

II

(Comunicări)

COMUNICĂRI PROVENIND DE LA INSTITUȚIILE, ORGANELE ȘI
ORGANISMELE UNIUNII EUROPENE

COMISIA EUROPEANĂ

COMUNICARE A COMISIEI

**Orientări privind analiza pieței și evaluarea puterii semnificative pe piață în temeiul cadrului de
reglementare al UE pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice**

(Text cu relevanță pentru SEE)

(2018/C 159/01)

1. INTRODUCERE

1.1. Domeniu de aplicare și scop

1. Comisia a adoptat Orientările privind analiza pieței și evaluarea puterii semnificative pe piață (denumite în continuare „Orientările PSP”), în conformitate cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului ⁽¹⁾, în urma unei consultări publice, ale cărei rezultate au fost luate în considerare în mod corespunzător. Orientările PSP sunt însoțite de o notă explicativă ⁽²⁾ și trebuie interpretate în lumina informațiilor suplimentare pe care le conține aceasta.
2. Orientările PSP se adresează autorităților naționale de reglementare (ANR-uri) venind în sprijinul acestora în ceea ce privește îndeplinirea sarcinilor legate de analiza piețelor care pot face obiectul unei reglementări *ex ante* și de evaluarea puterii semnificative pe piață în temeiul cadrului de reglementare al UE pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice care constă din Directiva 2002/21/CE, trei directive specifice (2002/19/CE ⁽³⁾, 2002/20/CE ⁽⁴⁾, 2002/22/CE ⁽⁵⁾) și Regulamentul (UE) 531/2012 ⁽⁶⁾ (denumite în continuare „cadrul”). În conformitate cu articolul 15 din Directiva 2002/21/CE, ANR-urile trebuie să țină seama în cea mai mare măsură atât de Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei ⁽⁷⁾, cât și de Orientările PSP în scopul definirii piețelor relevante pentru reglementarea *ex ante*.
3. În conformitate cu articolul 8 din Directiva 2002/21/CE, obiectivul Orientărilor PSP este de a contribui la dezvoltarea pieței interne în sectorul comunicațiilor electronice, printre altele, prin dezvoltarea unei practici de reglementare consecvente și aplicarea consecventă a cadrului.

⁽¹⁾ Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice (JO L 108, 24.4.2002, p. 33).

⁽²⁾ Notă explicativă care însoțește Orientările privind analiza pieței și evaluarea puterii semnificative pe piață în temeiul cadrului de reglementare al UE pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice, SWD(2018)124.

⁽³⁾ Directiva 2002/19/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind accesul la rețelele de comunicații electronice și la infrastructura asociată, precum și interconectarea acestora (Directiva privind accesul) (JO L 108, 24.4.2002, p. 7).

⁽⁴⁾ Directiva 2002/20/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind autorizarea rețelor și serviciilor de comunicații electronice (Directiva privind autorizarea) (JO L 108, 24.4.2002, p. 21).

⁽⁵⁾ Directiva 2002/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind serviciul universal și drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile electronice de comunicații (directiva privind serviciul universal) (JO L 108, 24.4.2002, p. 51).

⁽⁶⁾ Regulamentul (UE) nr. 531/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iunie 2012 privind roamingul în rețelele publice de comunicații mobile în interiorul Uniunii (JO L 172, 30.6.2012, p. 10), astfel cum a fost modificat prin Regulamentul (UE) 2015/2120 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 noiembrie 2015 (JO L 310, 26.11.2015, p. 1) și prin Regulamentul (UE) 2017/920 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 mai 2017 (JO L 147, 9.6.2017, p. 1).

⁽⁷⁾ Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei din 9 octombrie 2014 privind piețele relevante de produse și de servicii din sectorul comunicațiilor electronice care pot face obiectul unei reglementări *ex ante*, în conformitate cu Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice (JO L 295, 11.10.2014, p. 79).

4. Orientările PSP nu restricționează în niciun fel drepturile conferite persoanelor fizice sau întreprinderilor de dreptul Uniunii. Acestea nu aduc atingere aplicării legislației UE în general și, mai exact, a normelor în materie de concurență, precum și interpretării acestora de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Orientările PSP nu aduc atingere acțiunilor pe care Comisia le poate întreprinde și nici orientărilor pe care Comisia le poate emite în viitor cu privire la aplicarea dreptului UE în materie de concurență.
5. Comisia va înlocui Orientările PSP ori de câte ori este cazul, ținând seama de evoluția jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, a gândirii economice și a experienței reale de pe piață, pentru a se asigura că acestea sunt întotdeauna adaptate la dezvoltarea rapidă a piețelor.
6. Orientările PSP se referă în mod specific la aspectele privind definirea pieței, precum și la puterea semnificativă pe piață individuală și colectivă.
7. Orientările PSP nu abordează aspectele legate de coordonarea în contextul practicilor concertate în temeiul articolului 101 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene („tratatul”). De asemenea, acestea nu vizează structurile de piață cu un număr limitat de actori de pe piață în cazul cărora nu sunt îndeplinite criteriile privind poziția dominantă comună, astfel cum sunt aplicate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

1.2. Observații preliminare

8. În temeiul articolului 8 din Directiva 2002/21/CE, ANR-urile se asigură că, în îndeplinirea sarcinilor de reglementare care le revin în temeiul cadrului, iau toate măsurile rezonabile care vizează atingerea obiectivelor de reglementare prevăzute la articolul menționat inclusiv, printre altele, promovarea investițiilor eficiente în infrastructurile noi și modernizate, precum și a accesului la acestea.
9. În conformitate cu cadrul, definirea piețelor relevante și evaluarea puterii semnificative pe piață ar trebui să se bazeze pe aceleași metodologii ca cele prevăzute de legislația UE în domeniul concurenței. Acest lucru garantează faptul că se ține seama de jurisprudența aplicabilă a Curții de Justiție a Uniunii Europene și de Comunicarea Comisiei privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței (Comunicarea din 1997 privind definirea pieței)⁽⁸⁾ și că este luată în considerare, în măsura în care este relevantă, practica decizională a Comisiei privind punerea în aplicare a articolului 102 din tratat și a articolului 2 din Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului⁽⁹⁾. În cazul în care ANR-urile aplică în mod consecvent metodologiile stabilite pentru definirea piețelor și evaluarea puterii semnificative pe piață, acestea contribuie la asigurarea previzibilității în materie de reglementare și limitează intervenția în materie de reglementare la cazurile de disfuncționalități ale pieței identificate de instrumente analitice.
10. Atunci când se examinează aspecte similare în circumstanțe similare și în raport cu aceleași obiective generale, ANR-urile și autoritățile de concurență ar trebui, în principiu, să ajungă la concluzii similare. Cu toate acestea, având în vedere diferențele în ceea ce privește sfera de aplicare și obiectivele intervenției lor, și în special obiectivele și circumstanțele distincte ale evaluării efectuate de ANR-uri, astfel cum se menționează mai jos, piețele definite în sensul legislației UE din domeniul concurenței și cele definite în sensul reglementării specifice sectorului ar putea să nu fie întotdeauna identice.
11. În mod similar, desemnarea unei întreprinderi ca având o putere semnificativă pe piață pe o piață identificată în scopul reglementării *ex ante* nu implică automat că această întreprindere are de asemenea o poziție dominantă în sensul articolului 102 din tratat sau în sensul aplicării Regulamentului (CE) nr. 139/2004 al Consiliului⁽¹⁰⁾ sau a dispozițiilor naționale similare. În plus, desemnarea privind puterea semnificativă pe piață (PSP) nu are o influență directă asupra faptului dacă această întreprindere a abuzat, de asemenea, de poziția sa dominantă în temeiul articolului 102 din tratat. Aceasta implică doar faptul că, în cadrul domeniului de aplicare al articolului 14 din Directiva 2002/21/CE, din punct de vedere structural, pe termen scurt și mediu, în cadrul pieței relevante identificate, operatorul are și va avea o putere suficientă pe piață astfel încât să se comporte într-o măsură apreciabilă independent față de concurenți, clienți și, în cele din urmă, față de consumatori.

⁽⁸⁾ Comunicarea Comisiei privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței (JO C 372, 9.12.1997, p. 5) (denumită în continuare „Comunicarea din 1997 privind definirea pieței”). În sensul aplicării dreptului concurenței, Comunicarea din 1997 privind definirea pieței precizează că noțiunea de piață relevantă este strâns legată de obiectivele urmărite în cadrul politicilor relevante, de aplicarea *ex post* în temeiul articolelor 101 și 102 din tratat sau de evaluarea *ex ante* în temeiul Regulamentului UE privind concentrările economice.

⁽⁹⁾ Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO L 24, 29.1.2004, p. 1).

⁽¹⁰⁾ JO L 24, 29.1.2004, p. 1.

12. În practică, nu poate fi exclus faptul că pot fi aplicate proceduri paralele în temeiul reglementării *ex ante* și a legislației UE în materie de concurență cu privire la diferite tipuri de probleme în materie de concurență identificate pe piața (piețele) cu amănuntul subiacentă(e). În acest sens, obligațiile *ex ante* impuse de ANR-uri întreprinderilor desemnate ca având o putere semnificativă pe piață au scopul de a remedia disfuncționalitățile identificate ale pieței și îndeplinesc obiectivele specifice stabilite în cadru. Pe de altă parte, instrumentele prevăzute de legislația UE în domeniul concurenței au ca scop abordarea și înlăturarea preocupărilor în ceea ce privește acordurile ilegale, practicile concertate sau comportamentul abuziv unilateral care restrâng sau denaturează concurența pe piața relevantă.

1.3. Abordarea în materie de reglementare privind analiza pieței

13. Atunci când desfășoară analize ale pieței în conformitate cu articolul 16 din Directiva 2002/21/CE, ANR-urile vor efectua o evaluare orientată către viitor și structurală a pieței relevante pe parcursul perioadei relevante.
14. Durata perioadei relevante (următoarea perioadă de revizuire) este de la sfârșitul revizuirii în curs, până la sfârșitul următoarei revizuirii a pieței ⁽¹¹⁾. Pe parcursul acestei perioade, ANR-urile ar trebui să evalueze caracteristicile specifice ale pieței și evoluțiile pieței.
15. Punctul de plecare în vederea identificării piețelor angro care ar putea face obiectul unei reglementări *ex ante* ar trebui să fie întotdeauna analiza pieței (piețelor) cu amănuntul corespunzătoare.
16. ANR-urile ar trebui să stabilească dacă piața (piețele) cu amănuntul subiacentă(e) prezintă perspective de concurență în absența reglementării la nivel angro pe baza constatării unei puteri semnificative pe piață individuale sau colective și, prin urmare, dacă orice lipsă a unei concurențe efective este durabilă ⁽¹²⁾.
17. În acest scop, ANR-urile ar trebui să țină cont de condițiile existente pe piață, precum și de evoluțiile preconizate sau previzibile ale pieței în cursul următoarei perioade de revizuire în absența reglementării bazate pe puterea semnificativă pe piață; aceasta este cunoscută drept o abordare Greenfield modificată (*Modified Greenfield Approach*) ⁽¹³⁾. Pe de altă parte, analiza ar trebui să țină seama de efectele altor tipuri de reglementări (sectoriale), ale deciziilor sau ale legislației aplicabile pieței (piețelor) cu amănuntul relevante și pieței (piețelor) angro conexe pe parcursul perioadei relevante.
18. În cazul în care piața (piețele) cu amănuntul subiacentă(e) prezintă perspective de concurență în temeiul abordării Greenfield modificate, ANR-urile ar trebui să concluzioneze că nu mai este necesară reglementarea la nivelul pieței angro.
19. ANR-urile ar trebui să ia în considerare în analiza acestora datele anterioare și cele actuale, atunci când aceste date sunt relevante pentru evoluțiile pe piață respectivă în cursul următoarei perioade de revizuire. În acest sens, trebuie subliniat faptul că orice dovezi privind practicile anterioare care sunt disponibile ca ușurință nu indică în mod automat faptul că este posibil ca această practică să continue în cadrul următoarei perioade de revizuire. Cu toate acestea, practicile anterioare sunt relevante în cazul în care caracteristicile pieței nu s-au schimbat în mod semnificativ sau este puțin probabil ca acestea să se schimbe pe parcursul următoarei perioade de revizuire.
20. Rezultă din cele de mai sus că atât considerațiile statice, cât și cele dinamice ar trebui să fie reflectate de către ANR-uri în analiza pieței cu scopul de a aborda disfuncționalitatea (disfuncționalitățile) pieței identificate la nivelul pieței cu amănuntul prin impunerea unor obligații de reglementare adecvate privind piața angro, care ar trebui, printre altele, să promoveze concurența și să contribuie la dezvoltarea pieței interne. Aceste obligații ar trebui să se bazeze pe principiile de reglementare stabilite la articolul 8 din Directiva 2002/21/CE, cum ar fi promovarea previzibilității în materie de reglementare, a investițiilor eficiente și a inovațiilor, precum și a unei concurențe bazate pe infrastructură.
21. Analiza ar trebui să se bazeze pe o înțelegere funcțională a legăturilor dintre piața (piețele) angro și piața (piețele) cu amănuntul subiacentă(e) relevante, precum și pe altă (alte) piață (piețe) conexă (conexe), dacă ANR-urile consideră că acest lucru este adecvat. Comisia a subliniat în decizii anterioare ⁽¹⁴⁾ că o ANR poate obține informații cu privire la structura pieței angro pe baza condițiilor de pe piața cu amănuntul, însă aceste condiții nu sunt în sine concludente în ceea ce privește constatarea unei puteri semnificative pe piață la nivelul pieței angro. Astfel cum s-a stabilit în mai multe decizii ale Comisiei în temeiul articolului 7 din Directiva 2002/21/CE ⁽¹⁵⁾, nu este necesar să se dovedească existența unei puteri semnificative pe piață individuale sau colective la nivelul pieței cu amănuntul pentru a se stabili faptul că o întreprindere/mai multe întreprinderi dispune (dispun) de o putere semnificativă pe piață individuală sau colectivă la nivelul pieței (piețelor) angro relevante. În conformitate cu considerentul 18 din Recomandarea 2014/710/UE, reglementarea *ex ante* la nivelul pieței angro ar trebui să fie suficientă pentru a aborda problemele de concurență pe piața (piețele) din aval conexă (conexe).

⁽¹¹⁾ În prezent, articolul 16 alineatul (6) din Directiva-cadru prevede că ANR-urile notifică noile proiecte de măsuri Comisiei în termen de trei ani de la adoptarea unei măsuri anterioare privind piața respectivă.

⁽¹²⁾ Considerentul 27 din Directiva-cadru.

⁽¹³⁾ Notă explicativă care însoțește Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei, SWD (2014) 298, p. 8.

⁽¹⁴⁾ Cauzele FI/2004/0082, ES/2005/0330 și NL/2015/1727. A se vedea, de asemenea, CZ/2012/1322.

⁽¹⁵⁾ Cauzele IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 și NL/2015/1727.

22. Atunci când se analizează delimitările pieței și puterea de piață de pe o piață (piețe) angro relevantă (relevante) corespunzătoare pentru a stabili dacă aceasta (acestea) este (sunt) efectiv concurențială (concurențiale), ar trebui să se ia în considerare constrângerile concurențiale directe și indirecte, indiferent dacă aceste constrângeri rezultă din rețele de comunicații electronice, servicii de comunicații electronice sau alte tipuri de servicii sau de aplicații care sunt comparabile din perspectiva utilizatorilor finali ⁽¹⁶⁾.
23. În conformitate cu considerentul 27 din Directiva 2002/21/CE, piețele emergente în care, *de facto*, este posibil ca liderul de piață să dețină o cotă de piață considerabilă nu ar trebui să facă obiectul unei reglementări *ex ante* necorespunzătoare. Acest lucru se datorează faptului că impunerea prematură a unei reglementări *ex ante* poate influența în mod necorespunzător condițiile de concurență care se conturează în cadrul unei piețe noi și emergente. În același timp, ar trebui prevenită împiedicarea accesului pe astfel de piețe emergente de către întreprinderea dominantă.

2. DEFINIREA PIEȚEI

2.1. Criterii principale pentru definirea pieței relevante

24. Pentru a stabili dacă o întreprindere are o putere semnificativă pe piață, adică dacă aceasta „se regăsește într-o [...] poziție de putere economică care îi permite să se comporte într-o mare măsură independent față de concurenți, clienți și, în cele din urmă, față de consumatori” ⁽¹⁷⁾, definirea pieței relevante ⁽¹⁸⁾ este de o importanță fundamentală, deoarece concurența efectivă poate fi evaluată numai în raport cu această definiție ⁽¹⁹⁾.
25. Astfel cum s-a explicat la punctul 9, piața trebuie definită în conformitate cu metodologia descrisă în Comunicarea din 1997 privind definirea pieței. Definirea pieței nu este un proces mecanic sau abstract, ci necesită analiza tuturor probelor disponibile privind comportamentul anterior pe piață și o înțelegere de ansamblu a funcționării unui anumit sector. În special, este necesară o abordare mai degrabă dinamică decât statică atunci când se efectuează o analiză a pieței prospectivă sau orientată spre viitor ⁽²⁰⁾.
26. Punctul de plecare al oricărei analize ar trebui să fie o evaluare a pieței (piețelor) cu amănuntul relevante, ținând seama de substituibilitatea din perspectiva cererii și a ofertei în ceea ce privește utilizatorul final în cursul următoarelor perioade de revizuire pe baza condițiilor de piață existente și a evoluției probabile a acestora. După identificarea pieței (piețelor) cu amănuntul relevante și stabilirea faptului dacă, în lipsa intervenției reglementare în amonte, ar continua să existe un risc de prejudiciere a consumatorilor din cauza lipsei concurenței de pe piața (piețele) cu amănuntul, ANR-urile ar trebui să identifice apoi piața (piețele) angro corespunzătoare pentru a evalua dacă acestea sunt susceptibile să facă obiectul reglementării *ex ante* în temeiul articolului 16 din Directiva 2002/21/CE ⁽²¹⁾. Acestea ar trebui să înceapă prin identificarea și analizarea pieței angro care este situată cel mai în amonte de piața cu amănuntul în care au fost constatate problemele de concurență menționate și să definească limitele pieței prin luarea în considerare a cererii și, în măsura în care este relevant, a substituibilității produselor din perspectiva ofertei.
27. Măsura în care furnizarea unui produs sau prestarea unui serviciu într-o anumită zonă geografică constituie o piață relevantă depinde de existența unor constrângeri concurențiale asupra comportamentului prestatorului (prestatorilor) de servicii în cauză legat de stabilirea prețurilor. Există două constrângeri concurențiale principale care trebuie luate în considerare la evaluarea comportamentului întreprinderilor pe piață: (i) substituibilitatea din perspectiva cererii și (ii) substituibilitatea din perspectiva ofertei ⁽²²⁾. O a treia sursă de constrângeri concurențiale asupra comportamentului unui operator – care nu trebuie luată în considerare în etapa de definire a pieței, ci atunci când se evaluează dacă există concurență efectivă pe piață în sensul Directivei 2002/21/CE – este existența unei concurențe potențiale ⁽²³⁾.

⁽¹⁶⁾ A se vedea punctul 4 din Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei și nota explicativă aferentă acesteia, precum și cauza FR/2014/1670.

⁽¹⁷⁾ Articolul 14 alineatul (2) din Directiva 2002/21/CE.

⁽¹⁸⁾ Utilizarea termenului „piață relevantă” implică descrierea produselor sau a serviciilor care alcătuiesc piața și evaluarea domeniului de aplicare geografică a acestei piețe, iar termenii „produse” și „servicii” sunt utilizați în mod interschimbabil în prezentul document. Potrivit punctului 7 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței, o piață relevantă a produsului „cuprinde toate produsele și/sau serviciile pe care consumatorul le consideră interschimbabile sau substituibile, datorită caracteristicilor, prețurilor și utilizării cărora acestea îi sunt destinate”.

⁽¹⁹⁾ Cauza C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds*, EU:C:2000:279, punctul 57, și cauza C-242/95 *GT-Link*, EU:C:1997:376, punctul 36. Ar trebui admis faptul că obiectivul privind definirea pieței nu este un scop în sine, ci face parte dintr-un proces, și anume evaluarea gradului de putere de piață a unei întreprinderi.

⁽²⁰⁾ Cauzele conexe C-68/94 și C-30/95, *Franța și alții/Comisia*, EU:C:1998:148. A se vedea, de asemenea, punctul 12 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței.

⁽²¹⁾ Principalele piețe de produse și de servicii ale căror caracteristici pot fi de natură să justifice, în principiu, impunerea unor obligații de reglementare *ex ante* sunt identificate în Recomandarea 2014/710/UE, ANR-urile fiind obligate să țină seama în cea mai mare măsură de acestea atunci când definesc piețele relevante.

⁽²²⁾ Astfel cum s-a afirmat și în Comunicarea din 1997 privind definirea pieței, din punct de vedere economic, pentru definirea pieței relevante, substituibilitatea din perspectiva cererii reprezintă forța disciplinară cea mai rapidă și mai eficace care acționează asupra furnizorilor unui anumit produs, în special în legătură cu deciziile lor de stabilire a prețurilor.

⁽²³⁾ A se vedea, de asemenea, punctul 24 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței.

28. Substituibilitatea din perspectiva cererii este utilizată pentru a evalua măsura în care consumatorii sunt dispuși să substituie serviciul sau produsul în cauză cu alte servicii sau produse⁽²⁴⁾, întrucât substituibilitatea din perspectiva ofertei indică dacă alți furnizori decât cei care oferă produsul sau serviciul în cauză și-ar reorienta domeniile de producție imediat sau pe termen scurt⁽²⁵⁾ sau ar oferi produsele sau serviciile relevante fără a suporta costuri suplimentare semnificative⁽²⁶⁾. Substituibilitatea din perspectiva ofertei este deosebit de relevantă pentru industriile de rețea, cum ar fi comunicațiile electronice, întrucât aceeași rețea poate fi utilizată pentru a oferi diferite tipuri de servicii⁽²⁷⁾. Diferența dintre concurența potențială și substituibilitatea din perspectiva ofertei constă în faptul că substituibilitatea din perspectiva ofertei răspunde prompt unei creșteri de preț, în timp ce potențialii operatori noi pot avea nevoie de mai mult timp înainte de a începe să aprovizioneze piața. Substituibilitatea din perspectiva ofertei nu implică costuri suplimentare semnificative, în timp ce intrarea potențială pe piață se poate face cu costuri nerecuperabile semnificative⁽²⁸⁾ și, din acest motiv, nu este luată în considerare în etapa de definire a pieței⁽²⁹⁾.
29. O posibilă modalitate de a evalua existența unei eventuale substituibilități din perspectiva cererii și a ofertei este aplicarea unui așa-numit „test al monopolistului ipotetic” sau test SSNIP⁽³⁰⁾. În cadrul acestui test, o ANR ar trebui să se întrebe ce s-ar întâmpla în cazul unei creșteri ușoare, dar semnificative și netranzitorii a prețului unui anumit produs sau serviciu, presupunând că prețurile tuturor celorlalte produse sau servicii rămân constante („creștere relativă a prețurilor”). În timp ce importanța creșterii relative a prețului va depinde de fiecare caz în parte, ANR-urile trebuie să ia în considerare reacțiile clienților (consumatori sau întreprinderi) la o creștere mică, dar netranzitorie a prețurilor între 5 și 10 %. Răspunsurile clienților vor contribui la stabilirea existenței unor produse substituibile și, în caz afirmativ, la stabilirea limitelor pieței relevante a produsului⁽³¹⁾.
30. Ca punct de plecare, ANR ar trebui în primul rând să identifice un serviciu de comunicații electronice sau un produs care este oferit într-o anumită zonă geografică și care poate face obiectul impunerii unor obligații de reglementare. Ulterior, ANR poate adăuga alte produse sau domenii în funcție de faptul dacă exercitarea unei concurențe de către acestea limitează prețul produsului sau serviciului principal în cauză. Întrucât o creștere relativă a prețurilor unui ansamblu de produse ar putea determina anumiți clienți să aleagă servicii sau produse alternative, ceea ce va avea ca rezultat scăderea unor vânzări, aspectul esențial este să se stabilească dacă scăderea vânzărilor operatorilor ar fi suficientă pentru a compensa creșterea profiturilor acestora care ar fi realizată în urma majorării prețurilor. Evaluarea substituibilității din perspectiva cererii și a ofertei prevede o modalitate de măsurare a „scăderii critice” a vânzărilor (ceea ce face ca o creștere relativă a prețurilor să devină neprofitabilă) și, prin urmare, de stabilire a domeniului de aplicare al pieței relevante. Prin urmare, ANR ar trebui să aplice acest test până la punctul în care se poate stabili că o creștere relativă a prețurilor în cadrul piețelor geografice și de produse definite va fi profitabilă, adică nu va mai produce o scădere critică a vânzărilor în favoarea produselor substitute ușor accesibile sau a furnizorilor situați în alte zone.
31. În dreptul concurenței, testul monopolistului ipotetic se aplică în ceea ce privește produsele sau serviciile ale căror prețuri se stabilesc în mod liber și nu fac obiectul reglementării. În domeniul reglementării *ex ante*, adică în care un produs sau un serviciu este deja oferit la un preț reglementat, bazat pe costuri, se consideră că un preț reglementat este stabilit la niveluri competitive⁽³²⁾ și că acesta ar trebui să reprezinte punctul de plecare pentru testul monopolistului ipotetic.
-
- ⁽²⁴⁾ Nu este necesar ca toți consumatorii să treacă la un produs concurent; este suficient să aibă loc un număr suficient de treceri la un nou produs sau serviciu astfel încât o creștere relativă a prețurilor să nu fie profitabilă. Această cerință corespunde principiului „un nivel suficient de interschimbabilitate”, stabilit în jurisprudența Curții de Justiție; a se vedea nota de subsol 27.
- ⁽²⁵⁾ Noțiunea de „termen scurt” depinde de caracteristicile pieței și de circumstanțele naționale. În cazul COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, Comisia a precizat la punctul 580 că „există substituibilitate din perspectiva ofertei în care furnizorii sunt în măsură să își reorienteze producția către produsele relevante și să le comercializeze în termen scurt ca răspuns la variațiile mici, dar permanente, ale prețurilor relative”. În conformitate cu nota de subsol 4 de la punctul 20 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței, perioada relevantă este „acea perioadă pentru care o ajustare semnificativă a activelor corporale și necorporale nu este necesară”.
- ⁽²⁶⁾ A se vedea, de asemenea, punctul 20 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței.
- ⁽²⁷⁾ A se vedea COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, punctul 580.
- ⁽²⁸⁾ A se vedea, de asemenea, Comunicarea din 1997 privind definirea pieței, punctele 20-23, cauza IV/M.1225 – Enso/Stora (JO L 254, 29.9.1999, punctul 39).
- ⁽²⁹⁾ A se vedea, de asemenea, punctul 24 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței.
- ⁽³⁰⁾ A se vedea cauza T-83/91, Tetra Pak/Comisia, EU:T:1994:246, punctul 68. Testul este, de asemenea, cunoscut drept testul SSNIP (creștere ușoară, dar semnificativă și netranzitorie a prețului). Deși testul SSNIP este doar un exemplu de metodă utilizată pentru definirea pieței relevante și în pofida caracterului său formal și econometric sau a marjei sale de eroare (așa-numita „cellophane fallacy”), importanța sa constă, în principal, în utilizarea acestuia ca instrument conceptual pentru evaluarea probelor de concurență între diferite produse sau servicii.
- ⁽³¹⁾ Cu alte cuvinte, în cazul în care elasticitatea încrucișată a cererii dintre două produse este mare, se poate concluziona că aceste produse sunt considerate de consumatori ca fiind produse substitute apropiate. În cazul în care alegerea consumatorilor este influențată de alte considerente decât creșterile de preț, testul SSNIP ar putea să nu reprezinte o modalitate de măsurare adecvată a substituibilității produsului; a se vedea cauza T-25/99, Colin Arthur Roberts și Valérie Ann Roberts/Comisia, EU:T:2001:177. A se vedea, de asemenea, punctul 17 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței.
- ⁽³²⁾ Această ipoteză poate fi respinsă în cazul în care există indicii clare că prețul reglementat anterior nu a fost stabilit la niveluri competitive. În astfel de circumstanțe, ar putea fi adecvată utilizarea ca punct de plecare a unui preț care rezultă dintr-o versiune actualizată a modelului bazat pe cost sau a analizei comparative.

32. Este probabil ca aplicarea empirică a testului SSNIP să fie dificilă în cazul în care nu există un produs și un preț ușor accesibile. În cazul în care, în cadrul unei rețele, nu există un astfel de produs, comercial sau reglementat, însă ar exista posibilitatea, din punct de vedere tehnic și comercial, ca acesta să fie oferit (în mod potențial), ANR-urile ar trebui să ia în considerare autoaprovizionarea pe rețeaua respectivă pentru delimitarea piețelor și crearea unei piețe noționale care cuprinde autoaprovizionarea, atunci când există prejudicii aduse consumatorilor pe piața cu amănuntul și o cerere potențială pentru un astfel de produs ⁽³³⁾.

2.2. Definirea pieței de produse

33. Potrivit jurisprudenței constante, piața relevantă a produsului cuprinde toate produsele sau serviciile care sunt suficient de interschimbabile sau substituibile, nu numai în ceea ce privește caracteristicile lor obiective, prețurile lor sau utilizarea care le este destinată, dar și în ceea ce privește condițiile de concurență și/sau structura cererii și a ofertei de pe piața în cauză ⁽³⁴⁾. Produsele sau serviciile care sunt interschimbabile doar într-o măsură mică sau relativă nu fac parte din aceeași piață ⁽³⁵⁾. Prin urmare, ANR-urile ar trebui să inițieze un exercițiu de definire a pieței relevante a produsului sau a serviciului prin gruparea de produse sau servicii care sunt utilizate de consumatori în același scop (utilizare finală).
34. Deși utilizarea finală a unui produs sau serviciu este strâns legată de caracteristicile sale fizice, diferite tipuri de produse sau servicii pot fi utilizate pentru îndeplinirea aceluiași scop.
35. Substituibilitatea produselor în cadrul diferitelor servicii poate apărea prin convergența din ce în ce mai mare a varietății tehnologiilor care, deseori, permite operatorilor să ofere pachete de produse cu amănuntul similare. Utilizarea sistemelor de transmisie digitală, de exemplu, poate conduce la similități cu privire la performanța și caracteristicile serviciilor de rețea care utilizează tehnologii distincte.
36. În plus, așa-numitele servicii „over the top” (OTT) sau alte căi de comunicare legate de internet au devenit concurenți potențiali ale serviciilor tradiționale de comunicații cu amănuntul. Prin urmare, ANR-urile ar trebui să evalueze dacă aceste servicii pot, în perspectivă, înlocui parțial sau integral serviciile de telecomunicații tradiționale ⁽³⁶⁾.
37. Prin urmare, pe lângă luarea în considerare a produselor sau serviciilor ale căror caracteristici obiective, prețuri și utilizări avute în vedere le fac suficient de interschimbabile, ANR-urile ar trebui, de asemenea, să examineze, acolo unde este necesar, condițiile existente privind cererea și, după caz, substituirea din perspectiva ofertei prin aplicarea unui test al monopolistului ipotetic sau a unui test SSNIP pentru a-și finaliza analiza privind definirea pieței.

Substituirea din perspectiva cererii

38. Substituirea din perspectiva cererii permite ANR-urilor să determine produsele sau gama de produse substituibile la care clienții ar putea trece cu ușurință ca răspuns la o ipotetică creștere ușoară, dar semnificativă și netranzitorie a prețurilor relative. La stabilirea existenței substituibilității la nivelul cererii, ANR-urile ar trebui să utilizeze toate dovezile comportamentului anterior al consumatorilor și să evalueze reacția probabilă a clienților și a furnizorilor la astfel de creșteri ale prețului serviciului în cauză.
39. Posibilitatea clienților de a înlocui un produs sau un serviciu cu un altul din cauza unei creșteri ușoare, dar semnificative și netranzitorii a prețurilor relative ar putea, cu toate acestea, să fie afectată, printre altele, de costurile de schimbare semnificative. Clienții care au investit într-o tehnologie specifică sau au făcut orice alte investiții necesare pentru a beneficia de un serviciu sau a utiliza un produs pot să nu fie dispuși să suporte orice costuri suplimentare implicate în trecerea la un alt serviciu sau produs de altfel substituibile sau pot considera costurile de trecere ca fiind exagerat de ridicate. În aceeași ordine de idei, clienții furnizorilor existenți pot fi blocați prin contracte pe termen lung. În consecință, în situația în care clienții se confruntă cu costuri de transfer semnificative pentru a înlocui produsul A cu produsul B, este posibil ca aceste două produse să nu aparțină aceleiași piețe relevante.

⁽³³⁾ Nota explicativă care însoțește Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei, SWD(2014) 298, p. 18; cauza NL/2015/1727, C(2015)3078. A se vedea, de asemenea, CZ/2017/1985.

⁽³⁴⁾ Cauza C-333/94 P, Tetra Pak/Comisia, EU:C:1996:436, punctul 13, cauza 31/80, L'Oréal, EU:C:1980:289, punctul 25, cauza 322/81, Michelin/Comisia, EU:C:1983:313, punctul 37, cauza C-62/86, AkzoChemie/Comisia, EU:C:1991:286, punctul 51, cauza T-504/93, Tiercé Ladbroke/Comisia, EU:T:1997:84, punctul 81, cauza T-65/96, Kish Glass/Comisia, EU:T:2000:93, punctul 62, cauza C-475/99, Ambulanz Glöckner și Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, punctul 33. Testul privind substituibilitatea sau interschimbabilitatea suficiente a fost enunțat mai întâi de către Curtea de Justiție în cauza 6/72, Europemballage și Continental Can/Comisia, EU:C:1973:22, punctul 32, și în cauza 85/76, Hoffmann La-Roche/Comisia, EU:C:1979:36, punctul 23.

⁽³⁵⁾ Cauza C-333/94 P, Tetra Pak/Comisia, EU:C:1996:436, punctul 13, cauza 66/86, Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, punctele 39 și 40, cauza 27/76, United Brands/Comisia, EU:C:1978:22, punctele 22, 29 și 12; cauza T-229/94, Deutsche Bahn/Comisia, EU:T:1997:155, punctul 54. În cauza Tetra Pak, Curtea a confirmat că faptul că cererea pentru cutiile din carton utilizate la ambalarea sucului de fructe a fost marginală și stabilă în timp comparativ cu cererea pentru cutiile din carton utilizate la ambalarea laptelui constituia o dovadă a existenței unui nivel foarte scăzut de interschimbabilitate între sectorul ambalării laptelui și cel al ambalării altor produse, idem, punctele 13 și 15.

⁽³⁶⁾ În cazul în care nu se pot stabili modele de substituibilitate suficiente pentru a justifica includerea unor astfel de servicii OTT pe piața relevantă a produsului, ANR-urile ar trebui, cu toate acestea, să ia în considerare potențialele constrângeri concurențiale exercitate de aceste servicii în etapa evaluării PSP (a se vedea, de asemenea, cauzele CZ/2017/1985 și CZ/2012/1322 și cele menționate mai jos).

40. La nivelul pieței cu amănuntul, evoluțiile tehnologice au condus în general la concurență între platforme, întrucât s-a constatat că serviciile de vânzare cu amănuntul erau echivalente și din ce în ce mai interschimbabile⁽³⁷⁾. Pentru a stabili dacă diferite platforme angro, cum ar fi cele privind cuprul, fibra optică și cablul, ar trebui incluse într-o singură piață angro, ar trebui aplicat testul SSNIP. Având în vedere caracterul orientat către viitor al analizei, o astfel de evaluare ar trebui să țină seama de faptul că potențialii solicitanți de acces care nu furnizează încă servicii bazate pe acces nu trebuie să ia în considerare costurile de transfer atunci când își aleg platforma de acces. Această evaluare ar trebui să abordeze, de la caz la caz, importanța unei astfel de intrări pe piață, ținând seama în același timp de faptul că amploarea viitoarei intrări este, prin natura sa, dificil de prevăzut. În plus, o astfel de analiză ar trebui să ia în calcul un regim de acces competitiv ipotetic facilitat prin reglementare, fără să țină seama de impedimentele asociate schimbării furnizorului, care nu se justifică în mod obiectiv și care au fost poate mărite artificial de operatorii de rețea pentru a preveni trecerea la o nouă platformă.

Substituirea din perspectiva ofertei

41. La evaluarea domeniului de aplicare al substituirii din perspectiva ofertei, ANR-urile pot, de asemenea, să țină seama de probabilitatea ca întreprinderile care nu sunt, în prezent, active pe piața relevantă a produsului să decidă să intre pe piață, într-o perioadă scurtă de timp, în urma unei creșteri ușoare, dar semnificative și netranzitorii a prețurilor relative. Calendarul exact care urmează să fie utilizat pentru a evalua reacțiile probabile ale altor furnizori la o creștere a prețurilor relative va depinde în mod inevitabil de caracteristicile fiecărei piețe și ar trebui decis de la caz la caz. În cazurile în care costurile totale ale reorientării producției către produsul în cauză sunt relativ neglijabile, produsul poate fi inclus în definirea pieței de produse. ANR-urile vor trebui să verifice dacă un anumit furnizor ar utiliza sau ar schimba în mod efectiv activele sale de producție pentru a fabrica produsul relevant sau a oferi serviciul relevant (de exemplu, cazurile în care capacitatea de producție a furnizorilor face obiectul unor angajamente în baza unor contracte de furnizare pe termen lung etc.).
42. Ar trebui să se țină seama și de orice alte cerințe juridice sau de reglementare existente care ar putea împiedica intrarea în timp util pe piața relevantă și, prin urmare, ar descuraja substituibilitatea din perspectiva cererii.

Lațul de substituție

43. Limitele pieței relevante pot fi extinse pentru a lua în considerare produsele sau zonele geografice care, deși nu sunt substituibile în mod direct, ar trebui să fie incluse în definiția pieței datorită substituibilității lațului⁽³⁸⁾. Substituibilitatea lațului există atunci când se poate demonstra că, deși produsele A și C nu sunt substituibile în mod direct, produsul B este un substitut atât pentru produsul A, cât și pentru produsul C și, prin urmare, produsele A și C pot face parte din aceeași piață de produse, deoarece stabilirea prețurilor acestora ar putea fi limitată de substituibilitatea produsului B. Același raționament se aplică și în cazul definirii pieței geografice. Având în vedere riscul inerent de a extinde în mod nejustificat domeniul de aplicare al pieței relevante, constatările privind substituibilitatea lațului ar trebui argumentate în mod corespunzător⁽³⁹⁾.
44. În situațiile în care prețurile generațiilor anterioare sau actuale de tehnologii pot exercita o presiune asupra prețurilor generațiilor viitoare, este probabil că există un laț de substituție care să justifice gruparea tuturor generațiilor de tehnologii în aceeași piață relevantă a produsului. Având în vedere că astfel de limitări ale prețurilor vor fi în mod normal observabile pentru diferite generații de tehnologii, acestea sunt, în general, considerate ca făcând parte din aceeași piață.
45. După ce majoritatea clienților au trecut la o infrastructură mult mai performantă, un grup de utilizatori pot continua să folosească tehnologia învechită. În acest caz, ANR-urile ar trebui să aplice o abordare în materie de reglementare care nu contribuie la perpetuarea nejustificată a ciclului de captivitate prin definirea piețelor foarte restrânse.

2.3. Definirea pieței geografice

46. Odată ce a fost identificată piața relevantă a produsului, următorul pas este definirea dimensiunii geografice a acesteia. Doar atunci când a fost definită dimensiunea geografică a pieței de produse sau de servicii, o ANR poate evalua în mod corespunzător condițiile de concurență pe această piață.
47. Procesul de delimitare a piețelor geografice urmează aceleași principii ca și cele discutate în secțiunea de mai sus în ceea ce privește evaluarea substituibilității din perspectiva cererii și a ofertei ca răspuns la o creștere a prețurilor relative.

⁽³⁷⁾ În timp ce ANR-urile au observat că, în general, serviciile cu amănuntul furnizate prin rețele fixe fac parte din aceeași piață cu amănuntul indiferent de platforma de transmisie subiacentă (și anume, indiferent dacă serviciile cu amănuntul au fost furnizate prin cablu coaxial, fibră optică sau cupru), aceste autorități au constatat că, în general, serviciile cu amănuntul furnizate prin rețele fixe și mobile fac parte din piețe separate.

⁽³⁸⁾ A se vedea punctele 57 și 58 din Comunicarea din 1997 privind definirea pieței. De exemplu, substituibilitatea lațului ar putea avea loc atunci când o întreprindere care furnizează servicii la nivel național limitează prețurile practicate de întreprinderile care prestează servicii în piețe geografice distincte. Acesta ar putea fi cazul atunci când prețurile percepute de către întreprinderile care furnizează rețele de cablu în anumite zone sunt limitate de o întreprindere dominantă care operează la nivel național. A se vedea, de asemenea, cazul COMP/M.1628 – TotalFina/Elf, punctul 188.

⁽³⁹⁾ Dovezile ar trebui să indice cu claritate interdependența prețurilor la extremitățile lațului de aprovizionare. Gradul de substituibilitate între produsele relevante sau zonele geografice ar trebui să fie suficient de solid.

48. În conformitate cu jurisprudența constantă, piața geografică relevantă cuprinde o zonă în care întreprinderile implicate participă la oferta și cererea de produse sau de servicii relevante, în care condițiile de concurență sunt suficient de omogene și care poate fi deosebită de zonele învecinate în care condițiile de concurență predominante diferă în mod considerabil ⁽⁴⁰⁾. Zonele în care condițiile de concurență sunt eterogene nu constituie o piață uniformă ⁽⁴¹⁾.
49. În ceea ce privește alegerea unității geografice de la care o ANR ar trebui să își înceapă evaluarea, Comisia a menționat frecvent ⁽⁴²⁾ că ANR-urile ar trebui să se asigure că aceste unități: (a) au o dimensiune corespunzătoare, și anume suficient de mică pentru a evita variații semnificative ale condițiilor concurențiale în fiecare unitate, însă suficient de mare pentru a evita o microanaliză consumatoare de resurse și dificilă care ar putea conduce la fragmentarea pieței; (b) sunt în măsură să reflecte structura de rețea a tuturor operatorilor relevanți și (c) dispun de limite clare și stabile de-a lungul timpului.
50. În cazul în care se constată diferențe regionale, dar care nu sunt considerate a fi suficiente pentru a justifica piețe geografice diferite sau constatările unei PSP, ANR-urile pot solicita măsuri diferențiate din punct de vedere geografic ⁽⁴³⁾. Stabilitatea acestei diferențieri – în special gradul în care limita zonei concurențiale poate fi identificată în mod clar și rămâne consecventă în timp – este esențială pentru a distinge între o segmentare geografică la nivelul definiției pieței și o segmentare a măsurilor corective.
51. În sectorul comunicațiilor electronice, sfera geografică a pieței relevante a fost stabilită în mod tradițional pe baza a două criterii principale ⁽⁴⁴⁾:
- (a) zona acoperită de o rețea ⁽⁴⁵⁾; și
- (b) existența unor instrumente juridice și a altor instrumente de reglementare ⁽⁴⁶⁾.

3. EVALUAREA PSP

52. În temeiul articolului 14 alineatul (2) din Directiva 2002/21/CE, o întreprindere este considerată ca având o putere semnificativă pe piață în cazul în care, fie individual, fie împreună cu alte întreprinderi, se regăsește într-o poziție echivalentă cu poziția dominantă, respectiv o poziție de putere economică care îi permite să se comporte într-o mare măsură independent față de concurenți, clienți și consumatori ⁽⁴⁷⁾.

3.1. PSP individuală

53. Constatarea unei PSP individuale este întemeiată pe o serie de criterii, care sunt evaluate mai jos, în lumina cerințelor specificate la articolul 16 din Directiva 2002/21/CE, astfel cum se prevede la punctul 13 din prezentele orientări.
54. Atunci când se ia în considerare puterea de piață a unei întreprinderi, este important să se țină seama de cota de piață a întreprinderii ⁽⁴⁸⁾ și de concurenții săi, precum și de constrângerile exercitate de concurenții potențiali pe termen mediu. Cotele de piață pot oferi ANR-urilor o primă indicație utilă în legătură cu structura pieței și cu importanța relativă a diferiților operatori activi pe piață. Cu toate acestea, Comisia va interpreta cotele de piață prin prisma condițiilor de piață relevante și, în special, a dinamicii pieței și a gradului de diferențiere a produselor ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cauza United Brands, op. cit., punctul 44, cauza Michelin/Comisia, op. cit., punctul 26, cauza 247/86, Alsattel/Novasam, EU:C:1988:469, punctul 15; cauza Tiercé Ladbroke/Comisia, op. cit., punctul 102.

⁽⁴¹⁾ Cauza Deutsche Bahn/Comisia, op. cit., punctul 92. Cauza T-139/98, AAMS/Comisia, EU:T:2001:272, punctul 39.

⁽⁴²⁾ A se vedea, de exemplu, secțiunea 2.5 din Nota explicativă care însoțește Recomandarea 2014/710/UE, SWD(2014) 298.

⁽⁴³⁾ Nota explicativă care însoțește Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei, SWD(2014) 298, p. 14. A se vedea, de asemenea, CZ/2012/1322.

⁽⁴⁴⁾ A se vedea, de exemplu, cauza IV/M.1025 – Mannesmann/Olivetti/Infostrada, punctul 17, și cazul COMP/JV.23 – Telefónica/Portugal Telecom/Médi Telecom.

⁽⁴⁵⁾ În practică, această zonă va corespunde limitelor zonei în care un operator este autorizat să funcționeze. În cazul COMP/M.1650 – ACEA/Telefónica, Comisia a arătat că, întrucât întreprinderea comună notificată ar avea o licență limitată la zona Roma, piața geografică ar putea fi definită ca locală, punctul 16.

⁽⁴⁶⁾ De exemplu, operatorii de telefonie mobilă pot oferi servicii de telefonie mobilă doar în zonele geografice pentru care au primit autorizații pentru utilizarea spectrului de frecvențe radio, contribuind astfel la dimensiunea geografică a piețelor relevante; a se vedea cauza IV/M.1439 – Telia/Telenor, punctul 124, cauza IV/M.1430 – Vodafone/Airtouch, punctele 13-17, cazul COMP/JV.17 – Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, punctul 15.

⁽⁴⁷⁾ Această definiție corespunde celei pe care jurisprudența o atribuie noțiunii de poziție dominantă în sensul articolului 102 din tratat. A se vedea cauza United Brands, op. cit., punctul 65; cauza Hoffmann-La Roche/Comisia, op. cit., punctul 38.

⁽⁴⁸⁾ În ceea ce privește valoarea, volumul, liniile de conectare, numărul de abonați, după caz, pe o anumită piață.

⁽⁴⁹⁾ A se vedea punctul 13 din Comunicarea Comisiei – Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante.

55. În conformitate cu jurisprudența constantă, o cotă de piață foarte mare deținută de o întreprindere pentru o anumită perioadă – de peste 50 % – este în sine, cu excepția unor circumstanțe excepționale, dovada existenței unei poziții dominante ⁽⁵⁰⁾. Experiența arată că cu cât este mai mare cota de piață și cu cât este mai lungă perioada de timp în care este deținută, cu atât este mai probabil că aceasta constituie un important indicator preliminar al PSP ⁽⁵¹⁾.
56. Cu toate acestea, este posibil ca și o întreprindere cu o cotă de piață ridicată să nu poată fi capabilă să acționeze, în mare măsură, în mod independent față de clienții cu o putere de negociere suficientă ⁽⁵²⁾. În plus, faptul că o întreprindere cu o poziție solidă pe piață își pierde treptat cota de piață poate indica faptul că piața devine mai competitivă, însă nu împiedică constatarea unei PSP. Fluctuația semnificativă a cotei de piață de-a lungul timpului poate fi un indiciu al unei lipse de putere de piață pe piața relevantă. Capacitatea unui operator nou de a își spori cota de piață în mod rapid poate reflecta, de asemenea, faptul că piața relevantă în cauză este mai competitivă și că barierele la intrare ⁽⁵³⁾ pot fi depășite într-un interval de timp rezonabil ⁽⁵⁴⁾.
57. În cazul în care cota de piață este ridicată ⁽⁵⁵⁾, însă sub pragul de 50 %, ANR-urile ar trebui să recurgă la alte caracteristici structurale esențiale ale pieței pentru evaluarea PSP. Acestea ar trebui să realizeze o evaluare structurală aprofundată a caracteristicilor economice ale pieței relevante înainte de a trage orice concluzie cu privire la existența unei PSP.
58. Următoarele criterii neexhaustive sunt relevante pentru a măsura puterea de piață a unei întreprinderi de a se comporta într-o măsură apreciabilă independent de concurenții, clienții și consumatorii săi ⁽⁵⁶⁾:
- barierele la intrare;
 - barierele în calea extinderii;
 - mărimea absolută și relativă a întreprinderii;
 - controlul infrastructurii dificil de duplicat;
 - avantajele sau superioritatea tehnologică și comercială;
 - puterea de cumpărare compensatorie redusă sau inexistentă;
 - accesul ușor sau privilegiat la piețe de capital/resurse financiare;
 - diversificarea produselor/serviciilor (de exemplu, produsele sau serviciile grupate);
 - economiile de scară;
 - economiile de gamă;
 - efectele de rețea directe și indirecte ⁽⁵⁷⁾;

⁽⁵⁰⁾ Cauza AKZO Chemie/Comisia, op. cit., punctul 60; cauza T-228/97, Irish Sugar/Comisia, EU:T:1999:246, punctul 70, cauza Hofmann-La Roche/Comisia, op. cit., punctul 41, cauza AAMS și alții/Comisia, op. cit., punctul 51. Cu toate acestea, cotele de piață ridicate pot funcționa ca un indicator corect numai în ipoteza în care concurenții nu sunt în măsură să își extindă producția cu un volum suficient pentru a răspunde reorientării cererii care rezultă din creșterea prețului unei întreprinderi rivale. Cauza Irish Sugar/Comisia, op. cit., punctele 97-104.

⁽⁵¹⁾ A se vedea punctul 15 din Comunicarea Comisiei – Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante.

⁽⁵²⁾ A se vedea punctul 18 din Comunicarea Comisiei – Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante.

⁽⁵³⁾ Barierele la intrarea în acest sector pot fi structurale, juridice sau de reglementare. Barierele structurale la intrare sunt determinate de caracteristicile inițiale privind costurile sau cererea, care creează condiții asimetrice între operatorii tradiționali și cei noi, stânjenind sau împiedicând intrarea pe piață a celor din urmă. Barierele juridice sau de reglementare nu sunt determinate de condiții economice, ci rezultă în urma unor măsuri legislative, administrative sau de alt tip care au un efect direct asupra condițiilor de intrare și/sau asupra poziționării operatorilor pe piața relevantă. A se vedea Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei.

⁽⁵⁴⁾ Cazul COMP/M.5532 – Carphone Warehouse/TiscaliUK.

⁽⁵⁵⁾ Experiența Comisiei sugerează că o poziție dominantă este puțin probabilă în cazul în care cota de piață a întreprinderii este mai mică de 40 % pe piața relevantă. Cu toate acestea, pot exista cazuri specifice sub acest prag în care concurenții nu sunt în măsură să constrângă, în mod eficient, comportamentul unei întreprinderi dominante. A se vedea cauza United Brands, op. cit. și cazul COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁵⁶⁾ Cauzele NL/2017/1958-59 și NL/2017/1960. A se vedea cauza PT/2017/2023.

⁽⁵⁷⁾ Efectele de rețea directe sunt prezente atunci când valoarea unui bun sau serviciu pentru un consumator rezultă din utilizarea sporită a unui astfel de bun/serviciu de către alte persoane. Efectele de rețea indirecte apar atunci când o astfel de valoare sporită rezultă din utilizarea sporită a unui bun sau serviciu complementar.

- integrarea verticală;
- o rețea de distribuție și de vânzări foarte dezvoltată;
- încheierea unor contracte de acces pe termen lung și sustenabile;
- angajarea în relații contractuale cu alți actori de pe piață care ar putea conduce la împiedicarea accesului pe piață ⁽⁵⁸⁾;
- absența concurenței potențiale.

Dacă sunt luate separat, criteriile de mai sus pot să nu fie neapărat determinante cu privire la constatarea unei PSP. O astfel de constatare trebuie să se bazeze pe o combinație de factori.

59. Constatarea unei PSP depinde de o evaluare în ceea ce privește ușurința intrării pe piață. În sectorul comunicațiilor electronice, barierele la intrare sunt adesea semnificative, în special, din cauza existenței unor bariere tehnologice, precum penuria spectrului, care pot limita spectrul disponibil sau, în cazul în care, pentru a fi profitabilă, intrarea pe piața relevantă necesită investiții mari de infrastructură și planificarea capacităților pe o perioadă îndelungată ⁽⁵⁹⁾.
60. Cu toate acestea, barierele semnificative la intrare pot deveni mai puțin relevante în ceea ce privește piețele caracterizate prin progresul tehnologic continuu, în special, datorită apariției unor noi tehnologii care permit operatorilor noi să furnizeze servicii diferite din punct de vedere calitativ care pot reprezenta o provocare pentru operatorul care deține o PSP ⁽⁶⁰⁾. Pe piețele comunicațiilor electronice, constrângerile concurențiale sunt generate de amenințările în materie de inovare din partea unor concurenți potențiali care nu sunt încă prezenți pe piață.
61. ANR-urile ar trebui, prin urmare, să ia în considerare probabilitatea că întreprinderile care nu sunt, în prezent, active pe piața relevantă a produsului pot decide, pe termen mediu, să intre pe piață. Întreprinderile care, în cazul unei majorări a prețurilor, sunt în măsură să își reorienteze sau extindă domeniile de producție/serviciile și să intre pe piață ar trebui considerate de către ANR-uri drept participanți potențiali pe piață, chiar dacă, în prezent, nu produc produsul relevant sau nu furnizează serviciul relevant.
62. Intrarea pe piață este mai probabilă atunci când potențialii operatori noi sunt deja prezenți pe piețele învecinate ⁽⁶¹⁾ sau furnizează servicii care sunt relevante pentru a furniza sau a concura serviciile cu amănuntul relevante ⁽⁶²⁾. Capacitatea de a realiza nivelul minim al operațiunilor într-un mod eficient din punctul de vedere al costurilor poate fi esențială pentru a stabili dacă intrarea pe piață este probabilă și sustenabilă ⁽⁶³⁾.
63. ANR-urile ar trebui, de asemenea, să ia în considerare cu atenție economiile de scară și de gamă, efectele de rețea, importanța accesării resurselor limitate și costurile nerecuperabile legate de extinderea rețelilor.
64. În plus, ANR-urile ar trebui să analizeze dacă puterea de piață a unui operator tradițional poate fi limitată (din punct de vedere al prețului) de produse sau servicii din afara pieței relevante și a pieței (piețelor) cu amănuntul subiacente, cum ar fi operatorii OTT care funcționează pe baza furnizării de servicii de comunicații online. În consecință, chiar și în cazul în care o ANR a considerat că limitările care provin de la aceste produse și servicii la nivelul pieței cu amănuntul nu sunt suficient de puternice pentru ca piața cu amănuntul să fie efectiv concurențială sau nu sunt suficient de puternice pentru a acționa ca o limitare indirectă privind furnizarea de servicii angro (în scopul definirii pieței angro), posibilele limitări ar trebui încă evaluate în etapa evaluării PSP ⁽⁶⁴⁾. Având în vedere că, în prezent, furnizorii de servicii OTT nu furnizează ei înșiși servicii de acces, aceștia nu exercită în general o presiune concurențială asupra piețelor de acces.

⁽⁵⁸⁾ În special, acordurile de roaming, acordurile de partajare a rețelei, precum și acordurile de coinvestiții care nu sunt accesibile terților și care ar putea, printre altele, să elimine un partener comercial independent cu care poate colabora operatorul mai mic. A se vedea cazul COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁵⁹⁾ Cauza Hoffmann-La Roche/Comisia, op. cit., punctul 48. Economii de scară și costurile nerecuperabile reprezintă cele mai importante tipuri de bariere la intrarea pe piață. Aceste bariere sunt în special relevante pentru sectorul comunicațiilor electronice, având în vedere faptul că sunt necesare investiții mari pentru a crea, de exemplu, o rețea de comunicații electronice eficientă pentru furnizarea de servicii de acces și este probabil ca o mică parte din costuri să poată fi recuperate dacă un operator nou decide să iasă de pe piață.

⁽⁶⁰⁾ Cazul COMP/M.5532 – Carphone Warehouse/Tiscali UK, cazul COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus și cazul COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁶¹⁾ Cazul COMP/M.1564 – Astrolink JV.

⁽⁶²⁾ Cazul COMP/M.1564 – Astrolink JV.

⁽⁶³⁾ Cazul COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁶⁴⁾ Cauza FR/2014/1670.

3.2. PSP comună

65. Definiția a ceea ce constituie o poziție de dominanță comună în dreptul concurenței este furnizată de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a evoluat de-a lungul timpului. Conceptul privind o PSP comună trebuie definit pe aceeași bază. O poziție dominantă poate fi deținută de mai multe întreprinderi, care sunt, din punct de vedere juridic și economic, independente una de cealaltă, cu condiția ca – din punct de vedere economic – acestea să se prezinte sau să acționeze împreună pe o anumită piață ca o entitate colectivă⁽⁶⁵⁾. În cauza Gencor⁽⁶⁶⁾, Curtea a examinat modul în care caracteristicile corespunzătoare ale pieței ar putea conduce la o relație de interdependență între părți, care să le permită să își anticipateze reciproc comportamentul. Astfel cum este precizat în mod clar în cauza Airtours⁽⁶⁷⁾, existența unui acord sau a altor legături juridice nu este indispensabilă pentru constatarea unei poziții dominante colective. O astfel de constatare se poate baza pe alte elemente de legătură și ar depinde de o apreciere economică și, în special, de o evaluare a structurii pieței⁽⁶⁸⁾.
66. Există o poziție dominantă colectivă în cazul în care, ținând seama de caracteristicile reale ale pieței relevante, fiecare membru al oligopolului dominant respectiv, devenind conștient de interesele comune, ar considera drept posibil, rațional din punct de vedere economic și, prin urmare, preferabil, să adopte – în mod durabil – aceeași linie de conduită pe piață în scopul de a vinde la prețuri mai mari decât prețurile concurențiale, fără să fie nevoit să încheie un acord sau să recurgă la o practică concertată în sensul articolului 101 din tratat și fără ca actualii sau potențialii concurenți, clienți și consumatori să poată reacționa în mod eficient⁽⁶⁹⁾.
67. Tribunalul a statuat în cauza Airtours că este necesară îndeplinirea a trei condiții cumulative pentru constatarea existenței unei poziții dominante colective, astfel cum este definită⁽⁷⁰⁾:
- în primul rând, fiecare membru al oligopolului dominant trebuie să fie în măsură să cunoască modul în care se comportă ceilalți membri, pentru a verifica dacă aceștia adoptă sau nu o politică comună. Nu este suficient ca fiecare membru al oligopolului dominant să fie conștient că comportamentul interdependent pe piață este profitabil pentru toți membrii, însă fiecare membru trebuie să aibă, de asemenea, un mijloc pentru a putea afla dacă ceilalți operatori adoptă aceeași strategie și dacă o mențin. Prin urmare, trebuie să existe suficientă transparență pe piață pentru ca toți membrii oligopolului dominant să cunoască, în mod suficient de precis și rapid, modul în care evoluează comportamentul pe piață al celorlalți membri;
 - în al doilea rând, situația de coordonare tacită trebuie să fie durabilă în timp, cu alte cuvinte, trebuie să existe un stimulent pentru a nu se abate de la politica comună pe piață. Membrii oligopolului dominant pot obține cu toții beneficii numai dacă își mențin comportamentul paralel. Noțiunea de măsuri de retorsiune pentru un comportament care se abate de la politica comună este, prin urmare, inerentă acestei condiții. Pentru ca o situație de poziție dominantă colectivă să fie viabilă, trebuie să existe măsuri disuasive adecvate pentru a se asigura că există un stimulent pe termen lung pentru a nu devia de la politica comună, ceea ce înseamnă că fiecare membru al oligopolului dominant trebuie să știe că o acțiune puternic concurențială din partea sa, destinată creșterii cotei sale de piață, ar provoca acțiuni identice din partea celorlalți, astfel încât acesta nu ar obține niciun avantaj din inițiativa sa;
 - în al treilea rând, pentru a demonstra existența unei poziții dominante la un standard juridic corespunzător, trebuie de asemenea să se stabilească faptul că reacția previzibilă a concurenților actuali și viitori, precum și a clienților, nu ar periclita rezultatele așteptate de pe urma politicii comune.
68. În cauza Impala II⁽⁷¹⁾, Curtea de Justiție a confirmat că prin aceste criterii pot fi identificate condițiile în care este cel mai probabil să apară coordonarea tacită. Potrivit Curții de Justiție, o astfel de coluziune tacită este mai probabilă în cazul în care concurenții pot ajunge ușor la o percepție comună asupra modului de funcționare a coordonării și, în special, a parametrilor care ar putea deveni punctul focal⁽⁷²⁾ al coordonării avute în vedere. În același timp, Curtea a indicat necesitatea de a se evita un demers mecanic constând în a verifica separat fiecare dintre criteriile menționate luate în mod individual, ignorând mecanismul economic global al unei coordonări tacite ipotetice⁽⁷³⁾. Caracteristicile pieței trebuie evaluate în raport cu acest mecanism de coordonare ipotetic.

⁽⁶⁵⁾ Cauza C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, punctele 35 și 36.

⁽⁶⁶⁾ Cauza T-102/96, *Gencor Ltd/Comisia*, EU:T:1999:65, punctul 163.

⁽⁶⁷⁾ Cauza T-342/99, *Airtours plc/Comisia*, EU:T:2002:146.

⁽⁶⁸⁾ *Compagnie Maritime Belge*, punctul 45.

⁽⁶⁹⁾ Cauza T-342/99, *Airtours plc/Comisia*, EU:T:2002:146, punctul 61; cauza C-413/06, *Impala II*, EU:C:2008:392, punctul 122.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, punctul 62.

⁽⁷¹⁾ Cauza *Impala II*, punctul 123.

⁽⁷²⁾ Care este considerată ca reprezentând înțelegerea tacită în ceea ce privește condițiile coordonării dintre întreprinderile aflate în poziție dominantă comună, o soluție pe care operatorii aflați într-o coluziune tacită vor tinde să o adopte în circumstanțele specifice ale pieței și care, pentru a fi aplicată, necesită o transparență a pieței. A se vedea punctul 123 din hotărârea în cauza *Impala II*.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, punctul 125.

69. În acest context, atunci când stabilesc dacă două sau mai multe întreprinderi de pe o piață relevantă dețin o PSP comună, pentru a decide dacă să impună acestora obligații de reglementare *ex ante*, ANR-urile trebuie să efectueze o analiză a evoluțiilor probabile în cursul următoarei perioade de revizuire⁽⁷⁴⁾. Acestea trebuie să analizeze dacă, în lumina tuturor considerațiilor, condițiile de piață ar fi favorabile unui mecanism de coordonare tacită, pe baza testului economic prevăzut de Curte. Astfel cum este prevăzut în considerentul 26 din Directiva 2002/21/CE, se poate considera că două sau mai multe întreprinderi beneficiază de o poziție dominantă, nu numai în cazul în care există legături structurale sau de alt tip între ele, ci și în cazul în care structura pieței relevante este favorabilă unor efecte coordonate.
70. O analiză prospectivă trebuie să țină seama de evoluțiile preconizate sau previzibile ale pieței în cursul următoarei perioade de revizuire pentru a stabili dacă o coluziune tacită este rezultatul probabil al pieței. Probabilitatea elementelor testului economic prevăzut de Curte trebuie stabilită ținând cont de structurile pieței și de orice dovezi disponibile privind comportamentul pe piață, care ar fi favorabile dezvoltării mecanismului ipotetic de coordonare și atingerii unui echilibru de coluziune tacită. Un mecanism postulat trebuie analizat ca făcând parte dintr-o teorie plauzibilă de coordonare tacită⁽⁷⁵⁾, inclusiv considerațiile în ceea ce privește dovezile și datele disponibile, precum și considerațiile ipotetice. După cum se poate deduce din jurisprudența citată mai sus, ar trebui evitată o abordare bazată pe o „listă de verificare”.
71. Ca și în cazul orientărilor Comisiei privind concentrările orizontale⁽⁷⁶⁾, toate informațiile relevante disponibile cu privire la caracteristicile piețelor respective, incluzând atât caracteristicile structurale, cât și comportamentul anterior al participanților pe piață, trebuie luate în considerare într-o analiză prospectivă.
72. Ajungerea la o înțelegere comună cu privire la comportamentul coordonat este, în general, mai ușor de realizat în medii economice mai puțin complexe și mai stabile. Având în vedere faptul că, în general, coordonarea între mai puțini actori este mai simplă, ar putea fi relevantă în special analizarea numărului de participanți pe piață. În plus, ar putea fi mai ușor să se ajungă la o înțelegere comună cu privire la condițiile coordonării dacă poate fi observată o simetrie relativă, în special în ceea ce privește structurile costurilor, cotele de piață, nivelurile capacităților, inclusiv acoperirea, nivelurile de integrare verticală și capacitatea de a reproduce pachete.
73. Transparența prețurilor poate fi asumată mai ușor în cazul piețelor de masă cu amănuntul, iar omogenitatea produselor poate spori nivelul de transparență, dar chiar și complexitatea tarifelor și a produselor la nivelul pieței cu amănuntul poate fi redusă prin instituirea unor norme de stabilire a prețurilor mai simple, cum ar fi identificarea unui număr redus de produse de referință emblematice. Pe piețele comunicațiilor electronice cu o penetrare aproape completă a conexiunilor mobile și fixe, volatilitatea cererii are tendința să fie scăzută și noii clienți pot fi obținuți numai de la alți actori de pe piață, ceea ce conduce la creșterea transparenței în ceea ce privește cotele de piață⁽⁷⁷⁾.
74. În ceea ce privește previziunile privind datele actuale și evoluțiile viitoare cele mai probabile, ANR-urile ar trebui să le efectueze în temeiul unei abordări Greenfield modificate, astfel cum se menționează la punctul 17, care prevede că efectele oricărei reglementări pe baza puterii de piață semnificative existente trebuie excluse din evaluare⁽⁷⁸⁾.
75. Tipul de probe disponibile pentru ANR-uri pe piețele care sunt reglementate la momentul analizei va avea o natură diferită față de dovezile disponibile pe piețele care nu sunt reglementate. Cu toate acestea, ANR-urile ar putea fi în continuare în măsură să aducă dovezi privind structura pieței și comportamentul, de exemplu în cazurile în care este posibil ca reglementările în vigoare să nu fi soluționat pe deplin disfuncționalitățile constatate ale pieței. Aceasta nu înseamnă că nivelul probatoriu ar trebui să fie mai redus sau că mecanismul de coordonare tacită care este presupus ar trebui să fie diferit.
76. Având în vedere cele menționate la punctul 15, atunci când evaluează prezența PSP comune pentru a stabili dacă să impună reglementarea *ex ante*, ANR-urile pot, prin urmare, să ia în considerare toate circumstanțele pieței pentru a stabili faptul că o coluziune tacită este probabil să apară ca rezultat al pieței, în absența reglementării *ex ante*, în cazul în care (i) aceste condiții sunt compatibile cu teoria privind coluziunea tacită avansată de către ANR și (ii) atunci când sunt evaluate, acestea sunt considerate ca relevante pentru a explica faptul că piața este favorabilă comportamentului ipotetic de coluziune tacită descris, pe baza unei analize integrate, în conformitate cu criteriile stabilite în cauza Airtours, confirmate și clarificate ulterior în cauzele Impala.

⁽⁷⁴⁾ Ibidem, punctul 123.

⁽⁷⁵⁾ Ibidem, punctul 130.

⁽⁷⁶⁾ Orientări privind evaluarea concentrărilor orizontale în temeiul Regulamentului Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO C 31, 5.2.2004, p. 5).

⁽⁷⁷⁾ În contextul fuziunilor, aceste considerații cu privire la piața comunicațiilor electronice au fost discutate în detaliu, de exemplu în cazul COMP M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV.

⁽⁷⁸⁾ A se vedea cauza SI/2009/0913, în care Comisia a clarificat faptul că această abordare este potrivită pentru a evalua prezența pe o piață a condițiilor favorabile unei coluziuni tacite în prezența reglementărilor existente pe baza unei PSP individuale, afirmând că „ceea ce contează este situația care ar predomina în lipsa unor obligații de reglementare impuse Mobitel pe această piață specifică (abordare Greenfield modificată).”

77. Analiza PSP comune trebuie să țină seama de particularitățile sectorului comunicațiilor electronice, în special de faptul că, datorită legăturilor care există de obicei între piețele cu ridicata și cele cu amănuntul, mecanismul economic al coluziunii tacite nu este limitat la nivelul comerțului cu ridicata, ci ar trebui evaluat cu luarea în considerare a interacțiunii dintre cele două niveluri. În acest sens, punctul (punctele) focal(e) poate (pot) fi identificat(e) fie la nivelul pieței cu amănuntul, fie la cel al pieței cu ridicata, iar măsurile de retorsiune pot avea loc în cadrul pieței (piețelor) angro și al celor cu amănuntul din aval care sunt conectate din punct de vedere funcțional, precum și în cadrul piețelor cu amănuntul conexe, sau chiar în afara acestora dacă membrii oligopolului sunt prezenți pe aceste piețe și interacționează în cadrul acestora.
78. Astfel cum a precizat Curtea de Justiție în cauza Impala II, pe lângă transparența pieței, o structură a pieței care favorizează coluziunea tacită poate fi, de asemenea, caracterizată prin concentrarea pieței și omogenitatea produsului⁽⁷⁹⁾. Alte caracteristici care pot conduce la aceeași concluzie pot fi extrapolate din jurisprudența sau deciziile de reglementare anterioare. O listă neexhaustivă a caracteristicilor pieței pe care ANR-urile le pot lua în considerare în evaluarea lor de la caz la caz include, cu titlu de exemplu, cotele de piață, elasticitatea cererii, integrarea verticală, compatibilitățile în materie de costuri și producție, o acoperire a rețelei cuprinzătoare, nivelurile rentabilității și venitului mediu pe utilizator (ARPU), simetria relativă a operatorului și similaritatea aferentă a operațiunilor cu amănuntul. Cu toate acestea, nu se sugerează o listă exhaustivă. În plus, relevanța acestor parametri ar trebui stabilită și evaluată de la caz la caz și ar trebui să se țină seama de circumstanțele naționale. În cazul în care ANR-urile doresc să utilizeze parametri pe baza practicilor *ex post* în materie de concurență sau a examinării concentrărilor economice, ar trebui să facă acest lucru ținând seama de particularitățile reglementării *ex ante* în sectorul comunicațiilor electronice⁽⁸⁰⁾, cu scopul de a identifica, în circumstanțe specifice, dacă caracteristicile pieței relevante sunt de așa natură încât fiecare membru al oligopolului dominant consideră că este posibil, rațional din punct de vedere economic și, în consecință, preferabil, să adopte – în mod durabil – o politică comună privind comportamentul lor pe piață⁽⁸¹⁾.

Transparența

79. Pe baza orientărilor stabilite la punctele 72, 73 și 77, instituirea unei politici comune pe care să se bazeze comportamentul viitor constituie un punct de plecare pentru constatarea unei PSP comune.
80. Atunci când se stabilește dacă o piață este suficient de transparentă pentru a permite o coordonare tacită, ar trebui să se examineze dacă operatorii de pe piață au o motivație puternică de a converge către un rezultat coordonat și identificabil al pieței și de a evita să se bazeze pe un comportament concurențial. Acesta este cazul atunci când beneficiile pe termen lung ale comportamentului anticoncurențial depășesc orice câștiguri pe termen scurt care rezultă din comportamentul concurențial. Astfel cum se prevede la punctul 78, punerea în aplicare și menținerea unei coordonări tacite este facilitată de anumite caracteristici ale pieței care pot face ca o anumită piață să fie mai predispusă la coordonare.
81. În circumstanțele specifice ale comunicațiilor electronice, care se confruntă cu bariere semnificative la intrarea pe piață și costuri nerecuperabile ridicate, operatorii noi sunt stimulați să își sporească cota de piață pentru a se asigura că își pot recupera costurile. Pe de altă parte, simetria cotelor de piață nu este necesară pentru ca un stimulent să conducă la o coluziune tacită, atât timp cât a fost realizat un nivel minim⁽⁸²⁾ sau structurile de cost sunt comparabile⁽⁸³⁾.
82. În contextul evaluării existenței unei puteri semnificative pe piață colective și fără a aduce atingere criteriilor descrise la punctul 67 de mai sus, o aliniere strânsă a prețurilor pe o perioadă lungă de timp, în special în cazul în care acestea sunt peste nivelul concurențial, împreună cu alți factori tipici unei poziții dominante colective, ar putea, în lipsa unei alte explicații rezonabile, să fie suficienți pentru a demonstra existența unei poziții dominante colective, chiar dacă nu există o dovadă directă solidă privind o transparență puternică a pieței, în condițiile în care se presupune că o astfel de transparență există în asemenea împrejurări⁽⁸⁴⁾. Examinarea acestor circumstanțe trebuie efectuată cu precauție și, mai presus de toate, ar trebui să adopte o abordare bazată pe analiza strategiilor de coordonare plauzibile care pot exista în circumstanțele date⁽⁸⁵⁾. În special, în scopul reglementării *ex ante* în sectorul comunicațiilor electronice, constatarea unei coordonări preexistente, astfel cum este descrisă mai sus, nu reprezintă o condiție prealabilă, însă poate fi relevantă în special în cazul în care caracteristicile pieței nu s-au schimbat în mod semnificativ și/sau este puțin probabil ca acest lucru să se întâmple în următoarea perioadă de revizuire.

⁽⁷⁹⁾ Cauza Impala II, punctul 121.

⁽⁸⁰⁾ Evaluarea în sensul reglementării *ex ante* necesită un cadru specific de analiză în ceea ce privește anumite aspecte, cum ar fi necesitatea menționată mai sus de a ignora reglementările în vigoare, necesitatea de a ține seama de un termen specific al regulamentului sau lipsa unui anumit scenariu contrafactual binar care este prezent în analiza unei fuziuni.

⁽⁸¹⁾ Cauza Airtours plc/Comisia, op. cit., punctul 61; cauza C-413/06, Impala II, EU:C:2008:392, punctul 122.

⁽⁸²⁾ Aceasta ar trebui evaluată în conformitate cu circumstanțele naționale și piața relevantă în cauză, ținând cont de necesitatea promovării unei intrări pe piață eficace. A se vedea, de exemplu, anexa la Recomandarea 2009/396/CE a Comisiei din 7 mai 2009 cu privire la reglementarea tarifelor de terminare a apelurilor telefonice în rețele fixe și în rețele mobile în UE (JO L 124, 20.5.2009, p. 67).

⁽⁸³⁾ Cauza ES/2005/0330.

⁽⁸⁴⁾ Cauza T-464/04, Impala I, EU:T:2006:216, punctul 252.

⁽⁸⁵⁾ Cauza Impala II, punctul 129.

83. În cazul în care, la elaborarea evaluării prospective privind dinamica probabilă a pieței în următoarea perioadă de revizuire, ANR-urile iau în considerare comportamentele anterioare, acestea ar trebui să fie conștiente de faptul că, chiar și în cazul în care există reglementare, simpla impunere a unor produse de acces la nivel angro cu prețuri controlate nu poate constitui o explicație suficientă privind o aliniere a prețurilor observată pe o perioadă lungă de timp la nivelul pieței cu amănuntul. În lipsa unei alte explicații rezonabile, o astfel de aliniere poate fi un semn al unui comportament de coluziune tacită, dacă sunt prezenți alți factori tipici pentru o poziție dominantă colectivă. Pe lângă obligațiile de reglementare privind stabilirea nivelurilor prețurilor, alte explicații rezonabile ar putea fi, de exemplu, de natură economică, dacă nivelurile prețurilor pot fi justificate având în vedere structurile de costuri pe o piață concurențială.
84. În plus, pentru a evalua criteriul privind transparența, în circumstanțele specifice ale reglementării *ex ante* a piețelor comunicațiilor electronice, în care barierele la intrare pentru operatorii noi sunt de regulă semnificative, un refuz din partea proprietarilor rețelei de a oferi acces cu ridicata în condiții rezonabile poate constitui un punct focal potențial al unei politici comune adoptate de membrii unui oligopol. Un astfel de refuz din partea operatorilor de rețea poate, prin urmare, indica existența unei politici comune, care este luată în considerare alături de alți factori atunci când se realizează o analiză comună a PSP. Un punct focal bazat pe refuzul accesului poate fi observat în cazul unor operatori care nu sunt supuși unor obligații de acces *ex ante* sau poate fi prevăzut în cazul operatorilor care sunt supuși unor astfel de obligații la data analizei, dacă sunt îndeplinite anumite condiții. Astfel de condiții includ un stimulent partajat privind menținerea unor chirii semnificativ sau anormal de mari (profituri) pe piețele din aval sau cu amănuntul conexe, pe care ANR-urile le consideră a fi disproporționate față de investițiile realizate și riscurile suportate⁽⁸⁶⁾, sau alte tipuri de politici comune care nu sunt legate de prețuri pe o piață care favorizează o coordonare tacită incompatibilă cu o piață cu amănuntul care funcționează în mod corespunzător, astfel cum se precizează în hotărârea Curții în cauza Impala II⁽⁸⁷⁾, acestea constituind de asemenea o dovadă a faptului că refuzul accesului reprezintă un punct focal credibil. De asemenea, ar fi relevant să se evalueze dacă operatorul în cauză dispune de un spațiu suficient pentru a justifica furnizarea unui serviciu cu ridicata unor terți.

Sustenabilitate

85. Pentru ca politica comună să fie sustenabilă în timp, trebuie să existe un stimulent pentru ca fiecare membru al oligopolului să nu se abată de la condițiile coordonării. Acest aspect rezultă din faptul că membrii oligopolului dominant pot beneficia numai dacă își mențin cu toții comportamentul paralel. Existența unei amenințări credibile privind măsuri de retorsiune pentru a împiedica abaterea este o cerință necesară pentru a se asigura că mecanismul de coordonare rămâne credibil în timp.
86. În ceea ce privește necesitatea de a se recurge la exercitarea unei sancțiuni, Tribunalul a clarificat că simpla existență a unui mecanism de descurajare eficient este, în principiu, suficientă, având în vedere că, în cazul în care membrii oligopolului se conformează politicii comune, nu este necesar să se recurgă la exercitarea unei sancțiuni. Cel mai eficient mecanism de descurajare este acela care nu a fost utilizat⁽⁸⁸⁾.
87. Această clarificare este deosebit de relevantă, de exemplu, în cazurile în care o ANR consideră că punctul focal al coluziunii tacite la nivelul comerțului cu ridicata constă într-un refuz (implicit) de acces la nivel angro⁽⁸⁹⁾ și în care operațiunile de vânzare angro sunt, de regulă, limitate. În astfel de cazuri, ANR-urile nu trebuie să stabilească faptul că măsurile de retorsiune ar consta în încheierea unui alt acord de acces de către celălalt (ceilalți) operator(i) aflat (aflați) într-o coluziune tacită, însă pot identifica un alt mecanism⁽⁹⁰⁾ de retorsiune credibil pe piața (piețele) cu amănuntul subiacentă (subiacente) sau conexă (conexe) (precum războaie ale prețurilor pe termen scurt)⁽⁹¹⁾. Considerațiile legate de portabilitate și rata de pierdere a clienților⁽⁹²⁾ în circumstanțele specifice ar putea oferi elemente suplimentare privind presupusa reacție a consumatorilor la modificările de preț și ar putea ajuta ANR-urile să estimeze probabilitatea ca măsurile de retorsiune la nivelul pieței cu amănuntul să fie eficiente⁽⁹³⁾.
88. Credibilitatea unei amenințări (unui mecanism) de sancționare și/sau aplicarea acesteia (acestui) trebuie analizate de către ANR-uri de la caz la caz.

⁽⁸⁶⁾ Cauza ES/2005/0330.

⁽⁸⁷⁾ Cauza Impala II, punctul 121. A se vedea, de asemenea, această notă explicativă, secțiunea „Eșecuri ale pieței la nivelul comerțului cu amănuntul”.

⁽⁸⁸⁾ Cauza Impala I, punctul 466.

⁽⁸⁹⁾ Accesul care ar permite unui solicitant de acces să concureze în mod eficace la nivelul pieței cu amănuntul.

⁽⁹⁰⁾ În timp ce al doilea criteriu al testului Airtours necesită o acțiune identică din partea altor părți, aceasta ar trebui interpretată ca o acțiune extrem de competitivă desfășurată de către un membru al oligopolului dominant ca răspuns la o acțiune extrem de competitivă a unui alt membru al oligopolului dominant, care poate, cu toate acestea, avea o formă diferită; a se vedea cauza Airtours, op. cit., punctul 62.

⁽⁹¹⁾ Acest lucru este important deoarece o sancțiune împotriva membrului nr. 1 al oligopolului pentru acordarea de către acesta a accesului unui concurent prin intermediul unor accese acordate de membrul nr. 2 al oligopolului altor concurenți ar putea avea efecte pe termen lung asupra pieței, subminând și mai mult profiturile părții care aplică măsurile de retorsiune și, prin urmare, ar putea să nu reprezinte un factor credibil de descurajare a comportamentelor oportuniste. A se vedea de asemenea cauza ES/2005/0330.

⁽⁹²⁾ Portabilitatea numerelor reprezintă posibilitatea ca utilizatorii finali să păstreze un număr din planul național de numerotare telefonică indiferent de întreprinderea care furnizează serviciul, iar rata de pierdere a clienților este procentul de abonați la un serviciu care își întrerup abonamentele la serviciul respectiv pe parcursul unei anumite perioade.

⁽⁹³⁾ Cauza ES/2005/0330.

Factori externi

89. Evaluarea factorilor de contracarare a teoriei coluziunii tacite include considerente economice cu privire la faptul dacă operatorii prezenți în momentul actual pe piață și care nu fac parte din oligopolul aflat într-o coluziune tacită acționează în calitate de concurent (concurenți) marginal(i) sau au potențialul de a deveni operatori cu un comportament imprevizibil sau dacă clienții au o putere de contracarare suficientă pentru a pune în pericol mecanismul de coluziune.
90. În cadrul reglementării *ex ante* din sectorul comunicațiilor electronice, poziția pe piață și puterea concurenților pot fi evaluate pe baza mai multor factori, în funcție de barierele la intrarea pe piață a concurenților potențiali, precum și în funcție de situația concurențială și de barierele în calea extinderii pentru actorii de pe piață existenți. Parametrii relevanți în această evaluare vor include cota de piață de pe piața în curs de evaluare, economiile de gamă aferente, potențialul de a contribui la toate produsele solicitate de către clienți la nivelul pieței cu amănuntul, puterea relativă a operatorilor în principalul domeniu de activitate, existența unor concurenți marginali sau cu un comportament imprevizibil etc. În acest context, ANR-urile ar trebui să includă în proiectele lor de măsuri o evaluare în ceea ce privește faptul dacă concurenții marginali au competența de a influența rezultatul coordonat anticoncurențial ⁽⁹⁴⁾.
91. După cum s-a menționat la punctul 59, există bariere la intrare semnificative pe piețele pentru furnizarea de servicii de comunicații electronice, în special de natură economică, întrucât, în lipsa unui acord de acces cu ridicata, extinderea rețelelor este costisitoare și necesită mult timp; totodată există și bariere de natură juridică, întrucât, în special, politica în domeniul spectrului radio poate limita numărul de operatori de rețele de telefonie mobilă ⁽⁹⁵⁾. Din acest motiv, este probabil ca un nou operator ipotetic care ar putea să perturbe un echilibru de coluziune tacită să trebuiască să se bazeze, cel puțin în parte, pe infrastructura celorlalți. În lipsa unor intervenții de reglementare sau a unor acorduri comerciale durabile sau a unor inovații tehnologice disruptive, se poate presupune că, de regulă, probabilitatea unei intrări disruptive este, în general, scăzută pe termen scurt și mediu.
92. În ceea ce privește clienții, este puțin probabil ca consumatorii de pe piețele de masă să poată exercita individual o putere de cumpărare semnificativă. Pe de altă parte, unii utilizatori finali comerciali care achiziționează produse destinate întreprinderilor sau adaptate pot fi în măsură să exercite o putere de contracarare a cumpărătorilor, iar reacția lor potențială ar trebui analizată, după caz, pe piața specifică.
93. Prezenta comunicare se adresează statelor membre.

Pentru Comisie

Mariya GABRIEL

Membră a Comisiei

⁽⁹⁴⁾ Cauza IE/2004/0121.

⁽⁹⁵⁾ A se vedea nota de subsol 52 și nota explicativă care însoțește Recomandarea 2014/710/UE a Comisiei, SWD (2014) 298, p. 4.