



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Marktafbakening ten behoeve van ex anteregulering in de e-communicatiesector

Kuipers, D.P.; Zwenne, G.J.

Citation

Kuipers, D. P., & Zwenne, G. J. (2003). Marktafbakening ten behoeve van ex anteregulering in de e-communicatiesector. *Mediaforum*, 15(1), 2-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Bijlage I bij de Kaderrichtlijn

Lijst van markten die moeten worden vermeld in de eerste aanbeveling van de Commissie inzake markten voor relevante producten en diensten (artikel 15 Kaderrichtlijn)

1. Markten bedoeld in Richtlijn 2002/22/EG (Universele dienstrichtlijn)

- Artikel 16 – In het vroegere regelgevingskader gedefinieerde markten waar de verplichtingen moeten worden herzien.
- Het aanbieden van aansluiting op en het gebruik van het openbare telefoonnetwerk op vaste locaties.
- De levering van huurlijnen aan eindgebruikers.

2. Markten bedoeld in Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn)

- Artikel 7 – In het vroegere regelgevingskader gedefinieerde markten waar de verplichtingen moeten worden herzien

Interconnectie (Richtlijn 97/33/EG)

- gespreksopbouw in het vaste openbare telefoonnetwerk
- gespreksafgifte in het vaste openbare telefoonnetwerk
- doorgiftdiensten in het vaste openbare telefoonnetwerk
- gespreksopbouw in openbare mobiele telefoonnetwerken
- gespreksafgifte in openbare mobiele telefoonnetwerken
- interconnectie van huurlijnen (interconnectie van deelcircuits)
- Netwerktogang en bijzondere netwerktogang (Richtlijn 97/33/EG, Richtlijn 98/10/EG)
- toegang tot het vaste openbare telefoonnet, met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnet
- toegang tot openbare mobiele telefoonnetten, met inbegrip van carrierselectie
- Huurlijncapaciteit voor grootgebruikers (Richtlijn 92/44/EEG)
- de levering van huurlijncapaciteit op grootgebruikersniveau aan andere aanbieders van communicatienetwerken of -diensten

3. Markten bedoeld in Verordening (EG) nr. 2887/2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet

- Diensten verleend via ontbundelde tweeaderige metaalleidingen

4. Extra markten

- De nationale markt voor internationale roamingdiensten via openbare mobiele telefoonnetwerken.

2. De Kaderrichtlijn

Ook in het nieuwe regelgevend kader blijft sectorspecifieke ex ante-regulering een belangrijke rol spelen. Maar met nadruk geldt dat ex ante-regulering slechts wordt toegepast in die markten waar nog onvoldoende concurrentie bestaat. De Kaderrichtlijn laat daarover geen twijfel bestaan:

Het is essentieel dat ex ante regulerende verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, d.w.z. in markten waar een of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht, en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het communautaire mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen.³

De mogelijkheid om een onderneming te onderwerpen aan ex ante-regulering is in belangrijke mate afhankelijk van de hoedanigheid van deze onderneming. In beginsel is ex ante-regulering slechts mogelijk, indien de onderneming is aangezien als aanmerkelijke marktmachtouder op een bepaalde relevante markt. Als er géén sprake is van aanmerkelijke marktmacht, kunnen alleen in een beperkt aantal gevallen ex ante-

verplichtingen worden opgelegd, (bijvoorbeeld waar het gaat om de verplichting om 'end-to-end connectivity' te waarborgen).⁵

Het is aan de NRI's om te bepalen of een onderneming op een bepaalde relevante markt over aanmerkelijke marktmacht beschikt, zodat aan de betreffende onderneming vervolgens passende wettelijke verplichtingen kunnen worden opgelegd teneinde (vgl. artikel 8 lid 2 Toegangsrichtlijn⁶ en artikel 17 Universele dienstrichtlijn⁷). Op grond van de Kaderrichtlijn moeten de NRI's daartoe de relevante markten definiëren (artikel 15 lid 3 Kaderrichtlijn). Vervolgens moeten de NRI's beoordelen of er ondernemingen zijn die op deze relevante markten aanmerkelijke marktmacht hebben (artikel 14 lid 2 en 3 Kaderrichtlijn).

Bij het definiëren van deze markten en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht moeten de NRI's veel meer dan thans het geval is uitgaan van het algemene mededingingsrecht. Waar op dit moment nog het 25%-marktaandeelcriterium in belangrijke mate bepalend is voor aanmerkelijke marktmacht (vgl. artikel 4 lid 3 en 7 lid 1 en 2 Interconnectie-richtlijn⁸) moeten de NRI's onder het nieuwe regelgevend

3 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PbEG 2002 L 108/33.

4 Overw. 27 Kaderrichtlijn.

5 Zie daarover G.P. van Duijvenvoorde, 'Kroniek Telecommunicatie' NTER 2002-5, p. 119.

6 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bij-

behorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), PbEG 2002 L 108/7.

7 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), PbEG 2002 L 108/51.

8 Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) PbEG L 199.

kader uitgaan van het begrip 'machtspositie' zoals dat is gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg voor het gelijkkluidende begrip in artikel 82 EG (overweging 25 Kaderrichtlijn).

Deze benadering biedt de NRI's de flexibiliteit die nodig is om in te spelen op de specifieke marktsituaties en om de maatregelen te nemen die daarop zijn toegesneden. De gedachte is dat vandaag de dag niet meer kan worden volstaan met de in de richtlijnen gedefinieerde markten, maar dat maatwerk nodig is om recht te doen aan de meer complexe en dynamische markten die zich ontwikkelen in de e-communicatiesector.

Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de beoogde harmonisering en de rechtszekerheid doordat de NRI's in verschillende lidstaten op basis van afwijkende criteria relevante markten gaan definiëren en aanmerkelijke marktmacht-houders gaan aanwijzen. Om deze reden is in de Kaderrichtlijn bepaald dat de NRI's bij het definiëren van de relevante markten zoveel mogelijk rekening moeten houden met de markten die de Commissie definieert in de Aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten (artikel 15 lid 1 Kaderrichtlijn).

In de Aanbeveling geeft de Commissie aan welke producten en dienstmarkten in aanmerking komen voor ex ante regulering. Daarbij gaat de Commissie onder meer in op de markten die in Bijlage I bij de Kaderrichtlijn worden genoemd. Dit betreft de markten bedoeld in de Universele dienstrichtlijn, de Toegangsrichtlijn, Verordening 2887/2000 inzake ontbundelde toegang en de zogeheten 'extra markten' (zie kader 1).

Het definiëren en afbakenen van de markten doet de Commissie overeenkomstig het algemene mededingingsrecht (artikel 15 lid 1, laatste zin, Kaderrichtlijn). Daarmee wordt, aldus de Commissie in het Werkdocument, in de eerste plaats gedoeld op de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt⁹ en op de onlangs gepubliceerde Richtsnoeren voor de marktanalyse en beoordeling van aanmerkelijke marktmacht.¹⁰ Van belang is daarbij dat de Commissie alleen de product- of dienstdimensie van deze relevante markten vaststelt. Het afbakenen van de geografische dimensie van de in de Aanbeveling gedefinieerde markten, alsmede het definiëren en afbakenen van andere markten (dan gedefinieerd in de Aanbeveling) wordt overgelaten aan de NRI's (artikel 15 lid 3 Kaderrichtlijn).

De opsomming van relevante (product)markten in de Aanbeveling is dus niet limitatief. Bij het definiëren de NRI's van andere relevante markten moeten de NRI's wel de procedure van artikelen 6 en 7 Kaderrichtlijn in acht nemen. Een NRI moet de ontwerpmaatregel, waarin een afwijkende relevante marktdefinitie wordt voorgesteld, voorleggen aan de Commissie en de andere NRI's (artikel 6 Kaderrichtlijn). Deze kunnen vervolgens daarover opmerkingen maken. Als de Commissie vindt dat de ontwerpmaatregel niet verenigbaar is met het gemeenschapsrecht en dat er sprake is van aanzienlijke invloed op de handel tussen lidstaten, kan zij verlangen dat de

NRI de ontwerpmaatregel intrekt (artikel 7 lid 3 en 4 onder a Kaderrichtlijn). De Commissie heeft derhalve ook het laatste woord bij de definitie van andere dan in de Aanbeveling gedefinieerde relevante markten.

De procedure van artikelen 6 en 7 Kaderrichtlijn hoeft niet te worden gevolgd voor de nadere afbakening of definitie van relevante markten die wel in de Aanbeveling worden genoemd. Het gaat dan met name om:

- afbakening van de geografische dimensie van in de Aanbeveling genoemde relevante markten, voor zover die markten niet transnationaal zijn (artikel 15 lid 4 Kaderrichtlijn);
- segmentatie van in de Aanbeveling genoemde markten volgens de opties aangegeven in de Bijlage van de Aanbeveling.

Op deze punten kunnen de NRI's geheel zelfstandig uitvoering geven aan voor marktdefinitie geldende criteria.

3. De Richtsnoeren

In de Richtsnoeren die de Commissie op grond van artikel 15, tweede lid, van de Kaderrichtlijn heeft moeten publiceren, worden de beginselen geformuleerd die de NRI's dienen toe te passen bij de analyse van de markten en de daadwerkelijke mededinging in de e-communicatiesector voor het doel van de aanwijzing van AMM-houders. De Richtsnoeren geven de NRI's houvast en richting bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden ten aanzien van het definiëren van de markten en het beoordelen van aanmerkelijke marktmacht. De NRI's zijn op grond van artikel 15, derde lid, van de richtlijn gehouden zoveel mogelijk met de Richtsnoeren rekening te houden. Als zodanig zullen de Richtsnoeren dan ook vooral betekenis hebben wanneer de Commissie de evenredigheid en wettigheid van de door NRI's voorgestelde besluiten over marktdefinities of aanmerkelijke marktmacht moet beoordelen.¹¹

Met de Richtsnoeren wil de Commissie bereiken dat de NRI's bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden een consistente aanpak volgen ('use a consistent approach'), in het bijzonder wanneer het gaat om het aanwijzen van aanbidders met aanmerkelijke marktmacht. Tevens wil de Commissie de marktpartijen bekend maken hoe de NRI's te werk moeten gaan, zodat daarmee kan worden gezorgd voor een zo groot mogelijke transparantie en rechtszekerheid.¹²

Uitgangspunten bij marktdefiniëring

Ten aanzien van de marktdefiniëring wijst de Commissie op het feit dat marktdefinitie geen doel op zich is, maar een noodzakelijke voorwaarde om de daadwerkelijke mededinging te kunnen beoordelen en dus vast te stellen of het voor de waarborging van de daadwerkelijke mededinging nodig is aan bepaalde ondernemingen ex ante-verplichtingen op te leggen.

Conform het reguliere mededingingsrecht wordt bij de definitie van de relevante een onderscheid gemaakt tussen de relevante productmarkt (waaronder steeds ook begrepen

⁹ Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, *PbEG* C 372/5 ('Bekendmaking inzake marktbeoordeling').

¹⁰ Richtsnoeren van de Commissie van 11 juli 2002 voor de marktanalyse en beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* C 165/6.

¹¹ Zie randnr. 1, 5 t/m 7 van de Richtsnoeren.

¹² Zie randnr. 11 en 12 van de Richtsnoeren.

¹³ Volgens de definitie in de Bekendmaking inzake marktbeoordeling omvat de relevante productmarkt 'alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij bestemd zijn, door de consument als onderling inwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd'. De relevante geografische markt is 'het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van producten of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen'.

dienstenmarkt) en de relevante geografische markt.¹³ Daarbij wordt de concurrentiedruk op de prijsstelling van de betrokken producten/diensten onderzocht door te onderzoeken in hoeverre de concurrentievoorwaarden worden bepaald door (1) substitutie aan de vraagzijde, (2) substitutie aan de aanbodzijde en (3) potentiële concurrentie.¹⁴

Voor de vaststelling van substitutie tussen bepaalde producten/diensten beveelt de Commissie aan om – net als in het reguliere mededingingsrecht – gebruik te maken van de zgn. ‘hypothetische monopolist’-test. Bij deze test moet de NRI zich de vraag stellen wat er zou gebeuren indien er – op de kleinste denkbare relevante markt – een kleine maar significante (5-10%), duurzame verhoging van de prijs voor het betreffende product plaatsheeft, terwijl de prijzen van andere producten constant blijven.¹⁵ De reacties van de afnemers, leveranciers en potentiële concurrenten op deze relatieve prijsstijging voor het betreffende product tonen aan of er voor dat product substituten bestaan, waarnaar een substantieel deel van de afnemers overstapt. Ook moet rekening worden gehouden met het feit dat een relatieve prijsstijging tot wijziging aan de aanbodzijde kan leiden, doordat ondernemingen tot de markt toetreden en hun productiecapaciteit anders aanwenden. Een verhoging van de retailtarieven van mobiele telefoondiensten zou bijvoorbeeld voor een aanbieder van vaste telefoniediensten aanleiding kunnen zijn om actief te worden op de markt voor mobiele telefoniediensten (bijvoorbeeld als zgn. MVNO).¹⁶

Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen of er een aparte markt voor SMS-diensten bestaat. Daarbij stelt men zich de vraag wat er zou gebeuren indien de prijs van het verzenden van SMS-berichten met 10% zou stijgen. Stappen consumenten dan over op het verzenden van e-mailberichten of gaan zij meer mobiel bellen? Indien dit niet het geval is, maar consumenten – ondanks het feit dat het versturen van SMS-berichten substantieel duurder is geworden – toch blijven SMS-en, dan levert dit een indicatie op voor het bestaan van een aparte productmarkt voor het verzenden van SMS-berichten.

Volgens de Richtsnoeren moeten de NRI's bij het afbakenen van de relevante productmarkt beginnen met het groeperen van producten of diensten die door consumenten voor dezelfde doeleinden worden gebruikt, ongeacht of de overige kenmerken van de producten overeenkomen. Bij wijze van voorbeeld noemt de Commissie het gebruik van kabel en satellietverbindingen voor televisie. Ook kan worden gedacht aan internettoegang door middel van de kabel en via een vaste telefoonlijn. Hierbij wordt dus geredeneerd vanuit de vraagzijde (de consument).

Bij de vaststelling van de geografische markt kan eveneens gebruik worden gemaakt van de ‘hypothetische monopolist’-test. Wat doet de consument als de prijs van een product in een bepaald geografisch gebied substantieel wijzigt? Zal hij hetzelfde product dan buiten het betreffende geografische gebied gaan kopen of is zijn aankoopgedrag beperkt tot dat gebied?

In de e-communicatiesector worden geografische markten daarnaast bepaald door (a) het gebied dat door een netwerk

wordt bestreken, of (b) wettelijke of andere regelgevingsinstrumenten, (c) de taal waarin diensten of producten worden aangeboden. Zo is de geografische markt voor mobiele telefonie in de eerste plaats bepaald door de regelgeving, op basis waarvan licenties voor frequentiegebruik zijn beperkt tot een nationaal territorium. Om die reden kan worden aangenomen dat de netwerken van de mobiele operators zijn beperkt tot één land en dat de geografische omvang van deze markt dus nationaal is.

Tenslotte wijst de Commissie op de mogelijkheid dat sprake is van een ruimere (product- of geografische) markt als gevolg van ‘ketensubstitutie’.¹⁷ Er is sprake van ketensubstitutie wanneer twee producten A en C weliswaar geen directe substituten zijn, maar wanneer zij een gezamenlijk substituum B hebben dat zowel voor A als voor C substitueerbaar is, waardoor voor A en C toch dezelfde concurrentievoorwaarden gelden. Ketensubstitutie kan ook plaatsvinden op de geografische markt, zoals regelmatig wordt geconstateerd voor retailmarkten wanneer de verzorgingsgebieden van aanbieders elkaar overlappen.¹⁸ In de e-communicatiesector kan dit verschijnsel zich bijvoorbeeld voordoen op de retailmarkten voor de verkoop van mobiele telefoonproducten – en diensten, zoals prepaidpakketten of (postpaid) abonnementen.

Aanmerkelijke marktmacht

Een aanbieder heeft aanmerkelijke marktmacht als deze aanbieder, alleen of samen met andere aanbieders, een aan machtspositie gelijkwaardige positie heeft, dat wil zeggen als deze aanbieder een economische kracht heeft die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen (artikel 14 lid 2 Kaderrichtlijn). Deze definitie komt overeen met de door het Hof van Justitie in de *United Brands*-zaak¹⁹ geformuleerde definitie van een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag.

In de zaak-*Hoffmann/La Roche*²⁰ heeft het Hof benadrukt dat de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie niet uitsluit dat er een zekere mate van mededinging op de markt is. Er is sprake van een machtspositie als de betreffende onderneming in staat is de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen aanmerkelijk te beïnvloeden, en zich bij haar marktgedrag niets aan de concurrentie gelegen hoeft te laten liggen, zolang zulk gedrag niet in haar nadeel werkt. Omdat in de Richtsnoeren gaat om ex ante-toezicht merkt de Commissie wel op dat wanneer aan een aanbieder in het kader van ex ante-regulering reeds verplichtingen zijn opgelegd, het feit dat de mededinging op de relevante markt wellicht hersteld is als gevolg van die verplichtingen, niet zonder meer betekent dat de onderneming niet langer een machtspositie heeft en daarom niet langer als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht zou moeten worden beschouwd.²¹

De belangrijkste maatstaf om te bepalen of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht blijft, ook indien wordt aangesloten bij de definitie van machtspositie, het marktaandeel van de betreffende aanbieder. In de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie ten

14 Zie randnr. 38 en 39 van de Richtsnoeren.

15 Deze test staat in het mededingingsrecht ook wel bekend als de SSNIP-test (Small but Significant Non-transitory Increase in Price).

16 De afkorting MVNO staat voor Mobile Virtual Network Operator.

17 Zie randnr. 62 van de Richtsnoeren.

18 Bijvoorbeeld voor supermarkten, zie de beschikking van de Commissie in zaak IV/M.242 *Promodes/BRMC* en het besluit van de d-g NMa in zaaknr. 1628 *Laurus/Groenewoudt*.

19 Zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.

20 Zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461, I.O. 39.

21 Zie voetnoot 74 bij de Richtsnoeren.

aanzien van artikel 82 EG blijkt dat meestal pas wordt aangenomen dat sprake kan zijn van een machtspositie als een aanbieder een marktaandeel van meer dan 40% heeft.²² Als er sprake is van een marktaandeel van meer dan 50%, dan zal dat worden gezien als indicatie dat sprake is van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. Dit betekent dus een aanzienlijke 'versoepeling' ten opzichte van het huidige 25%-criterium.

Daarnaast is van belang dat de Commissie in de Richtsnoeren aangeeft dat de aanwijzing van een onderneming als aanmerkelijke marktmacht-houder op een markt, die met het oog op voorafgaande regulering is gedefinieerd, niet automatisch impliceert dat deze onderneming ook een machtspositie heeft in de zin van artikel 82 EG of nationale bepalingen van gelijke werking.²³ Dit onderscheid zit blijkbaar in het feit dat een markt, die met het oog op voorafgaande regulering wordt gedefinieerd, niet per se de relevante markt hoeft te zijn waarop gedragingen van een onderneming op grond van artikel 82 EG moeten worden beoordeeld. De Commissie (en nationale mededingingsautoriteiten) moet voor de toepassing van artikel 82 EG (en equivalenten daarvan in de nationale wetgeving) in de e-communicatiesector dus altijd opnieuw de markt afbakenen, of althans toetsen of de markt, die is afgebakend voor de ex ante regulering, ook de relevante markt vormt waarop de gedragingen van de onderneming ex post moeten worden beoordeeld. Bovendien is bij de aanwijzing als AMM-houder de vraag of de onderneming misbruik maakt van zijn machtspositie uiteraard niet aan de orde.

Om uit te kunnen gaan van een machtspositie en daarmee van aanmerkelijke marktmacht moet een dergelijk groot marktaandeel wel langere tijd stabiel zijn geweest. Als een aanbieder op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel kwijtraakt, kan dat betekenen dat de markt concurrerender wordt, maar dat hoeft op zichzelf weer niet uit te sluiten dat er toch sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Niettemin kunnen fluctuaties van marktaandelen een aanwijzing zijn dat marktmacht op de betrokken markt ontbreekt. Ook wanneer sprake is van een nieuwe markt ('infant industry') is het marktaandeel van een onderneming niet altijd bepalend voor de vraag of hij daarmee beschikt over een machtspositie en dus als AMM-houder moet worden aangewezen.

Op grond van de in artikel 41, tweede lid, Kaderrichtlijn gegeven definitie gaat de Commissie ervan uit dat ook sprake kan zijn van aanmerkelijke marktmacht op grond van een collectieve machtspositie van een aantal aanbieders gezamenlijk. In de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie gaat men er vanuit dat van een collectieve machtspositie sprake kan zijn, indien tussen de ondernemingen structurele economische banden bestaan,²⁴ of bij een relatie van onderlinge afhankelijkheid tussen ondernemingen op een oligopolide markt.²⁵ In dat laatste geval is de structuur van

de markt op zichzelf al bevorderlijk voor coördinatie van het marktgedrag tussen de (weinig) ondernemingen op die markt. Bepalend voor het bestaan van een collectieve machtspositie is de vraag of de betrokken ondernemingen op een specifieke markt een collectieve eenheid vormen ten opzichte van hun concurrenten, afnemers en leveranciers.²⁶ Daarvan kan sprake zijn van een collectieve machtspositie indien (a) er geen daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen bestaat en (b) de ondernemingen een uniform marktgedrag of beleid vertonen.²⁷

Tenslotte besteedt de Commissie in de Richtsnoeren aandacht aan het verschijnsel 'hefboomwerking van marktmacht'.²⁸ Hiermee wordt bedoeld op de situatie die door het Hof van Justitie is beoordeeld in het *Tetra Pak II*-arrest,²⁹ waarin een onderneming die een machtspositie bezat op één markt en een leidende positie op een andere markt, de marktmacht op de eerste markt kon gebruiken om zich ook op de tweede markt onafhankelijk te gedragen. De Commissie verwacht dat dit verschijnsel zich in de e-communicatiesector vooral kan voordoen in verticaal aanpalende relevante markten, waarbij de operator met een machtspositie op de infrastructuurmarkt vaak een leidende positie heeft op de downstream dienstenmarkt.

Overigens kan ook sprake zijn van een hefboomwerking tussen horizontaal aangrenzende markten, bijvoorbeeld wanneer de tweede markt een nieuwe markt is waarop de onderneming met een machtspositie op de eerste markt zich een voorsprong kan verschaffen op de tweede markt dankzij die machtspositie. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een aanbieder met een machtspositie op de markt voor vaste openbare telefonie, die dankzij deze machtspositie veel sneller dan concurrenten kan overgaan tot het aanbieden van xDSL-diensten.

4. De ontwerp AMM-Aanbeveling

Op grond van artikel 15 lid 1 Kaderrichtlijn is de Commissie verplicht eerst een openbare raadpleging (d.w.z. consultatie) te houden en te overleggen met de NRI's alvorens de Aanbeveling vast te stellen. Om die reden heeft de Commissie in juni 2002 een ontwerp-Aanbeveling gepubliceerd met in de bijlage een overzicht van de relevante markten waar de Commissie ex ante regulering nodig vindt. In aanvulling daarop heeft de Commissie een Werkdocument gepubliceerd waarin zij haar visie geeft op de afbakening van de relevante markten en aangeeft hoe zij tot de markten in de Bijlage van de ontwerp-Aanbeveling is gekomen.³⁰

Op 3 juli 2002 heeft de Commissie een openbare hoorzitting gehouden waar geïnteresseerde partijen mondeling konden reageren.³¹ Vervolgens hebben partijen tot 31 juli 2002 de tijd gekregen om ook nog schriftelijke reacties in te dienen. De schriftelijke reacties van partijen zijn gepubliceerd op de website van DG Information Society.³²

22 In de beschikkingenpraktijk van de Commissie zijn er ook wel voorbeelden waarin al bij een lager marktaandeel een vermoeden is van het bestaan van een machtspositie. Zo stelde de Commissie in *MCI WorldCom/Sprint* (nr. COMP/M.1741) vast dat de gefuseerde onderneming op de markt voor de levering van zgn. top-level internetconnectiviteit een gecombineerd marktaandeel zou hebben van meer dan ca. 35-45%, enkele malen meer dan van haar grootste concurrenten, zodat zij zich onafhankelijk van haar concurrenten en klanten zou kunnen gedragen.

23 Zie randnr. 30 van de Richtsnoeren.

24 Gev. zaken C-395/96 P en C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge e a./Commissie*, Jur. 2000, I-1365.

25 Zaak T-102/96 *Gencor/Commissie*, Jur. 1999, II-753.

26 Zie ook zaak T-342/99 *Airtours/Commissie*, 6 juni 2002 (n.n.g.).

27 De Commissie verwijst in randnrs. 103-106 van de Richtsnoeren naar een aan-

tal concentratiebesluiten in de telecommunicatiesector waarin zij zich gebogen heeft over de vraag of een collectieve machtspositie zou ontstaan: COMP/M.1741 *MCI WorldCom/Sprint*, COMP/M.1838 *BT/Esat*, IV/M.1430 *Vodafone/Airtouch*, COMP/M.2016 *France Telecom/Orange*.

28 Randnrs. 83-85 van de Richtsnoeren.

29 Zaak C-333/94 P *Tetra Pak/Commissie*, Jun. 1996, I-5951.

30 Werkdocument van de Commissie van 17 juni 2002, beschikbaar op de 'information society website' van de Commissie: <http://europa.eu.int/information-society>.

31 De presentatie van de Commissie tijdens de hoorzitting is gepubliceerd op de 'information society website' van de Commissie: <http://europa.eu.int/information-society>.

32 <http://europa.eu.int/information-society>.

Uit de mondelinge reacties tijdens de hoorzitting bleek dat er in elk geval veel discussie is over de door de Commissie gedefinieerde wholesale-markt 'gespreksafgifte in individuele mobiele netwerken' (in het Engels 'call termination on individual mobile networks'). Als gevolg van deze marktafbakening kan iedere mobiele aanbieder worden aangewezen als aanmerkelijke marktmachthouder op het eigen mobiele netwerk, zodat vervolgens iedere mobiele aanbieder kan worden geconfronteerd met ex ante-verplichtingen met betrekking tot het niveau van de kosten die aan andere netwerkaanbieders in rekening wordt gebracht voor het termineren van verkeer.³³

Een ander discussiepunt betreft de vraag in hoeverre breedband internet-diensten over de kabel binnen dezelfde wholesale marktdefinitie moeten vallen als xDSL-diensten. Aanbieders van xDSL-diensten met een groot marktaandeel dringen erop aan dat dit wél het geval is – wellicht omdat er dan een minder grote kans is dat zij worden aangemerkt als aanmerkelijke marktmacht-houder. Aanbieders die toegang wensen tot het netwerk van deze aanbieders, vinden dat dit niet het geval is, wellicht omdat zij er belang bij hebben dat er ex ante toegangs- en kostenoriëntatieverplichtingen worden opgelegd aan deze aanbieders.

Deze en andere discussiepunten worden in de afsluitende opmerkingen van deze bijdrage nader besproken. Eerst volgt hieronder een bespreking van de uitgangspunten en criteria die de Commissie in de ontwerp-Aanbeveling heeft gehanteerd, alsmede een overzicht van de verschillende markten die de Commissie op grond daarvan heeft gedefinieerd.

Uitgangspunten bij marktdefinitie

In tegenstelling tot het reguliere mededingingsrecht moet de definitie en afbakening van de relevante markten in de e-communicatiesector *voor de toekomst* plaatsvinden. De NRI's moeten de regelgeving immers ex ante toepassen. In dit opzicht is de marktafbakening door de NRI's beter vergelijkbaar met marktafbakening in het kader van concentratiecontrole, waarbij eveneens naar de toekomst wordt gekeken. Bij de marktdefinitie moeten daarom voorzienbare economische en technologische ontwikkelingen in aanmerking worden genomen. De Commissie hanteert echter wel een beperkte tijdshorizon (van 2 à 3 jaar) en stelt zichzelf ten doel om de Aanbeveling en de daarin opgenomen marktdefinities om de paar jaar te herzien.

Daarnaast is van belang dat in de Aanbeveling alleen de relevante productmarkten worden gedefinieerd, waarop naar de mening van de Commissie ex ante-regulering op grond van de Universele dienstrichtlijn en Toegangsrichtlijn noodzakelijk is.³⁴ Dit betekent allereerst dat, zoals gezegd, de geografische dimensie van de gedefinieerde relevante productmarkten niet wordt afgebakend, maar ook dat de precieze afbakening van markten waarop volgens de Commissie reeds voldoende concurrentie bestaat, achterwege wordt gelaten.

De Commissie beschouwt ex ante-regulering als een belangrijke aanvulling op het algemene mededingingsrecht in geliberaliseerde markten, en dan met name bij twee belangrijke

toetredingsproblemen voor nieuwe marktpartijen. De Commissie denkt daarbij allereerst aan het probleem dat nieuwe marktpartijen toegang tot bestaande netwerken van derden nodig kunnen hebben om de diensten te kunnen aanbieden aan klanten. Verder denkt de Commissie aan het probleem dat interconnectie met andere bestaande netwerken nodig kan om de eigen diensten aan te bieden.

Zowel bij het verkrijgen van toegang als bij het onderhandelen over interconnectie is ex ante-regulering van belang. Dit wil overigens niet zeggen dat ex ante-regulering op deze gebieden noodzakelijk blijft. De Commissie wijst erop dat de technologie en de concurrentievoorwaarden op bepaalde markten in de afgelopen jaren zo snel zijn gewijzigd dat ex ante-regulering overbodig is geworden. Als voorbeelden van markten waar dat het geval is, noemt de Commissie het vestigen van mobiele telefoonnetwerken of overeenkomsten met betrekking tot interconnectie van internetverkeer op 'best effort' basis.³⁵

Daarnaast merkt de Commissie op dat de marktdefinitie in individuele (mededingings)zaken niet noodzakelijkerwijs identiek hoeft te zijn aan de marktdefinitie voor het doel van het regelgevingskader in de Aanbeveling. Het kan verschil maken of markten worden gedefinieerd met het oog op de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG of op basis van een bredere toekomstgerichte beoordeling van de marktstructuren en marktwerking met het oog op ex ante-regulering. Hoewel NRI's en mededingingsautoriteiten in beginsel tot dezelfde marktdefinitie zouden moeten komen, kan dus niet worden uitgesloten dat afwijkende conclusies worden bereikt als gevolg van het verschillende doel van de marktafbakening. Het doel waarmee marktdefinitie plaatsvindt kan dus mede bepalend zijn voor het resultaat.

Om te bepalen of de relevante markten in aanmerking komen voor ex ante-regulering binnen het nieuwe regelgevingskader hanteert de Commissie de volgende cumulatieve criteria:

1. Wordt de markt gekenmerkt door hoge en niet-tijdelijke toegangsdrempels? Onder toegangsdrempels verstaat de Commissie zowel structurele als juridische/regulatory drempels.
2. Wijzen de concurrentievoorwaarden en andere kenmerken van de betreffende markt erop dat op termijn sprake zal zijn van daadwerkelijke mededinging?
3. Is toepassing van het mededingingsrecht voldoende met het oog op de specifieke kenmerken van de e-communicatiesector of is het noodzakelijk om daartoe aanvullende ex ante-regelgeving uit te vaardigen?

De toepassing van deze criteria omvat een algehele beoordeling van de effectiviteit van het mededingingsrecht om geconstateerd marktfalen te corrigeren.

De marktdefinitie

Bij de afbakening van de verschillende markten binnen de communicatiesector maakt de Commissie allereerst het gebruikelijke onderscheid tussen retail- en wholesalemarkten

33 Deze discussie is ook in Nederland actueel aangezien de NMa in een recentelijk gepubliceerd rapport over de marktdefinitie van het afwikkelen van gesprekken op mobiele netten vaststelt dat het afwikkelen van gesprekken door elke mobiele operator een afzonderlijke relevante markt is (meer hierover in de afsluitende opmerkingen). Dit rapport is te vinden op de website van de Nma: www.nma-orig.nl.

34 Vgl. Werkdocument, p. 11: 'In deze aanbeveling is (overeenkomstig bijlage I van de Kaderrichtlijn) zorg gedragen voor het omschrijven van markten waarvan de kenmerken zodanig zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn.'

35 Werkdocument, p. 8.

VAST				MOBIEL		OMROEP- TRANSMISSIE
Publieke telefonie diensten	Andere		Openbare mobiele netwerken	Andere		
	Datadiensten	Huurlijnen				
Eindgebruikers ('retail')	(1) Toegang tot het openbare telefoonnet op vaste locatie (2) Openbare telefonie-diensten geleverd op vaste locatie		(3) Minimum-pakket van huurlijnen			
Doorverkoop ('wholesale')	(4) Gespreksopbouw of capaciteit (5) Gespreksafgifte in individuele openbare tel netwerken (11) Doorgiftdiensten	(6) Lokale toegang t.b.v. de levering van breedband-internetdiensten	(7) Lokale of beeindigen de segmenten van huurlijnen	(12) Toegang tot en gespreks-opbouw (9) (nationale markt voor) internationale roaming op openbare mobiele netwerken	(8) Gespreks-afgifte in individuele mobiele netwerken (10) Omroep-transmissiediensten en distributie-netwerken, voor het afleveren van omroepinhoud aan eindgebruikers	

Tabel 1 Matrix van relevante markten uit de Bijlage bij de Aanbeveling

dat ook in het huidige regelgevend kader, onder meer op basis van de Commissie Bekendmaking inzake toegang in de telecommunicatiesector uit 1998, wordt gehanteerd.³⁶ Retail- of eindgebruikersmarkten zijn de markten waarop diensten of producten aan eindgebruikers worden aangeboden en wholesale- of doorverkoopmarkten zijn markten voor toegang tot faciliteiten of diensten aan operators teneinde op de retailmarkt aan de aanbodzijde te kunnen opereren. De Commissie begint daarbij met definitie van de retailmarkten en bakent vervolgens de daarmee verbonden relevante wholesalemarkten af.

Zoals gezegd bakent de Commissie alleen die markten af waarvan zij – op het eerste gezicht en op basis van haar marktanalyse – meent dat ex ante-regulering binnen het nieuwe regelgevingskader noodzakelijk is. Dit betreft vooral wholesalemarkten. De Bijlage bevat slechts een beperkt aantal van de retailmarkten, omdat daarop over het algemeen voldoende concurrentie bestaat om met het reguliere mededingingsrecht te kunnen volstaan.

Zowel binnen de relevante retail- en wholesalemarkten kan voorts een onderscheid gemaakt tussen diensten op vaste (‘fixed’) locaties en diensten die worden aangeboden op niet-vaste (‘non-fixed’) locaties. Tevens wordt een onderscheid gemaakt tussen gespreksdiensten (publieke telefoondiensten) en niet-gespreksdiensten (data en huurlijnen). Bovendien maakt de Commissie – met name op de wholesale markten – doorgaans een onderscheid tussen markten voor de levering van diensten en het aanbieden van de daarvoor noodzakelijke netwerkinfrastructuur.

Wanneer deze scheidslijnen in een matrix worden weergegeven, wordt duidelijk hoe de relevante markten, die de Commissie in de Bijlage van de concept-Aanbeveling heeft opgeno-

men, zich tot elkaar verhouden. Deze matrix is opgenomen in Tabel 1.

De nummers tussen haakjes corresponderen met de nummers in de Bijlage van de concept-Aanbeveling.

Daarnaast noemt de Commissie in het Werkdocument nog een aantal markten die niet (direct) voor ex ante-regulering in aanmerking komen, maar mogelijk door de NRI's of nationale mededingingsautoriteiten (NMA's) wel als relevante markten kunnen worden onderscheiden. Dit betreft onder meer de volgende retailmarkten: toegang door middel van smalband inkiesverbindingen voor data en gerelateerde diensten (vast), breedband en toegang met hoge snelheid voor data en gerelateerde diensten (vast), toegang/gespreksopbouw voor mobiele (prepaid- en abonnements)diensten, gespreksafgifte voor mobiele (prepaid- en abonnements)diensten, retaildiensten voor roaming op andere nationale netwerken en retail kortberichtendiensten (SMS). Op wholesale niveau wijst de Commissie op nog drie mogelijk te onderscheiden markten, namelijk gespreksafgifte voor data en gerelateerde diensten, gespreksopbouw voor data en gerelateerde diensten en internetconnectiviteit voor data en gerelateerde diensten.

5. Afsluitende opmerkingen

Het nieuwe regelgevend kader biedt ruimte voor het definiëren van veel meer markten dan onder het huidige regelgevend kader is gebeurd. Dit kan op sommige markten leiden tot meer ex ante-regulering, maar tegelijkertijd op andere markten toch ook tot minder van deze regulering. De nieuwe marktdefinities zijn beperkter dan de marktdefinities die in de huidige regelgeving worden gehanteerd. De nieuw gedefinieerde markt voor ‘gespreksafwikkeling op individuele mobiele netwerken’ kan bijvoorbeeld onder de huidige regel-

³⁶ Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, PbEG 1998 C 265/2

geving alleen maar een onderdeel zijn van de markt voor interconnectie (artikel 7 lid 2, laatste zin, Interconnectierichtlijn).

Een gevolg van de beperktere nieuwe marktdefinities kan zijn dat een aanbieder die onder de huidige regelgeving aanmerkelijke marktmacht heeft op een bepaalde ruim gedefinieerde markt ineens onder de nieuwe regelgeving nog maar alleen op een nieuw gedefinieerde, beperktere deelmarkt als zodanig wordt aangemerkt. Deze aanbieder krijgt dan te maken met minder ex ante-regulering. Maar aan de andere kant kan het gebruik van de beperktere marktdefinities er toe leiden dat er per nieuwe gedefinieerde markt eerder een aanmerkelijke marktmachthouder wordt gevonden. Op een beperkter gedefinieerde markt heeft een aanbieder sneller een groter marktaandeel dan op een ruimer gedefinieerde markt.³⁷ Daartegenover staat dat het nieuwe regelgevend kader niet meer uitgaat van het 25% marktaandeel-criterium maar van algemeen mededingingsrechtelijke criteria waarbij er meestal pas wat aan de hand is als er sprake is van marktaandelen van meer dan 40-50%.

Dit laatste dreigt te gaan gebeuren met de terminatingdiensten van de mobiele operators. Deze terminatingdiensten betreffen het afwikkelen (terminating) van telefoongesprekken vanaf het (vaste of mobiele) netwerk waarop het telefoongesprek ontstaat (originating) door de mobiele operator van het netwerk waarop de ontvanger zich bevindt. Onder het huidige regelgevende kader kan er alleen een kostenoriëntatievereiste worden gesteld ten aanzien van mobiele terminatingdiensten als er sprake is van een aanbieder die is aangewezen als aanmerkelijke marktmachthouder op de markt voor interconnectiediensten (vgl. artikel 7 lid 2 Interconnectierichtlijn, geïmplementeerd in artikel 6.4 lid 2 Tw). Onder het nieuwe regelgevend kader lijkt er ruimte te ontstaan voor het definiëren van een markt 'call termination on individual public telephone networks' (zie nr. 5 in Tabel 1). Als dat inderdaad gebeurt, kunnen de NRI's vervolgens iedere mobiele aanbieder aanwijzen als aanmerkelijke marktmacht-houder op het eigen mobiele netwerk. Vervolgens zouden deze aanbieders kunnen worden onderworpen aan allerlei ex ante-maatregelen, zoals kostenoriëntatievereisten met betrekking tot de tarieven voor de gespreksafwikkeling (call termination access).

In Nederland nemen NMa en OPTA alvast een voorschot op deze ontwikkeling. Zo heeft OPTA begin dit jaar Beleidsregels inzake de regulering van mobiele terminating tarieven aangenomen, waarin OPTA – zonder zich gehinderd te achten door de vraag op grond waarvan zij daartoe bevoegd zou zijn – anticipeert op deze ontwikkelingen. In een recent rapport krijgt OPTA steun van de NMa, die op basis van een econometrisch onderzoek door London Economics, oordeelt dat de relevante markt voor de beoordeling van mobiele terminating tarieven inderdaad wordt gevormd door het mobiele netwerk van de mobiele operator die de terminating dienst verricht.

Opvallend is in dit verband, dat het de NMa is die – ter ondersteuning van de regulering door OPTA – de relevante markten afbakt. In het nieuwe regelgevingskader gaat de Commissie er van uit dat de NRI (in dit geval OPTA) zelf de relevante markt afbakt. Overigens is het, onder meer met het oog op de consistentie van het mededingingsrecht, toe te juichen dat OPTA niet zelf het mededingingsrecht gaat toepassen.

Een ander voorbeeld waar de nieuwe marktafbakening van de Commissie grote gevolgen kan hebben is de markt voor breedband internetdiensten. NMa en OPTA zijn in hun gezamenlijke rapportage Internettoegang³⁸ gekomen tot een afbakening van de markt voor breedband-diensten die op belangrijke onderdelen lijkt af te wijken van de markten die de Commissie in de ontwerp-Aanbeveling definieert. In plaats van de eindgebruikersmarkt voor breedband internetdiensten (< 128 Kb/s) die OPTA en NMa definiëren, komt de Commissie niet verder dan de definitie van de wholesalemarkt voor 'lokale toegang voor doorverkoop ten behoeve van de levering van breedband internetdiensten').³⁹

Het is de bedoeling dat de Aanbeveling nog voor het eind van 2002 definitief wordt vastgesteld. Inmiddels hebben OPTA en NMa aangekondigd ernaar te streven om op korte termijn samen te gaan.⁴⁰ Dat is, gelet op de geschetste ontwikkelingen, geen verrassende ontwikkeling.

Wel is het, gezien de recente brief van de Minister van EZ aan de Tweede Kamer – waarin de Minister heeft aangekondigd te willen wachten met verlening van ZBO-status aan de NMa, de vraag of dit ook echt zal gebeuren.

37 C. Hocepiet, 'The New EU Regulatory Framework for Electronic Communications: From Sector Specific Regulation to Competition Law', IBA/ABA Communication Development at the Crossroads, 20-21 mei 2002, Washington DC.

38 NMa/OPTA Internetteam, 'Rapportage Internettoegang', 14 december 2002, www.nma-otg.nl, www.opta.nl.

39 Zie daarover o.a. de (op dit punt voorspelbare) reactie van KPN Telecom in het kader van de consultatie: KPN Telecom NV, 'Comments of Royal KPN Telecom

NV on the Draft Recommendation', randnr. 26-27 p. 9-10; zie ook R.D. Chavannes, 'Het wetsvoorstel Toegang tot de kabel – de Kamer gehoord of de ku tot wet?', CR 2002, p. 279.

40 Gezamenlijk Persbericht NMa en OPTA: 'OPTA en NMa vragen om versnelde fusie', 10 juli 2002, www.nma-org.nl en www.opta.nl.

Artikel 14 Ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht

1. Wanneer de bijzondere richtlijnen voorschrijven dat de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de procedure van artikel 16 moeten bepalen of exploitanten een aanmerkelijke marktmacht hebben, zijn de leden 2 en 3 van dit artikel van toepassing.
2. Een onderneming wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Wanneer de nationale regelgevende instanties beoordelen of twee of meer ondernemingen gezamenlijk een machtspositie op de markt innemen, dienen zij meer in het bijzonder de communautaire wetgeving in acht te nemen en zich zeer zorgvuldig te houden aan de Richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht', die de Commissie bekend heeft gemaakt uit hoofde van artikel 15. De bij die beoordeling te hanteren criteria zijn aangegeven in bijlage II.
3. Wanneer een onderneming aanmerkelijke marktmacht op een specifieke markt bezit, kan zij ook worden aangemerkt als onderneming met een aanmerkelijke marktmacht op een nauw verwante markt als de koppelingen tussen beide markten van dien aard zijn dat de marktmacht op de ene markt op de andere markt zo kan worden gebruikt dat de marktmacht van de onderneming wordt vergroot.

Artikel 15 Procedure voor marktdefinitie

1. Na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna 'de aanbeveling' genoemd). Daarin worden overeenkomstig bijlage I de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De Commissie herziet de aanbeveling op gezette tijden.
2. De Commissie publiceert, uiterlijk op de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn, richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna 'de richtsnoeren' te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.
3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De nationale regelgevende instanties volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.
4. Na overleg met de nationale regelgevende instanties kan de Commissie, overeenkomstig de procedure van artikel 22, lid 3, een beschikking aannemen houdende vaststelling van transnationale markten.

Artikel 16 Marktanalyseprocedure

1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit. De lid-staten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.
2. Wanneer een nationale regelgevende instantie krachtens de artikelen 16, 17, 18 of 19 van Richtlijn 2002/22/EG (Universele dienstrichtlijn), of de artikelen 7 of 8 van Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn) moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij overeenkomstig de richtsnoeren op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.
3. Wanneer een nationale regelgevende instantie concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. Wanneer er reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan, trekt zij die verplichtingen van ondernemingen op die relevante markt in. Partijen die gevolgen ondervinden van het intrekken van die verplichtingen worden tijdig in kennis gesteld.
4. Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als beschreven in lid 2 of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.
5. In het geval van transnationale markten die worden omschreven in de beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 4, dragen de betrokken nationale regelgevende instanties samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de richtsnoeren, en spreken zij zich op gecoördineerde wijze uit over het opleggen, handhaven, wijzigen of opheffen van wettelijke verplichtingen als bedoeld in lid 2 van dit artikel.
6. Voor de in de leden 3, 4 en 5 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7.