendigt ud, kan det påvirke virksomhedernes incitament til investering i det pågældende marked negativt og dermed være til skade for forbrugerne.

#### 5.2. Markedsanalyse og undersøgelsesbeføjelser

130. Ifølge artikel 16, stk. 1, i rammedirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheder foretage en analyse af de relevante markeder, der er udpeget i henstillingen og en eventuel beslutning, hurtigst muligt efter at henstillingen eller beslutningen er vedtaget eller revideret. Konklusionerne af analysen af hver af de relevante markeder og forslagene til regulerende indgreb skal offentliggøres, og der skal iværksættes en offentlig høring som beskrevet i kapitel 6.

131. For at kunne gennemføre markedsanalysen må de nationale tilsynsmyndigheder først indsamle alle de oplysninger, de anser for nødvendige for at kunne vurdere markedsstyrken på et givet marked. Hvor det er nødvendigt at indhente disse oplysninger direkte fra virksomhederne, gælder det ifølge artikel 11 i tilladelsesdirektivet, at virksomhederne i kraft af deres generelle tilladelse er forpligtet til at forelægge tilsynsmyndighederne de oplysninger, der er nødvendige for at foretage en markedsanalyse i henhold til artikel 16, stk. 2, i rammedirektivet. Dette krav styrkes yderligere af den mere generelle forpligtelse i artikel 5, stk. 1, i rammedirektivet, hvor det hedder, at medlemsstaterne sikrer, at virksomheder, der udbyder elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, forelægger tilsynsmyndighederne alle de nødvendige oplysninger for at sikre, at EF-retten overholdes.

132. Når de nationale tilsynsmyndigheder anmoder om oplysninger fra en virksomhed, bør de anføre en begrundelse herfor samt en frist for udlevering af oplysningerne. Som fastsat i artikel 10, stk. 4, i tilladelsesdirektivet kan de nationale tilsynsmyndigheder have beføjelser til at pålægge virksomheder, der ikke udleverer de ønskede oplysninger, en bod.

133. I henhold til artikel 5, stk. 4, i rammedirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheder offentliggøre alle oplysninger, der bidrager til at skabe et åbent og konkurrencepræget marked, idet de overholder de nationale regler om aktindsigt samt Fællesskabets og de enkelte medlemsstaters regler om forretningshemmeligheder.

134. Hvad angår oplysninger af fortrolig karakter skal tilsynsmyndighederne dog ifølge rammedirektivets artikel 5, stk. 3, sikre, at disse oplysninger behandles fortroligt i overensstemmelse med Fællesskabets og medlemsstaternes regler om forretningshemmeligheder. Kravet om fortrolig behandling gælder ligeledes for oplysninger, der er modtaget i fortrolighed fra en anden offentlig myndighed.

#### 5.3. Samarbejde

##### *Mellem nationale tilsynsmyndigheder og konkurrencemyndigheder*

135. Ifølge artikel 16, stk. 1, i rammedirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheder inddrage de nationale konkurrencemyndigheder i markedsanalysen, hvor det er relevant. Medlemsstaterne skal indføre procedurer for at sikre, at analysen i henhold til artikel 16 i rammedirektivet gennemføres effektivt. Da de nationale tilsynsmyndigheder foretager deres markedsanalyser i overensstemmelse med de konkurrenceretlige metoder, er de nationale konkurrencemyndigheders mening om konkurrencevurderingen yderst relevant. Det er væsentligt, at tilsynsmyndighederne og konkurrencemyndighederne samarbejder, men tilsynsmyndighederne forbliver juridisk ansvarlige for gennemførelsen af analysen. Hvor den nationale lovgivning medfører, at de opgaver, der pålægges ifølge artikel 16 i rammedirektivet, udføres af to eller flere særskilte myndigheder, bør medlemsstaterne sørge for en klar fordeling af opgaverne og indføre procedurer for høring og samarbejde mellem myndighederne for at opnå en sammenhængende analyse af markederne.

136. Ifølge artikel 3, stk. 5, i rammedirektivet skal tilsynsmyndighederne og konkurrencemyndighederne give hinanden de oplysninger, der er nødvendige for at anvende bestemmelserne i regelsættet, og den modtagende myndighed skal sikre den samme grad af fortrolighed som den afgivende myndighed. Konkurrencemyndighederne bør derfor give tilsynsmyndighederne alle relevante oplysninger, også fortrolige oplysninger, der er indhentet i kraft af førstnævntes undersøgelses- og håndhævelsesbeføjelser.
137. Oplysninger, der betragtes som fortrolige af en konkurrencemyndighed, bør i overensstemmelse med Fællesskabets og medlemsstaternes regler om forretningshemmeligheder kun udveksles med tilsynsmyndighederne, hvis det er nødvendigt for anvendelsen af bestemmelserne i regelsættet. Udveksling af oplysninger bør kun ske i det omfang, det er relevant, og omfanget bør stå i et rimeligt forhold til formålet med udvekslingen.

#### *Mellem Kommissionen og de nationale tilsynsmyndigheder*

138. For at lovrammerne kan fungere effektivt, er det afgørende, at der er et tæt samarbejde mellem Kommissionen og de nationale tilsynsmyndigheder. Det er især vigtigt, at der foregår et effektivt uformelt samarbejde. De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe vil få stor betydning som ramme for et sådant samarbejde, som led i gruppens indsats for at bistå og rådgive Kommissionen. Samarbejdet vil sandsynligvis være til gensidig fordel, idet det vil minimere risikoen for, at de forskellige nationale tilsynsmyndigheder følger forskellige fremgangsmåder, f.eks. forskellige løsninger på samme problem<sup>(123)</sup>.
139. I overensstemmelse med rammedirektivets artikel 5, stk. 2, skal tilsynsmyndighederne forelægge Kommissionen de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udføre sine hverv i henhold til traktaten. Dette omfatter oplysninger om retsforskrifter (til brug ved kontrol af foreneligheden af tilsynsmyndighedernes aktiviteter og lovgivningen), men også oplysninger, som Kommissionen skal bruge f.eks. for at vurdere, om forpligtelserne over for WTO er overholdt.
140. Når tilsynsmyndighederne forelægger de oplysninger, som de har indhentet fra virksomhederne for Kommissionen, skal de underrette de pågældende virksomheder herom.
141. Kommissionen kan også stille disse oplysninger til rådighed for andre nationale tilsynsmyndigheder, medmindre den oprindelige tilsynsmyndighed har fremsat en udtrykkelig og begrundet anmodning om, at dette ikke sker. Selv om Kommissionen ikke er retligt forpligtet til det, vil den normalt underrette den virksomhed, som oplysningerne stammer fra, når disse gives videre til en anden tilsynsmyndighed.

#### *Mellem de nationale tilsynsmyndigheder*

142. Det er yderst vigtigt, at tilsynsmyndighederne i de forskellige medlemsstater når frem til en fælles reguleringsstrategi, så der for alvor skabes et enhedsmarked for elektronisk kommunikation. Derfor skal de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til artikel 7, stk. 2, i rammedirektivet samarbejde indbyrdes og med Kommissionen på en transparent måde for at sikre en ensartet anvendelse af det nye regelsæt i alle medlemsstaterne. De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe forventes at blive et vigtigt forum for dette samarbejde.
143. Ifølge artikel 5, stk. 2, i rammedirektivet skal tilsynsmyndighederne indbyrdes udveksle oplysninger direkte, når blot der foreligger en begrundet anmodning herom. Dette bliver navnlig nødvendigt, når et transnationalt marked skal analyseres, men også som led i samarbejdet i De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe. Ved al informationsudveksling skal tilsynsmyndighederne repekttere fortroligheden af de modtagne oplysninger.

## **6. PROCEDURER FOR HØRING OG OFFENTLIGGØRELSE AF NATIONALE TILSYNSMYNDIGHEDERS UDKAST TIL BESLUTNINGER**

### **6.1. Offentlig høring**

144. Bortset fra hastende sager som forklaret nedenfor, bør en national tilsynsmyndighed, der har til hensigt at træffe en foranstaltning, som vil få betydelig indvirkning på det pågældende marked, give de berørte parter lejlighed til at kommentere udkastet til foranstaltning. Til dette formål skal den nationale tilsynsmyndighed afholde en offentlig høring om den påtænkte foranstaltning. Hvis foranstaltningsudkastet vedrører en beslutning om, hvorvidt en virksomhed anses for at have en stærk markedsposition, bør det indeholde følgende:
- den anvendte markedsafgrænsning og begrundelsen herfor, bortset fra oplysninger, der er fortrolige i henhold til Fællesskabets og medlemsstaternes lovgivning om forretningshemmeligheder
  - dokumentation for, at der er tale om dominans, bortset fra oplysninger, der er fortrolige i henhold til Fællesskabets og medlemsstaternes lovgivning om forretningshemmeligheder, og desuden identifikation af den eller de virksomheder, som ifølge tilsynsmyndigheden har en stærk markedsposition
  - fuldstændige oplysninger om de specifikke forpligtelser, som tilsynsmyndigheden påtænker at pålægge, opretholde, ændre eller ophæve for ovennævnte virksomheder, samt en vurdering af, om den påtænkte foranstaltning står i et rimeligt forhold til målet.

Der bør være en rimelig høringsperiode. Imidlertid bør de nationale tilsynsmyndigheders beslutninger ikke forsinkes unødigt, da markedsudviklingen dermed kan hæmmes. For beslutninger om, hvorvidt der er tale om virksomheder med en stærk markedsposition, og om udpegelse af sådanne virksomheder finder Kommissionen, at det vil være rimeligt med en periode på to måneder til en offentlig høring. I begrundede tilfælde kan der fastsættes en periode af en anden varighed. Omvendt kan høringsperioden udmærket være kortere end to måneder, hvis udkastet afgørelse om stærk markedsposition er baseret på resultaterne af en tidligere høring.

## 6.2. Konsolidering af det indre marked for elektronisk kommunikation

146. Hvis en national tilsynsmyndighed har til hensigt at træffe foranstaltninger, der er omfattet af procedurerne for markedsafgrænsning eller markedsanalyse i artikel 15 og 16 i rammedirektivet, eller hvis den anvender visse andre særlige artikler i regelsættet<sup>(124)</sup>, og hvis foranstaltningerne vil få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, skal den nationale tilsynsmyndighed desuden meddele foranstaltningerne samt begrundelsen herfor til tilsynsmyndighederne i de andre medlemsstater og til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i rammedirektivet. Dette bør ske samtidig med, at den nationale tilsynsmyndighed indleder den offentlige høring. Den nationale tilsynsmyndighed skal så give de andre nationale tilsynsmyndigheder og Kommissionen mulighed for at kommentere den påtænkte foranstaltning, før den træffer endelig beslutning herom. Fristen for kommentarer fra de andre tilsynsmyndigheder og Kommissionen bør være den samme som den, den nationale tilsynsmyndighed har sat for den nationale offentlige høring, medmindre denne er kortere end den minimumsfrist på én måned, der er fastsat i artikel 7, stk. 3. Kommissionen kan i begrundede tilfælde vedtage at offentliggøre sine kommentarer.

147. Med hensyn til foranstaltninger, der kan få indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, skal dette forstås som foranstaltninger, der kan øve en direkte eller indirekte, faktisk eller potentiel indflydelse på handelsmønstret mellem medlemsstaterne på en måde, der kan skabe en hindring for det indre marked<sup>(125)</sup>. Kriteriet »indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne« vil således kunne omfatte en bred vifte af foranstaltninger.

148. De nationale tilsynsmyndigheder skal offentliggøre resultaterne af den offentlige høring, bortset fra oplysninger, der er fortrolige i henhold til Fællesskabets og medlemsstaternes lovgivning om forretningshemmeligheder.

149. Bortset fra to særlige tilfælde, der forklares i det følgende, må den nationale tilsynsmyndighed vedtage den endelige foranstaltning efter at have taget hensyn til de synspunkter, der er kommet til udtryk under den obligatoriske offentlige høring. Den endelige foranstaltninger skal derefter straks meddeles til Kommissionen.

## 6.3. Kommissionens beføjelser til at kræve, at en national tilsynsmyndighed trækker udkast til foranstaltninger tilbage

150. I henhold til artikel 7, stk. 4, er der to særlige situationer, hvor Kommissionen har mulighed for at kræve, at en national tilsynsmyndighed trækker et foranstaltningsudkast, der falder ind under artikel 7, stk. 3, tilbage:

- hvis udkastet vedrører afgrænsning af et relevant marked, der afviger fra de markeder, der er fastlagt i henstillingen; eller
- udkastet vedrører en afgørelse om, hvorvidt en virksomhed enten alene eller i fællesskab med andre anses for at have en stærk markedsposition.

151. Hvis en af disse situationer gør sig gældende, og hvis Kommissionen i løbet af høringsprocessen har meddelt den nationale tilsynsmyndighed, at den betragter udkastet til foranstaltning som en hindring for det indre marked eller nærer alvorlig tvivl om dets forenelighed med fællesskabsretten, kan foranstaltningen først vedtages efter en yderligere frist på højst to måneder.

152. I løbet af denne tomånedersperiode kan Kommissionen, efter at have hørt Kommunikationsudvalget efter rådgivningsproceduren<sup>(126)</sup>, træffe afgørelse om at kræve, at tilsynsmyndigheden trækker udkastet til foranstaltning tilbage. Kommissionens afgørelse ledsages af en detaljeret og objektiv begrundelse for, hvorfor udkastet til foranstaltning ikke bør vedtages, sammen med konkrete forslag til ændring af udkastet til foranstaltning. Hvis Kommissionen ikke har truffet afgørelse inden periodens udløb, kan den nationale tilsynsmyndighed vedtage udkastet til foranstaltning.

## 6.4. Hastesager

153. I undtagelsestilfælde kan de nationale tilsynsmyndigheder handle hurtigt for at beskytte konkurrencen og brugernes interesser. En tilsynsmyndighed kan derfor undtagelsesvis vedtage foreløbige foranstaltninger, der står i et rimeligt forhold til målet, uden at høre hverken de berørte parter, tilsynsmyndighederne i andre medlemsstater eller Kommissionen. Når en tilsynsmyndighed har truffet sådanne uopsættelige forholdsregler, skal den straks underrette Kommissionen og de andre tilsynsmyndigheder om disse foranstaltninger og den fulde begrundelse derfor. Kommissionen kontrollerer, om foranstaltningerne er forenelige med EF-retten og vurderer navnlig, om de står i forhold til de politiske mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8.

154. Hvis tilsynsmyndigheden vil gøre den foreløbige foranstaltning permanent eller forlænge dens gyldighedsperiode, skal den følge den almindelige høringsprocedure som beskrevet ovenfor. Det er vanskeligt at forestille sig omstændigheder, der kan berettige et hasteindgreb for at afgrænse et marked eller udpege en operatør med stærk markedsposition, da sådanne foranstaltninger ikke kan gennemføres øjeblikkeligt. Kommissionen forventer derfor ikke, at de nationale tilsynsmyndigheder gør brug af de exceptionelle procedurer i sådanne tilfælde.

## 6.5. Vedtagelse af den endelige beslutning

155. Når en tilsynsmyndighed har truffet en endelig beslutning, underretter den Kommissionen om navnene på de virksomheder, der er udpeget som værende i besiddelse af en stærk markedsposition, og om hvilke forpligtelser de er blevet pålagt, i overensstemmelse med kravene i artikel 36, stk. 2, i forsyningspligt-direktivet og artikel 15, stk. 2, og artikel 16, stk. 2, i adgangsdirektivet. Kommissionen vil derefter offentliggøre disse oplysninger i en let tilgæ-

nelig form og sende dem til Kommunikationsudvalget, hvor det er relevant.

156. De nationale tilsynsmyndigheder offentliggør ligeledes navnene på de virksomheder, de har udpeget som værende i besiddelse af en stærk markedsposition, og de forpligtelser de har pålagt dem. De skal sikre sig, at der gives offentlig adgang til ajourførte oplysninger på en måde, der garanterer, at alle berørte parter let kan indhente disse oplysninger.

<sup>(1)</sup> EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33.

<sup>(2)</sup> EFT L 108 af 24.4.2002, s. 21.

<sup>(3)</sup> EFT L 108 af 24.4.2002, s. 7.

<sup>(4)</sup> EFT L 108 af 24.4.2002, s. 51.

<sup>(5)</sup> Endnu ikke vedtaget.

<sup>(6)</sup> EFT L 24 af 30.1.1998, s. 1.

<sup>(7)</sup> Undtagen hvor de nye rammebestemmelser udtrykkeligt tillader, at der pålægges forpligtelser uafhængigt af konkurrencesituationen på markedet.

<sup>(8)</sup> Rammedirektivets artikel 14.

<sup>(9)</sup> Herudover kan transnationale markeder, hvis beskaffenhed begrundes sektorspecifik regulering, udpeges af Kommissionen i en beslutning om transnationale markeder.

<sup>(10)</sup> Rammedirektivet, betragtning 27.

<sup>(11)</sup> Forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395 af 30.12.1989, s. 1), senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180 af 9.7.1997, s. 1) (herefter benævnt »fusionsforordningen«).

<sup>(12)</sup> Retningslinjer for anvendelse af EØF's konkurrenceregler på telekommunikationssektoren (EFT C 233 af 6.9.1991, s. 2).

<sup>(13)</sup> Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

<sup>(14)</sup> Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (EFT C 265 af 22.8.1998, s. 2).

<sup>(15)</sup> Det forventes, at et effektivt samarbejde mellem de nationale tilsynsmyndigheder og konkurrencemyndighederne vil forhindre, at der indledes dobbelte procedurer vedrørende ensartede problemstillinger på markedet.

<sup>(16)</sup> Retningslinjer for anvendelse af EØF's konkurrenceregler på telekommunikationssektoren (EFT C 233 af 6.9.1991, s. 2).

<sup>(17)</sup> Artikel 14, stk. 2, i rammedirektivet.

<sup>(18)</sup> Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds-/miljøsektion (2000) Sml. I-3743, præmis 57, og sag C-242/95 GT-Link (1997) Sml. I-4449, præmis 36. Bemærk, at målsætningen om at afgrænse markedet ikke er et mål i sig selv, men indgår i en proces, nemlig vurderingen af, hvor stærk en markedsposition virksomheden har.

<sup>(19)</sup> Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtigheder og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne (EFT L 199 af 26.7.1997, s. 32) (»samtrafikdirektivet«); Rådets direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision — tilrådighedsstillelse af åbne net) (EFT L 192 af 24.7.1990, s. 1) (»ONP-direktivet«); Rådets direktiv 92/44/EØF af 5. juni 1992 om etablering af ONP-vilkår for faste kredsløb (EFT L 165 af 19.6.1992, s. 27) (»direktivet om faste kredsløb«); Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/62/EF af 13. december 1995 om ONP-vilkår for taletelefonitjenester (EFT L 321 af 30.12.1995, s. 6), erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF af 26. februar 1998 om ONP-vilkår for taletelefonitjenester og om udbud af forsyningspligtigheder på teleområdet under konkurrenceforhold (EFT L 101 af 1.4.1998, s. 24) (»ONP-taletelefonidirektivet«).

<sup>(20)</sup> Forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen (1998) Sml. I-1375. Se også meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 12.

<sup>(21)</sup> Da sektoren for elektronisk kommunikation er præget af teknologi og innovation, er en tidligere markedsdefinition ikke nødvendigvis relevant på et senere tidspunkt.

<sup>(22)</sup> Meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 12.

<sup>(23)</sup> Se også meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 20-23, sag IV/M.1225 — Enso/Stora (EFT L 254 af 29.9.1999), punkt 40.

<sup>(24)</sup> Meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 24. Det kan være mere kompliceret at skelne mellem udbudsubstitution og potentiel konkurrence på markeder for elektronisk kommunikation end på andre markeder på grund af de elektroniske kommunikationsmarkeders dynamiske karakter. Det vigtigste er dog, at potentiel konkurrence fra andre udbydere tages i betragtning på et eller andet tidspunkt i forbindelse med markedsanalysen, dvs. enten i den indledende markedsafgrænsningsfase eller i den følgende vurderingsfase vedrørende stærk markedsposition.

<sup>(25)</sup> Det er ikke nødvendigt, at alle forbrugere skifter til et konkurrerende produkt; det er nok, at tilstrækkeligt mange eller nok skifter, så den relative prisstigning ikke er rentabel. Dette krav svarer til princippet om »tilstrækkelig substituerbarhed«, der er fastsat i Domstolens retspraksis, jf. fodnote 32.

- (26) Se også adgangsmeddelelsen, punkt 46, og sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, (1994) Sml. II-755, præmis 68. Denne test kaldes på engelsk også »SSNIP« (small but significant non transitory increase in price). Selv om SSNIP-testen kun er et eksempel på de metoder, der anvendes til at afgrænse et marked, og til trods for dens formelle økonomiske karakter, eller dens fejlmargener (det såkaldte »cellofanproblem«, se nedenfor), skyldes dens betydning først og fremmest dens brug som et konceptuelt værktøj til vurdering af beviser for konkurrence mellem forskellige produkter og tjenester.
- (27) Se meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 17-18.
- (28) Med andre ord kan man konkludere, at når der er tale om stor gensidig elasticitet i efterspørgslen efter to produkter, opfatter forbrugerne disse produkter som substituerbare. Hvis forbrugernes valg påvirkes af andre faktorer end prisstigninger, vil SSNIP-testen måske ikke være en passende metode til at måle produktsubstituerbarheden, se sag T-25/99, Colin Arthur Roberts og Valerie Ann Roberts mod Kommissionen, (2001) Sml. II-1881.
- (29) I forbindelse med markedsafgrænsning i henhold til EF-traktatens artikel 82 ville en konkurrencemyndighed eller domstol basere sit skøn over »begyndelsesprisen« ved en anvendelse af SSNIP på den pris, som den formentlige monopolist tager. Ved en prospektiv vurdering af en fusionsvirkning på konkurrencen ville begyndelsesprisen ligeledes tage fusionsparternes gældende priser som udgangspunkt. Hvis en national tilsynsmyndigheder derimod gennemfører en markedsanalyse med henblik på at anvende rammedirektivets artikel 14, udbydes det pågældende produkt eller den pågældende tjeneste måske af flere virksomheder. I dette tilfælde ville begyndelsesprisen være »gennemsnitsprisen« i branchen.
- (30) Det er værd at bemærke, at man ikke må gå ud fra, at priser, som bygger på en prisregulering, der ikke sigter mod at sikre, at priserne er omkostningsbaserede, men snarere mod at sikre et rimeligt tilbud i forbindelse med forsyningspligtigheder, er konkurrencedygtige, og at de heller ikke må danne udgangspunktet for en SSNIP-test.
- (31) Det er faktisk således, at en af ulemperne ved at anvende SSNIP-testen i nogle tilfælde er, at en krydselasticitet ved høj efterspørgsel kan være et tegn på, at en virksomhed allerede har udnyttet sin markedsposition; en situation, som i konkurrenceretten og praksis kaldes »cellofanproblemet«. I disse tilfælde er den gældende pris ikke en konkurrencedygtig pris. En af de største vanskeligheder ved SSNIP-testen er uden tvivl at fastslå, om den gældende pris ligger på et konkurrencedygtigt niveau. Nationale tilsynsmyndigheder i denne situation kunne anvende andre kriterier til at vurdere substitution på efterspørgsels- og udbudssiden som f.eks. tjenester, tekniske specifikationer osv. Hvis der foreligger dokumentation for, at en virksomhed tidligere har udvist konkurrencebegrænsende adfærd (prisfastsættelse) eller har haft en styrkeposition på markedet, kan det tjene som et fingerpeg om, at priserne ikke er fastsat ud fra en konkurrencesituation og derfor ligger over det konkurrencedygtige niveau.
- (32) Sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen (1996) Sml. I-5951, præmis 13, sag 31/80 L'Oréal (1980) Sml. 3775, præmis 25, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen (1983) Sml. 3461, præmis 37, sag C-62/86, AkzoChemie mod Kommissionen (1991) Sml. I-3359, sag T-504/93, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen (1997) Sml. II-923, præmis 81, T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen (2000) Sml. II-1885, præmis 62, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner og Landkreis Südwestpfalz, (2001) Sml. I-0000, præmis 33. Testen for tilstrækkelig substituerbarhed blev første gang fastsat af Domstolen i sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, (1973) Sml. 215, præmis 32, og sag 85/76, Hoffmann La-Roche mod Kommissionen (1979) Sml. 461, præmis 23.
- (33) Sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen (1996) Sml. I-5951, præmis 13, sag 66/86, Ahmed Saeed (1989) Sml. 803, præmis 39 og 40, sag United Brands mod Kommissionen (1978) Sml. 207, præmis 22, 29 og 12; sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen (1997) Sml. II-1689, præmis 54. I Tetra Pak-sagen bekræftede Domstolen, at det forhold, at efterspørgslen efter aseptisk og ikke-aseptisk emballering til frugtjuice var marginal og uændret i en periode set i forhold til efterspørgslen efter emballering til mælk, dokumenterede, at der var ringe substituerbarhed mellem emballeringssektoren til mælk og andre produkter, jf. præmis 13 og 15.
- (34) F.eks. kan det tænkes, at forbrugere ved en relativ prisstigning skifter fra en tjeneste af ringe kvalitet/lav pris til en tjeneste af høj kvalitet/høj pris, hvis omkostningerne (ekstraprisen) opvejes af prisstigningen. På den anden side kan det tænkes, at forbrugere af en høj kvalitetstjeneste ikke længere vil betale den højere pris og skifter til en tjeneste af ringere kvalitet. I disse tilfælde forekommer produkter af ringe og høj kvalitet at være substituerbare i praksis.
- (35) Meddelelse fra Kommissionen — Telekommunikation via Internet i henhold til EU-lovgivningen, særlig direktiv 90/388/EØF — Supplement til Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet om status over og gennemførelse af direktiv 90/388/EØF om liberalisering af markedet for teletjenester (EFT C 369 af 22.12.2000, s. 3). Det kan heller ikke udelukkes, at xDSL-teknologi og Multipoint-videodistributions-tjenester via trådløse abonnentkredsløb i fremtiden vil blive anvendt til transmission af TV-materiale i direkte konkurrence med andre eksisterende TV-spredningssystemer, der bygger på kabel, Direct-To-Home-satellittransmission og jordbaseret analog og digital transmission.
- (36) Udskiftningsomkostninger, som skyldes virksomheders strategiske valg frem for pres udefra, bør sammen med andre former for adgangshindringer tages i betragtning i forbindelse med den følgende vurdering af stærk markedsposition. I et vækstmarked er de samlede udskiftningsomkostninger for allerede »indfangede« forbrugere måske ikke særlig store og afholder derfor ikke fra substitution på efterspørgsels- eller udbudssiden.
- (37) Tidsrammen for at vurdere andre leverandørers mulige reaktioner i tilfælde af en relativ prisstigning vil uvægerligt afhænge af de enkelte markeders særpræg og bør fastsættes fra sag til sag.
- (38) Se også sag C-333/94, Tetra Pak mod Kommissionen, op. cit., præmis 19. Som nævnt i det foregående bør de krævede investeringer også finde sted inden for en rimelig frist.
- (39) Se også sag COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, punkt 58.
- (40) United Brands, op. cit., præmis 44, Michelin, op. cit., præmis 26, sag 247/86, Alsatel mod Novasam (1988) Sml. 5987, præmis 15, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen, op. cit., præmis 102.
- (41) Deutsche Bahn mod Kommissionen, op. cit., præmis 92. Sag T-139/98, AAMS mod Kommissionen (2001) Sml. 0000-II, præmis 39.
- (42) Se f.eks. sag IV/ML.1025 — Mannesmann/Olivetti/Infostrada, punkt 17, og sag COMP/JV.23 — Telefonica Portugal Telecom/Médi Telecom.
- (43) I praksis vil dette område svare til grænserne for det licensområde, hvor en operatør kan drive virksomhed. I sag COMP/M.1650 — ACEA/Telefonica påpegede Kommissionen, at eftersom det anmeldte joint venture ville få sin licens begrænset til Rom-området, kunne det geografiske marked defineres som lokalt, punkt 16.

- (44) At mobiloperatører kun kan udbyde tjenester i områder, de har fået tilladelse til at drive virksomhed i, og sammenfaldet mellem netarkitekturen og den geografiske dimension af mobillicenserne forklarer, hvorfor mobilmarkederne betragtes som nationale. De ekstra tilslutnings- og kommunikationsomkostninger, forbrugerne må betale for roaming i andre lande, støtter sammen med tabet af visse supplerende servicetilbud (ingen voice mail i udlandet) denne definition, se sag IV/M.1439 — Telia/Telenor, punkt 124, sag IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, punkt 13-17, sag COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, punkt 15.
- (45) Aftaler om fysisk sammenkobling kan også inddrages ved afgrænsningen af det geografiske marked, sag IV/M.570 — TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, punkt 35.
- (46) Sag IV/M.856 — British Telecom/MCI (II), punkt 19s., sag IV/JV.15 — BT/AT&T, punkt 84 og 92, sag COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, punkt 32. Det er meget usandsynligt, at levering af elektriske kommunikationstjenester ville kunne segmenteres på grundlag af nationale (eller lokale) bilaterale ruter.
- (47) Man kan f.eks. nævne markedet for backhaul-kapacitet på internationale ruter (dvs. kabelstationer, der betjener land A til E), hvor der kan være mulighed for substitution mellem kabelstationer, der betjener forskellige lande (dvs. kabelstationer, der forbinder land A med land B, A med C og A med D), når en udbyder af backhaul-kapacitet for rute A til E risikerer, at kunderne skifter til en af de andre »ruter«, der også kan fremføre trafik til eller fra land E.
- (48) Hvis et marked er afgrænset på grundlag af en bilateral rute, ville dets geografiske omfang være større end nationalt, hvis der i begge ender af markedet findes udbydere, som kan opfylde efterspørgslen fra begge ender af ruten.
- (49) Se meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 57 og 58. Kædesubstitution kunne f.eks. finde sted, hvor en virksomhed, som leverer tjenester på nationalt plan, begrænser de priser, som forlanges af virksomheder, der leverer tjenester på adskilte geografiske markeder. Det kan være tilfældet, hvor de priser, som forlanges af virksomheder, der leverer kabel-tv-net i bestemte områder, begrænses af en dominerende virksomhed på det nationale marked. Se også sag COMP/M.1628 — TotalFina/Elf (EFT L 143 af 29.5.2001, s. 1), punkt 188.
- (50) Der skal være klare tegn på gensidig prisafhængighed i kædens yderste led, og graden af substitution mellem de relevante produkter eller geografiske områder skal være tilstrækkeligt høj.
- (51) Kommissionen har i sine beslutninger bl.a. henvist til eksistensen af følgende markeder: internationale taletelefontjenester (sag IV/M.856 — British Telecommunications/MCI (II), EFT L 336 af 8.12.1997), avancerede teletjenester for erhvervs-kunder (sag IV/35.337, Atlas, EFT L 239 af 19.9.1996, punkt 5-7, sag IV/35617 — Phoenix/Global/One, EFT L 239 af 19.9.1996, punkt 6, sag IV/34.857 — BT-MCI (I), EFT L 223 af 27.8.1994), standardiserede basale pakkekoblede datakommunikationstjenester, videresalg af international fremføringskapacitet (sag IV/M.975 — Albacom/BT/ENI, punkt 24), audiokonferencer (Albacom/BT/ENI, punkt 17), satellittjenester (sag IV/350518 — Iridium, EFT L 16 af 18.1.1997), (udvidede) globale teletjenester (sag IV/JV.15 — BT/AT&T, sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, punkt 84, sag COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, punkt 18), nummeroplysningstjenester (sag IV/M.2468 — SEAT Pagine Gialle/ENIRO, punkt 19, sag COMP/M.1957 — VIAG Interkom/Telenor Media, punkt 8), internetadgangstjenester for slutbrugere (sag IV/M.1439 — Telia/Telenor, sag COMP/JV.46 — Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen, punkt 26, sag COMP/M.1838 — BT/Esat, punkt 7), maksimal eller universel internetkonnektivitet (sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, punkt 52), sømløse fælleseuropæiske mobile teletjenester til internationalt mobile kunder (sag COMP/M.1975 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, sag COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, punkt 15), engrossalg af roamingtjenester (sag COMP/M.1863 — Vodafone/Airtel, punkt 17) og markedet for konnektivitet til det internationale signalnet (sag COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, punkt 17-18).
- (52) Se også forenede sager T-125/97, og T-127/97 The Coca-Cola Company m.fl. mod Kommissionen (2000) Sml. II-1733, præmis 81 og 82.
- (53) Se også rammedirektivets artikel 15.
- (54) Adgangsmeddelelsen, punkt 45.
- (55) Se sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor.
- (56) Se Telia/Telenor, BT/AT&T, France Télécom/Equant, op. cit. og Kommissionens beslutning af 20. maj 1999, Cégétel + 4 (EFT L 218 af 18.8.1999), punkt 22. Hvad angår det spirende marked for globale bredbånddatakommunikationstjenester (Global broadband data communications services — GBDS), har Kommissionen fastslået, at sådanne tjenester kan leveres via tre former for netarkitektur: i) jordbaserede trådbundne systemer, ii) jordbaserede trådløse systemer og iii) satellitbaserede systemer, og at det satellitbaserede GBDS fra efterspørgselsiden kan betragtes som et særskilt marked, sag COMP/M.1564 — Astrolink, punkt 20-23.
- (57) Direktiv 96/19/EF, betragtning 20, EFT L 74 af 22.3.1996, s. 13. Se også Meddelelse fra Kommissionen, Adgang til abonnentnet: Konkurrence om udbud af et komplet sæt af elektroniske kommunikationstjenester, herunder bredbåndsmultimedietjenester og højhastighedsadgang til Internettet, EFT C 272 af 23.9.2000, s. 55. I punkt 3.2 hedder det: »Disse tjenestekategorier skal overvåges nøje, navnlig i betragtning af den hurtige teknologiske udvikling, og med jævne mellemrum må de tages op til fornyet overvejelse, tilfælde for tilfælde, men disse tjenester kan normalt ikke erstatte hinanden, og de anses derfor for at udgøre forskellige relevante markeder«.
- (58) Kommissionen har afgrænset separate markeder for tjenester til store multinationale selskaber på grund af de betydelige forskelle i efterspørgsel (og udbud) af tjenester til denne gruppe kunder sammenlignet med andre detailkunder (erhverv), se sag IV/JV.15 — BT/AT&T, sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, sag COMP/M.2257 — France Télécom/Equant.
- (59) Se meddelelsen om ubundet adgang til abonnentkredsløbet, op. cit., punkt 3.2. Markedet for højhastighedskommunikationstjenester kunne eventuelt opdeles yderligere i separate segmenter, alt efter arten af de udbudte tjenester (dvs. internettjenester, video-on-demand osv.).
- (60) Se også sag COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, punkt 33. Man kunne også hævde, at opkaldsadgang til internettet via eksisterende 2G-mobiltelefoner er et andet marked end markedet for opkaldsadgang via offentlige koblede telenet. Ifølge Kommissionen kan adgang til internettet via en mobiltelefon ikke forventes at erstatte eksisterende metoder til at få adgang til internettet via en pc på grund af skærmens størrelse og formatet af det materiale, man kan få adgang til via de forskellige platforme, se sag COMP/M.1982 — Telia/Oracle/Drutt, punkt 15, og sag COMP/JV.48 — Vodafone/Vivendi/Canal+.

- (<sup>61</sup>) Sag COMP/M.2469 — Vodafone/Airtel, punkt 7, sag IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, sag IV/M.1669 — Deutsche Telecom/One2One, punkt 7. Hvorvidt dette marked kan segmenteres yderligere i et marked for netoperatører og et tjenestemarked i et senere afsætningsled skal afgøres fra sag til sag, se sag IV/M.1760 — Mannesmann/Orange, punkt 8-10, og sag COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, punkt 9-10.
- (<sup>62</sup>) F.eks. bemærkede Kommissionen i sagen British Interactive Broadcasting/Open, at infrastrukturmarkedet for udbud af basale taletjenester omfattede ikke blot BT's traditionelle kobbernetværk, men også kabeloperatørernes kabel-tv-net, der kunne bruges til basale telefonitjenester, og eventuelt trådløse fastnet, se sag IV/36.359 (EFT L 312 af 6.12.1999, punkt 33-38). I sag IV/M.1113 — Nortel/Norweb erkendte Kommissionen, at elnet, der brugte »Digital Power Line«-teknologi, kunne være et alternativ til det eksisterende traditionelle lokale abonnentnet, punkt 28-29.
- (<sup>63</sup>) I sin vurdering af konkurrencevilkårene for net på det irske marked efter den fuldstændige liberalisering regnede Kommissionen også med, hvad der på daværende tidspunkt blev betragtet som potentielle alternative infrastrukturudbydere, nemlig kabel-tv- og elektricitetsnet, Telecom Eireann-dommen, præmis 30. Kommissionen tog ikke stilling til, om udbud af fremføringskapacitet via en undersøisk netinfrastruktur udgjorde et andet marked end markedet for jordbaserede net eller satellitnet, Sag COMP/M.1926 — Telefonica/Tyco/JV, punkt 8.
- (<sup>64</sup>) Sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor, punkt 79. F.eks. har Kommissionen afgrænset et fremspirende paneuropæisk marked for engrosadgang (SMS) til mobilinfrastruktur i sag COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, punkt 28-29.
- (<sup>65</sup>) Ved at anvende disse kriterier har Kommissionen fastslået, at for den faste infrastrukturens vedkommende opstår efterspørgslen efter leje af fremføringskapacitet og udbud af beslægtede tjenester til andre operatører på engrosplanen (markedet for engrostjenester for operatører, se sag IV/M.683 — GTS-HERMES Inc./HIT Rail BV, punkt 14, sag IV/M.1069 — WorldCom/MCI, EFT L 116 af 4.5.1999, s. 1, Unisource, EFT L 318 af 20.11.1997, s. 1, Phoenix/Global One, EFT L 239 af 19.9.1996, s. 57, sag nr. IV/JV.2 — Enel/FT/DT. I sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor udpegede Kommissionen separate mønstre i efterspørgslen efter engros- og detail- (abonnet) adgang til netinfrastruktur (levering eller adgang til abonnentkredsløbet, og levering eller adgang til infrastruktur til langdistance- og internationale tjenester), punkt 75-83.
- (<sup>66</sup>) Se fodnote 58.
- (<sup>67</sup>) Lyslederkabler er i øjeblikket kun konkurrencedygtige på transmissionsmarkeder i tidlige omsætningsled, hvorimod trådløse abonnentkredsløb stadig skal udvikles med henblik på især erhvervs-kunder og private med særlige kommunikationsbehov. Med undtagelse af visse nationale markeder skal de eksisterende kabel-tv-net gennemgå kostbare opgraderinger for at kunne udnyttes til tovejsbredbåndskommunikation, og sammenlignet med xDLS-teknologi garanterer de ikke en vis båndbredde, fordi kunderne deles om samme kabelkanal.
- (<sup>68</sup>) Se også sag IV/JV.11 — @Home Benelux B.V.
- (<sup>69</sup>) Hvis en virksomhed f.eks. ønsker at terminere opkald til abonnenter på et bestemt net, er den i princippet nødt til at foretage opkald til eller koble sig på det net, modtageren abonnerer på. På baggrund af princippet om, at den opkaldende part betaler, har mobiloperatører intet incitament til at konkurrere på priserne for terminering af opkald til deres egne net. Se også OECD: »Competition issues in Telecommunications-Background Note for the Secretariat«, DAFFE/CLP/WP2(2001)3, og Kommissionens pressemeddelelse IP/02/483.
- (<sup>70</sup>) Sag 27/76, United Brands mod Kommissionen (1978) Sml. 207.
- (<sup>71</sup>) Se også betragtning 25 i rammedirektivet.
- (<sup>72</sup>) Se artikel 14, stk. 2, og betragtning 28 i rammedirektivet.
- (<sup>73</sup>) Det skal bemærkes, at de nationale tilsynsmyndigheder ikke behøver at konstatere misbrug af en dominerende stilling for at kunne fastslå, at en virksomhed har en stærk markedsposition.
- (<sup>74</sup>) Sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (1979) Sml. 461, præmis 39. Med hensyn til forudgående regulering skal det understreges, at hvis en virksomhed allerede er pålagt forpligtelser i henhold til lovgivningen, betyder den omstændighed, at konkurrencen er blevet genoprettet på det pågældende marked netop som følge af de således pålagte forpligtelser, ikke, at virksomheden ikke længere har en dominerende stilling, og ej heller, at den ikke længere bør betragtes som værende i besiddelse af en stærk markedsposition.
- (<sup>75</sup>) Mangel på enhver substituerbar tjeneste eller ethvert substituerbart produkt kan begrunde en konstatering af, at der er tale om økonomisk afhængighed, der er karakteristisk for en dominerende stilling. Se Kommissionens beslutninger, Decca Navigator System (EFT L 43 af 15.2.1987, s. 27) og Magill TV Guide: ITP, BBC, RTE (EFT L 78 af 21.3.1989, s. 43). Se også sag 22/78, Hugin mod Kommissionen (1979) Sml. 1869, sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen (1986) Sml. 3263.
- (<sup>76</sup>) Se også betragtning 15 i forordning (EØF) 4064/89.
- (<sup>77</sup>) United Brands mod Kommissionen, op. cit. Jo større forskellen er mellem den pågældende virksomheds markedsandel og dens konkurrenters, jo mere sandsynligt er det, at virksomheden har en dominerende stilling. F.eks. blev det fastslået i sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint — at den fusionerede enhed ville have en absolut kombineret markedsandel på markedet for udbud af maksimal internetkonnektivitet på over [35-45] %, dvs. en andel, der var flere gange større end den nærmeste konkurrents, så den ville være i stand til at optræde uafhængigt af både konkurrenter og kunder (se punkt 114, 123, 126, 146, 155 og 196).
- (<sup>78</sup>) Sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, (1991) Sml. I-3359, præmis 60; sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, (1999) Sml. II-2969, præmis 70; Sag Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, op. cit., præmis 41; sag T-139/98, AAMS mod Kommissionen (2001) Sml. II-0000, præmis 51. Store markedsandele kan dog først blive nøjagtige indikatorer, når man antager, at konkurrenterne ikke er i stand til at øge deres output med så stor en mængde, at de kan dække den omlægning af efterspørgslen, der følger af en stigning i en konkurrents priser.



- <sup>(79)</sup> Sag Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, op. cit. præmis 41, sag C-62/86, Akzo mod Kommissionen (1991) Sml. I-3359, præmis 56, 59. »Hvis en virksomhed gennem en længere periode har en meget stor markedsandel, og andre virksomheder med betydeligt mindre andele ikke er i stand til hurtigt at opfylde en efterspørgsel, som ikke længere ønskes dækket af virksomheden med den største markedsandel, befinder den pågældende virksomhed sig i kraft af omfanget af den produktion og det udbud, den repræsenterer, i en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse, og som alene af denne årsag, i hvert fald i temmelig lange perioder, giver den sikkerhed for at kunne udvise den uafhængige adfærd, som er karakteristisk for en dominerende stilling.« Sag AAMS m. fl. mod Kommissionen, op. cit., præmis 51.
- <sup>(80)</sup> Meddelelsen om markedsafgrænsning, op. cit. s. 5.
- <sup>(81)</sup> Se sag nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, præmis 239-240. Hvad angår udbudsmarkeder er det imidlertid vigtigt, at man ikke kun ser på markedsandele, da disse i sig selv ikke nødvendigvis afspejler virksomhedernes faktiske position. Dette aspekt drøftes yderligere i sag COMP/M.2201 — MAN/Auwärter.
- <sup>(82)</sup> Se »Determination of Organizations with Significant Power (SMP) for the implementation of the ONP Directive«, GD XIII, 1. marts 1999, på <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, afsnit 3.2.
- <sup>(83)</sup> Idem, afsnit 5.2.
- <sup>(84)</sup> Hvad angår samtrafikmarkedet for fastnet og mobilnet, bør den termineringstrafik, der skal måles, omfatte egen nettrafik og opkoblingstrafik fra alle andre fastnet og mobilnet på såvel nationalt som internationalt plan.
- <sup>(85)</sup> Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, op. cit. præmis 48. En af de vigtigste hindringer er irreversible omkostninger. Denne type omkostninger er særlig relevante for sektoren for elektronisk kommunikation i betragtning af, at der skal store investeringer til for at skabe f.eks. et effektivt elektronisk kommunikationsnet til udbud af adgangstjenester, og sandsynligvis vil en ny virksomhed, der beslutter at trække sig ud af markedet, kun kunne få en lille del af investeringsomkostningerne tilbage. Adgangshindringerne forværres yderligere af de stordrifts- og tæthedsfordele, der generelt kendetegner sådanne net. Således vil et stort net som regel have forholdsmæssigt lavere omkostninger end et lille, med det resultat, at en ny virksomhed, for at erobre en stor andel af markedet og være i stand til at konkurrere, vil være nødt til at tilbyde lavere priser end det etablerede selskab, og derved bliver det vanskeligt at få dækket de irreversible omkostninger.
- <sup>(86)</sup> Forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, (1995) Sml. I-743, sag C-7/97, Oscar Bronner (1998) Sml. I-7791, og forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m. fl. mod Kommissionen (1998) Sml. II-3141.
- <sup>(87)</sup> Sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, punkt 196.
- <sup>(88)</sup> Sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen (1996) Sml. I-5951.
- <sup>(89)</sup> Se også sag COMP/M.2146 — Tetra Laval/Sidel, punkt 325-389, Verserende sag T-5/02.
- <sup>(90)</sup> Se adgangsmeddelelsen, punkt 65.
- <sup>(91)</sup> Når det gælder horisontale markeder, bør markedsanalysen koncentrere sig om at fastslå, om der er nære forbindelser, der betyder, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på ét marked, kan handle uafhængigt af sine konkurrenter på et nærliggende marked. Sådanne forbindelser kan konstateres ud fra den type adfærd, som leverandører og brugere på de pågældende markeder udviser (samme kunder og/eller leverandører på begge markeder, f.eks. kunder, der køber detailtjenester både inden for taletelefoni og internetadgang), eller ud fra det forhold, at inputproduktet eller -tjenesten grundlæggende er den samme (f.eks. hvor en fastnetoperatør leverer netinfrastruktur til internetudbydere, der tilbyder opkaldsoprindelses- og opkaldstermineringsgrostjenester). Se også sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, op. cit., præmis 120, og Sag nr. COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel.
- <sup>(92)</sup> Det er ikke hensigten, at artikel 14, stk. 3, skal anvendes i forbindelse med markedsstyrke, der overføres fra et »reguleret« marked til et fremspirende »ikke-reguleret« marked. I sådanne tilfælde vil misbrug af en dominerende stilling på det fremspirende marked normalt blive behandlet i henhold til EF-traktatens artikel 82.
- <sup>(93)</sup> Adgangsmeddelelsen, punkt 79.
- <sup>(94)</sup> Forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge m.fl. mod Kommissionen, (2000) Sml. I-1365.
- <sup>(95)</sup> Idem, præmis 39.
- <sup>(96)</sup> Sag nr. T102/96, Gencor mod Kommissionen (1999) Sml. II-753.
- <sup>(97)</sup> Se forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, (1992) Sml. II-1403, præmis 358, sag C-393/92 Almelo, (1994) Sml. I-1477, præmis 43, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, (1995) Sml. I-2883, præmis 33, forenede sager C-140/94, 141/94, og C-142/94, DIP, (1995) Sml. I-3257, præmis 62, sag C-70/95, V, (1997) Sml. I-3395, præmis 46, og forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, (1998) Sml. I-1375, præmis 221.
- <sup>(98)</sup> Sag nr. IV/M.619 — Gencor Lonhro (EFT L 11 af 14.1.1997, s. 30).
- <sup>(99)</sup> Gencor mod Kommissionen, op. cit. præmis 276.
- <sup>(100)</sup> Idem, præmis 277.
- <sup>(101)</sup> Dommen mod Compagnie Maritime Belge m.fl., præmis 39, se også sag T-342/99, Airtours/Commission (2000) Sml II-0000, præmis 76.
- <sup>(102)</sup> Se navnlig Frankrig m.fl. mod Kommissionen, op. cit., præmis 221.
- <sup>(103)</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, præmis 39.
- <sup>(104)</sup> Idem, præmis 44.
- <sup>(105)</sup> Idem, præmis 45.
- <sup>(106)</sup> Brugen af udtrykket »samordnet praksis« adskiller sig ikke fra udtrykket »parallel konkurrencebegrænsende adfærd«, der også bruges i Kommissionens beslutninger om begrebet kollektiv (oligopolistisk) dominans.

- (107) Se navnlig sag COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl og COMP/M.2499 — Norske Skog/Parengo/Walsum, sag COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, sag COMP/M. 2097 — SCA/Metsä Tissue, sag COMP/M. 1882 — Pirelli/BICC, sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Verserende sag T-310/00, sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice (EFT L 93 af 13.4.2000, s. 1), Verserende sag T-342/99, sag IV/M.1383 — Exxon/Mobil, sag IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier (EFT L 20 af 25.1.2000, s. 1), Sag nr. IV/M1225 — Enso/Stora (EFT L 254 af 29.9.1999, s. 9), Sag nr. IV/M1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (EFT L 50 af 26.2.1999, s. 27), Sag nr. IV/M.619 — Gencor/Lonrho, cit., sag IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (EFT L 186 af 21.7.1994, s. 38) og sag IV/M.190 — Nestlé/Perrier (EFT L 356 af 5.12.1992, s. 1).
- (108) Dette er grundlæggende den type analyse, som Kommissionen har gennemført i tidligere beslutninger vedrørende kollektiv dominans, se f.eks. sag IV/M.190 — Nestlé/Perrier, (EFT L 356 af 5.12.1992, s. 1), Gencor/Lonrho, op. cit., sag IV/M.1383 — Exxon/Mobil, præmis 259, sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice (EFT L 93 af 13.4.2000, s. 1), og sag COMP/M.2499 — Norske Skog/Parengo/Walsum, punkt 76; se også, Airtours v Commission, op.cit., præmis 62.
- (109) Se også betragtning 26 i rammedirektivet: »Der er en formodning for, at to eller flere virksomheder indtager en kollektivt dominerende stilling ikke alene, når der består strukturelle eller andre indbyrdes forbindelser, men også når det relevante markeds struktur må siges at være befordrende for samordnet praksis, altså at det tilskynder til parallel eller gensidigt tilpasset konkurrencebegrænsende markedsadfærd«.
- (110) Se sag COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl og sag COMP/M.2499 — Norske Skog/Parengo/Walsum, punkt 77.
- (111) Se f.eks. sag COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue.
- (112) F.eks. konkluderede Kommissionen i sag COMP/M.2201 — MAN/Auwärter — at der ikke var nogen risiko for kollektiv dominans, på trods af at to af parterne på det tyske bybusmarked, MAN/Auwärter og EvoBus, hver ville dække lidt under halvdelen af markedet. Kommissionen fandt navnlig, at en stiltiende opdeling af markedet mellem EvoBus og MAN/Auwärter ikke var sandsynlig, da der ikke ville være nogen realistisk samordningsmekanisme. For det andet gjorde væsentlige forskelle mellem de to selskaber, bl.a. forskellige omkostningsstrukturer, det mere sandsynligt, at selskaberne ville konkurrere end samordne i skjul. I sagen Alcoa/British Aluminium fandt Kommissionen ligeledes på trods af, at to af parterne på det pågældende marked repræsenterede næsten 80 % af omsætningen, at markedet ikke kunne betegnes som befordrende for oligopolistisk dominans, eftersom i) markedsandelene var flygtige og ustabile, og ii) efterspørgslen var ret uregelmæssig, hvilket ville gøre det vanskeligt for parterne at reagere på de øvrige parter handlinger med henblik på stiltiende samordning af deres adfærd. Desuden var markedet ikke gennemskueligt med hensyn til priser, og køberne repræsenterede en stærk modvægt. Kommissionens konklusion blev yderligere styrket af, at der ikke var nogen troværdig gengældelsesmekanisme, der kunne opretholde en stiltiende samordning, og af den omstændighed, at konkurrencen på markedet ikke kun var baseret på priser, men i vid udstrækning afhæng af teknologisk innovation og salgsopfølgning, sag COMP/M.2111 — Alcoa/British Aluminium.
- (113) Tilsvarende fandt Kommissionen i sag COMP/M.2348 — Outokumpu/Norzink, at selv om zinkmarkedet kun bestod af få deltagere, og adgangshindringerne var høje og udsigterne til en stigning i efterspørgslen lave, var det usandsynligt, at der ville udvikle sig en markedsstruktur, der var befordrende for samordnet praksis, hvis det kunne godtgøres, at i) parterne ikke kunne manipulere prisdannelsen, ii) producenterne havde asymmetriske omkostningsstrukturer, og der ikke var nogen troværdig gengældelsesmekanisme.
- (114) Sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, punkt 263.
- (115) Idem, punkt 257-302.
- (116) Sag COMP/M.1838 — BT/Esat.
- (117) Idem, punkt 10-14.
- (118) Sag IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch.
- (119) Idem, punkt 28. Sandsynligheden for, at der ville opstå et duopolistisk marked, vedrørte kun de tre største mobilskaber, dvs. D2 og E-Plus på den ene side og T-Mobil på den anden, da VIAG Interkoms markedsandel var under 5 %. Kommissionens betænkeligheder blev endeligt fjernet, da parterne foreslog frasalg af hele Vodafones andel i E-Plus.
- (120) Sag COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, punkt 26.
- (121) Idem, punkt 39-40. I sit arbejdsdokument »On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges« henviste Kommissionen til sandsynligheden for i) en række økonomiske forbindelser mellem mobilskaberne, nemlig via deres samtrafiktafter, deres medlemskab af GSM Association, WAP- og UMTS-forum, at vilkårene for roamingaftaler var næsten standardiserede, og ii) betydelige adgangshindringer. I sin foreløbige vurdering understregede Kommissionen også, at det, at mobilmarkedet generelt er teknologibaseret, ikke syntes at have påvirket konkurrencevilkårene på det internationale engrosmarked for roaming, jf. [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/roaming/](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/), s. 24 og 25.
- (122) GATS-forpligtelser, som EU har indgået på telekommunikationsområdet: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtosvc.pl?&SECCODE=02.C>.
- (123) Kommunikationsudvalget, jf. artikel 22 i rammedirektivet, har også til formål at skabe et effektivt samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaterne.
- (124) De artikler, der er tale om, er følgende: artikel 15 og 16 i rammedirektivet (hvor sidstnævnte henviser til artikel 16-19 i forsyningspligt-direktivet og artikel 7 og 8 i adgangsdirektivet), artikel 5 og 8 i adgangsdirektivet (hvor sidstnævnte henviser til forpligtelser i henhold til artikel 9-13 i adgangsdirektivet) og artikel 16 i forsyningspligt-direktivet (der henviser til artikel 17-19 i forsyningspligt-direktivet). Desuden indeholder artikel 6 i adgangsdirektivet en krydshenvisning til artikel 7 i rammedirektivet og er derfor omfattet af procedurerne heri (selv om artikel 7 i rammedirektivet ikke specifikt henviser til denne artikel).
- (125) Betragtning 38 i rammedirektivet.
- (126) Ifølge artikel 3 i Rådets afgørelse 1999/468/EF om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen, skal Kommissionen tage størst muligt hensyn til udvalgets udtalelse uden dog at være bundet af udtalelsen.