

## II.

(Informacije)

## INFORMACIJE INSTITUCIJA, TIJELA, UREDA I AGENCIJA EUROPSKE UNIJE

## EUROPSKA KOMISIJA

## KOMUNIKACIJA KOMISIJE

**Smjernice za analizu tržišta i ocjenu značajne tržišne snage na temelju regulatornog okvira EU-a za elektroničke komunikacijske mreže i usluge**

(Tekst značajan za EGP)

(2018/C 159/01)

## 1. UVOD

## 1.1. Područje primjene i svrha

1. Nakon javne rasprave čiji su rezultati propisno uzeti u obzir Komisija je u skladu s člankom 15. stavkom 2. Direktive 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća<sup>(1)</sup> donijela Smjernice za analizu tržišta i ocjenu značajne tržišne snage („Smjernice“). Smjernicama je priloženo Objašnjenje<sup>(2)</sup> te ih se tumači u kontekstu dodatnih informacija navedenih u tom dokumentu.
2. Smjernice su namijenjene državnim regulatornim tijelima kako bi ona mogla obavljati svoje dužnosti povezane s analizom tržišta koja podliježu *ex ante* regulaciji i ocjenom značajne tržišne snage na temelju regulatornog okvira EU-a za elektroničke komunikacije i usluge koji obuhvaća Direktivu 2002/21/EZ, tri posebne direktive 2002/19/EZ<sup>(3)</sup>, 2002/20/EZ<sup>(4)</sup>, 2002/22/EZ<sup>(5)</sup> i Uredbu (EU) br. 531/2012<sup>(6)</sup> („Okvir“). Državna regulatorna tijela u skladu s člankom 15. Direktive 2002/21/EZ moraju u najvećoj mjeri uzeti u obzir Preporuku Komisije 2014/710/EU<sup>(7)</sup> te ove Smjernice kako bi odredila mjerodavna tržišta za *ex ante* regulaciju.
3. Smjernicama se u skladu s člankom 8. Direktive 2002/21/EZ nastoji pridonijeti razvoju unutarnjeg tržišta u sektoru elektroničkih komunikacija, među ostalim, razvojem dosljedne regulatorne prakse i dosljednom primjenom Okvira.

(1) Direktiva 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (SL L 108, 24.4.2002., str. 33.).

(2) Objašnjenje uz Smjernice za analizu tržišta i ocjenu značajne tržišne snage na temelju regulatornog okvira EU-a za elektroničke komunikacijske mreže i usluge, SWD(2018)124.

(3) Direktiva 2002/19/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o pristupu i međusobnom povezivanju elektroničkih komunikacijskih mreža i pripadajuće opreme (Direktiva o pristupu) (SL L 108, 24.4.2002., str. 7.).

(4) Direktiva 2002/20/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o ovlaštenju u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (Direktiva o ovlaštenju) (SL L 108, 24.4.2002., str. 21.).

(5) Direktiva 2002/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o univerzalnoj usluzi i pravima korisnika u vezi s elektroničkim komunikacijskim mrežama i uslugama (Direktiva o univerzalnoj usluzi) (SL L 108, 24.4.2002., str. 51.).

(6) Uredba (EU) br. 531/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. lipnja 2012. o roamingu u javnim pokretnim komunikacijskim mrežama u Uniji, SL L 172, 30.6.2012., str. 10., kako je izmijenjena Uredbom (EU) 2015/2120 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015., SL L 310, 26.11.2015., str. 1., i Uredbom (EU) 2017/920 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. svibnja 2017. (SL L 147, 9.6.2017., str. 1.).

(7) Preporuka Komisije 2014/710/EU od 9. listopada 2014. o mjerodavnim tržištima proizvoda i usluga u sektoru elektroničkih komunikacija podložnima prethodnoj (*ex ante*) regulaciji u skladu s Direktivom 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (SL L 295, 11.10.2014., str. 79.).

4. Smjernicama se ni na koji način ne ograničavaju prava pojedinaca ili poduzeća koja su im dodijeljena pravom EU-a. Njima se ne dovodi u pitanje primjena prava EU-a u općenitom smislu ni, konkretnije, primjena pravila o tržišnom natjecanju, ni njihovo tumačenje koje bi mogao dati Sud Europske unije. Smjernicama se ne dovodi u pitanje nijedna mjera koju bi Komisija mogla poduzeti ni bilo koje smjernice o primjeni prava EU-a o tržišnom natjecanju koje bi Komisija mogla u budućnosti izdati.
5. Komisija će, prema potrebi, zamijeniti Smjernice uzimajući u obzir najnoviju sudsku praksu Suda Europske unije, ekonomska promišljanja i stvarno tržišno iskustvo kako bi osigurala da ih je i dalje moguće primijeniti na tržištima koja se ubrzano razvijaju.
6. Ovim su Smjernicama posebno obuhvaćena pitanja određivanja tržišta te pojedinačne ili zajedničke značajne tržišne snage.
7. Tema Smjernica nije koordinirano djelovanje u kontekstu usklađenog djelovanja iz članka 101. stavka 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije („Ugovor“). Njima nisu obuhvaćena ni pitanja struktura tržišta na kojima je ograničen broj sudionika ako nisu ispunjeni kriteriji za ocjenu zajedničkog vladajućeg položaja kako ih primjenjuje Sud Europske unije.

## 1.2. Uvodne napomene

8. Na temelju članka 8. Direktive 2002/21/EZ državna regulatorna tijela dužna su osigurati da u izvršavanju svojih regulatornih zadaća navedenih u Okviru poduzmu sve opravdane mjere u svrhu ostvarivanja regulatornih ciljeva iz tog okvira, među ostalim, da potiču učinkovita ulaganja u nove i poboljšane infrastrukture kao i pristup njima.
9. U skladu s Okvirom određivanje mjerodavnih tržišta i ocjena značajne tržišne snage trebali bi se temeljiti na metodologijama istovjetnim onima navedenima u pravu EU-a o tržišnom natjecanju. Time se osigurava da odražava primjenjivu sudsku praksu Suda Europske unije i odredbe Obavijesti Komisije o utvrđivanju mjerodavnih tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997.)<sup>(8)</sup> i da se njime u obzir uzima, ovisno o važnosti, praksa Komisije u odlučivanju o provedbi članka 102. Ugovora i članka 2. Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004<sup>(9)</sup>. Kada državna regulatorna tijela dosljedno primjenjuju metodologije za određivanje tržišta i ocjenu značajne tržišne snage, pridonose postizanju regulatorne predvidljivosti, a regulatornu intervenciju ograničavaju na slučajeve tržišnih nedostataka utvrđenih s pomoću analitičkih alata.
10. Kada u sličnim okolnostima ispituju slična pitanja imajući na umu istovjetne ukupne ciljeve, državna regulatorna tijela i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja trebala bi, u načelu, donijeti slične zaključke. Međutim, kada se u obzir uzimaju razlike u opsegu i ciljevima njihove intervencije, a posebno drukčije težiste i okolnosti ocjene koju provode državna regulatorna tijela kako se navodi u nastavku, tržišta određena za potrebe prava EU-a o tržišnom natjecanju i tržišta određena za potrebe regulacije specifične za predmetni sektor možda neće uvijek biti identična.
11. Slično tome, kada se za potrebe *ex ante* regulacije utvrdi da poduzeće ima značajnu tržišnu snagu na određenom tržištu, to automatski ne podrazumijeva da to poduzeće za potrebe članka 102. Ugovora ili za potrebe primjene Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004<sup>(10)</sup>, ili sličnih nacionalnih odredbi isto tako ima vladajući položaj. Štoviše, utvrđivanje značajne tržišne snage ne utječe izravno na odluku o tome je li poduzeće i na temelju članka 102. Ugovora zlorabovalo vodeći položaj. U kontekstu područja primjene članka 14. Direktive 2002/21/EZ pod time se samo podrazumijeva da, sa stajališta strukture i gledano kratkoročno do srednjoročno, operator na utvrđenom mjerodavnom tržištu trenutačno ima i imat će i dalje dovoljnu tržišnu snagu zbog koje se može ponašati u značajnoj mjeri neovisno o svojim konkurentima, kupcima i konačno, potrošačima.

<sup>(8)</sup> Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL C 372, 9.12.1997., str. 5.) (Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997.). Za potrebe primjene prava tržišnog natjecanja, u Obavijesti o utvrđivanju tržišta iz 1997. objašnjava se da je koncept mjerodavnog tržišta blisko povezan s ciljevima koji se nastoje postići u okviru mjerodavnih politika, *ex post* provedbe na temelju članaka 101. i 102. Ugovora ili *ex ante* ocjene na temelju Uredbe EU-a o koncentracijama.

<sup>(9)</sup> Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL L 24, 29.1.2004., str. 1.).

<sup>(10)</sup> SL L 24, 29.1.2004., str. 1.

12. Ne može se isključiti da bi se u praksi paralelni postupci na temelju *ex ante* regulacije i prava EU-a o tržišnom natjecanju mogli primjenjivati na različite vrste problema u području tržišnog natjecanja utvrđene na temeljnim maloprodajnim tržištima. S obzirom na navedeno, *ex ante* obvezama koje državna regulatorna tijela uvode poduzećima koja su određena kao poduzeća sa značajnom tržišnom snagom nastoje se ukloniti utvrđeni tržišni nedostaci i ispuniti posebni ciljevi iz Okvira. S druge strane, instrumenti prava EU-a o tržišnom natjecanju služe za rješavanje i otklanjanje pitanja povezanih s nezakonitim sporazumima, usklađenim djelovanjima ili jednostranom zlouporabom kojima se na mjerodavnom tržištu ograničava ili narušava tržišno natjecanje.

### 1.3. Regulatorni pristup analizi tržišta

13. Tijekom analize tržišta u skladu s člankom 16. Direktive 2002/21/EZ državna regulatorna tijela provest će strukturnu evaluaciju mjerodavnog tržišta u relevantnom razdoblju s obzirom na njegov budući razvoj.
14. Relevantno razdoblje (razdoblje sljedećeg preispitivanja) traje od završetka trenutačnog postupka preispitivanja do završetka sljedećeg postupka preispitivanja tržišta <sup>(1)</sup>, a tijekom tog razdoblja državna regulatorna tijela trebala bi ocijeniti posebna obilježja tržišta i promjene na tržištu.
15. Analiza odgovarajućih maloprodajnih tržišta uvijek bi trebala poslužiti kao polazna točka za utvrđivanje veleprodajnih tržišta podložnih *ex ante* regulaciji.
16. Državna regulatorna tijela trebala bi odrediti razvija li se temeljno maloprodajno tržište u smjeru tržišnog natjecanja kada nema regulacije na veleprodajnim tržištima na temelju utvrđene pojedinačne ili zajedničke značajne tržišne snage te je li nepostojanje djelotvornog tržišnog natjecanja trajno <sup>(2)</sup>.
17. Kako bi se to postiglo, državna regulatorna tijela trebala bi u obzir uzeti postojeće uvjete na tržištu kao i očekivane ili predvidljive promjene na tržištu u sljedećem razdoblju preispitivanja kada nema regulacije na temelju utvrđene značajne tržišne snage, a takav se pristup naziva preinačeni *greenfield* pristup <sup>(3)</sup>. S druge strane, analizom bi se trebali uzeti u obzir učinci ostalih vrsta regulacije (i onih specifičnih za sektor), odluka ili zakonodavstva koji se tijekom relevantnog razdoblja primjenjuju na mjerodavna maloprodajna tržišta i povezana veleprodajna tržišta.
18. Ako se na temelju preinačenog *greenfield* pristupa temeljna maloprodajna tržišta razvijaju u smjeru tržišnog natjecanja, državno regulatorno tijelo trebalo bi zaključiti da regulacija na veleprodajnoj razini više nije potrebna.
19. Državna regulatorna tijela u svojoj bi analizi trebala razmotriti prijašnje i sadašnje podatke kada su oni bitni za shvaćanje promjena na tom tržištu u sljedećem razdoblju preispitivanja. U tom smislu, treba istaknuti da se iz lako dostupnih dokaza o prijašnjoj praksi ne može automatski pretpostaviti da će se takva praksa vjerojatno nastaviti u sljedećem razdoblju preispitivanja. Međutim, prijašnja je praksa važna ako se obilježja tržišta nisu znatno promijenila ili nije vjerojatno da će se promijeniti u sljedećem razdoblju preispitivanja.
20. Iz prethodnog proizlazi da bi u analizi tržišta državna regulatorna tijela trebala prikazati i statičke i dinamičke čimbenike kako bi uklonila tržišne nedostatke utvrđene na maloprodajnoj razini uvođenjem odgovarajućih regulatornih obveza na veleprodajnim tržištima kojima bi se, među ostalim, poticalo tržišno natjecanje i pridonijelo razvoju unutarnjeg tržišta. Te bi se obveze trebale temeljiti na regulatornim načelima iz članka 8. Direktive 2002/21/EZ, kao što je promicanje regulatorne predvidljivosti, djelotvornog ulaganja i inovacija te infrastrukturne konkurencije.
21. Analiza bi se trebala temeljiti na funkcionalnom shvaćanju veza između mjerodavnih veleprodajnih tržišta i temeljnih maloprodajnih tržišta te ostalih povezanih tržišta, ako to državna regulatorna tijela smatraju primjerenim. Komisija je u prethodnim odlukama <sup>(4)</sup> istaknula da državno regulatorno tijelo na temelju uvjeta na maloprodajnom tržištu može dobiti uvid u strukturu veleprodajnog tržišta, ali ti uvjeti sami po sebi nisu dostatni za utvrđivanje značajne tržišne snage na veleprodajnoj razini. Kako je utvrđeno u nekoliko odluka Komisije na temelju članka 7. Direktive 2002/21/EZ <sup>(5)</sup>, nema potrebe da se na maloprodajnoj razini dokaže postojanje pojedinačne ili zajedničke značajne tržišne snage kako bi se utvrdilo da na mjerodavnim veleprodajnim tržištima neko poduzeće ima pojedinačnu tržišnu snagu ili da više poduzeća ima zajedničku tržišnu snagu. U skladu s uvodnom izjavom 18. Preporuke 2014/710/EU *ex ante* regulacija na veleprodajnoj razini trebala bi biti dovoljna za rješavanje problema u području tržišnog natjecanja na povezanim maloprodajnim tržištima.

<sup>(1)</sup> Trenutačno se u članku 16. stavku 6. Okvirne direktive navodi da državna regulatorna tijela Komisiji dostavljaju novi prijedlog mjera u roku od tri godine od donošenja prethodne mjere koja se odnosi na to tržište.

<sup>(2)</sup> Uvodna izjava 27. Okvirne direktive.

<sup>(3)</sup> Objašnjenje uz Preporuku 2014/710/EU, SWD(2014)298, stranica 8.

<sup>(4)</sup> Predmeti FI/2004/0082, ES/2005/0330 i NL/2015/1727. Vidjeti i CZ/2012/1322.

<sup>(5)</sup> Predmeti IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 i NL/2015/1727.

22. Prilikom analize granica i tržišne snage na odgovarajućim mjerodavnim veleprodajnim tržištima kako bi se utvrdilo postoji li na tim tržištima djelotvorno tržišno natjecanje, potrebno je uzeti u obzir postojanje izravnih i neizravnih prepreka tržišnom natjecanju, bez obzira na to jesu li prepreke posljedica elektroničkih komunikacijskih mreža, elektroničkih komunikacijskih usluga ili drugih vrsta usluga ili aplikacija koje su usporedive iz perspektive krajnjeg korisnika <sup>(16)</sup>.
23. U skladu s uvodnom izjavom 27. Direktive 2002/21/EZ neprimjerenoj *ex ante* regulaciji ne bi trebalo podvrgavati novonastala tržišta na kojima onaj tko je *de facto* tržišni predvodnik vjerojatno drži značajni tržišni udjel. To je stoga što se preranim uvođenjem *ex ante* regulacije može nepropisno utjecati na uvjete tržišnog natjecanja koji se oblikuju na novonastalom tržištu. Istodobno bi vodeće poduzeće trebalo spriječiti u zatvaranju takvih tržišta.

## 2. ODREĐIVANJE TRŽIŠTA

### 2.1. Glavni kriteriji za određivanje mjerodavnog tržišta

24. Kada se ocjenjuje ima li poduzeće značajnu tržišnu snagu, to jest „uživa li položaj ekonomske snage zbog koje se može ponašati u značajnoj mjeri neovisno o svojim konkurentima, kupcima i konačno, potrošačima”, ključno je <sup>(17)</sup> odrediti mjerodavno tržište <sup>(18)</sup> jer se djelotvorno tržišno natjecanje može ocijeniti samo u kontekstu tog određenog tržišta <sup>(19)</sup>.
25. Kako je objašnjeno u stavku 9., tržište se mora odrediti u skladu s metodologijom opisanom u Obavijesti o utvrđivanju tržišta iz 1997. Određivanje tržišta nije mehanički ili apstraktni proces, već je potrebno provesti analizu svih dostupnih dokaza o prijašnjem ponašanju na tržištu i cjelokupnog shvaćanja načina funkcioniranja predmetnog sektora. Konkretno, kada se provodi analiza mogućnosti razvoja tržišta, odnosno analiza usmjerena prema budućnosti, potrebno je, umjesto statičkog, primijeniti dinamički pristup <sup>(20)</sup>.
26. Svaka bi analiza trebala započeti ocjenom mjerodavnih maloprodajnih tržišta, a pritom se na temelju postojećih uvjeta na tržištu i njihovih vjerojatnih promjena u obzir uzima, iz perspektive krajnjeg korisnika, postojanje zamjenjivosti na strani ponude i potražnje u sljedećem razdoblju preispitivanja. Nakon što državna regulatorna tijela utvrde mjerodavna maloprodajna tržišta i zaključče hoće li, s obzirom na izostanak regulatorne intervencije na uzlaznom tržištu, i dalje postojati rizik od štete za potrošače zbog nedostatka natjecanja na maloprodajnom tržištu, ta bi tijela trebala zatim utvrditi odgovarajuća veleprodajna tržišta kako bi ocijenila podliježu li *ex ante* regulaciji na temelju članka 16. Direktive 2002/21/EZ <sup>(21)</sup>. Prvo bi trebala utvrditi i analizirati veleprodajno tržište koje je najviše udaljeno od maloprodajnog tržišta na kojem su otkriveni predmetni problemi u području tržišnog natjecanja te bi trebala odrediti granice tržišta uzimajući u obzir postojanje zamjenjivosti proizvoda na strani ponude te, ovisno o važnosti, i na strani potražnje.
27. Opseg u kojem ponuda proizvoda ili pružanje usluge na predmetnom geografskom području čini mjerodavno tržište ovisi o postojanju prepreka tržišnom natjecanju u smislu načina na koji se predmetni davatelji usluga ponašaju pri određivanju cijena. Kada se ocjenjuje ponašanje poduzeća na tržištu, treba razmotriti dvije glavne prepreke tržišnom natjecanju, a to su: i. zamjena na strani potražnje; i ii. zamjena na strani ponude <sup>(22)</sup>. Treći izvor prepreka tržišnom natjecanju koje utječu na ponašanje operatora postojanje je potencijalne konkurencije, a taj se izvor ne treba razmotriti u fazi određivanja tržišta, nego pri ocjeni postojanja djelotvornog tržišnog natjecanja u smislu Direktive 2002/21/EZ <sup>(23)</sup>.

<sup>(16)</sup> Vidjeti točku 4. Preporuke Komisije 2014/710/EU i njezino Objašnjenje te predmet FR/2014/1670.

<sup>(17)</sup> Članak 14. stavak 2. Direktive 2002/21/EZ.

<sup>(18)</sup> Pod pojmom „mjerodavno tržište” podrazumijeva se opis proizvoda ili usluga koji čine tržište te ocjena geografskog opsega tog tržišta, a pojmovi „proizvodi” i „usluge” upotrebljavaju se naizmjenično u cijelom tekstu. U skladu sa stavkom 7. Obavijesti o utvrđivanju tržišta iz 1997. mjerodavno tržište proizvoda „obuhvaća sve one proizvode i/ili usluge koje potrošač smatra zamjenjivim ili nadomjestivim zbog karakteristika proizvoda, njihove cijene i načina uporabe”.

<sup>(19)</sup> Predmet C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds*, EU:C:2000:279, točka 57. i predmet C-242/95, *GT-Link*, EU:C:1997:376, točka 36. Trebalo bi prepoznati da određivanje tržišta nije krajnji cilj, već je dio procesa, točnije, ocjenjivanja stupnja tržišne snage poduzeća.

<sup>(20)</sup> Spojeni predmeti C-68/94 i C-30/95, *Francuska i ostali protiv Komisije*, EU:C:1998:148. Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavak 12.

<sup>(21)</sup> Glavna tržišta proizvoda i usluga zbog čijih se obilježja, u načelu, može opravdati uvođenjem *ex ante* regulatornih obveza utvrđena su u Preporuci 2014/710/EU, a državna regulatorna tijela dužna su ih u najvećoj mjeri uzeti u obzir pri određivanju mjerodavnih tržišta.

<sup>(22)</sup> Kako je navedeno u Obavijesti o utvrđivanju tržišta iz 1997., s ekonomskog stajališta, za utvrđivanje mjerodavnog tržišta, zamjena na strani potražnje najizravniji je i najučinkovitiji stegovni učinak na dobavljače određenog proizvoda, posebno u odnosu na njihove cjenovne odluke.

<sup>(23)</sup> Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavak 24.

28. Zamjenjivost na strani potražnje upotrebljava se za mjerenje opsega u kojem su potrošači spremni zamijeniti ostale usluge ili proizvode za predmetnu uslugu ili proizvod<sup>(24)</sup>, dok zamjenjivost na strani ponude ukazuje na to bi li ostali dobavljači, koji ne nude predmetni proizvod ili uslugu, odmah ili u kratkom roku<sup>(25)</sup> prebacili svoju proizvodnju na relevantne proizvode ili usluge, ili ponudili takve proizvode ili usluge bez izlaganja većim dodatnim troškovima<sup>(26)</sup>. Zamjena na strani ponude posebno je bitna u mrežnim industrijama kao što su elektroničke komunikacije jer se ista mreža može upotrebljavati za pružanje različitih vrsta usluga<sup>(27)</sup>. Razlika između potencijalne konkurencije i zamjene ponude zasniva se na činjenici da je reakcija na povećanje cijene u segmentu zamjene na strani ponude brza, dok će potencijalnim novim operatorima vjerojatno trebati više vremena za početak opskrbljivanja tržišta. Zamjena ponude ne uključuje znatne dodatne troškove, dok potencijalni subjekt može ući na tržište uz znatne nenadoknadive troškove<sup>(28)</sup> te ga se zato ne uzima u obzir u fazi određivanja tržišta<sup>(29)</sup>.
29. Jedan od načina na koji je moguće ocijeniti postojanje zamjene na strani potražnje i na strani ponude može biti primjena testa „hipotetskog monopola” ili testa SSNIP<sup>(30)</sup>. Na temelju tog testa državno regulatorno tijelo trebalo bi postaviti pitanje što bi se dogodilo u slučaju malenog, ali značajnog i neprelaznog povećanja cijene određenog proizvoda ili usluge pod pretpostavkom da cijene ostalih proizvoda ili usluga ostanu stalne („povećanje relativne cijene”). I dok će značaj povećanja relativne cijene ovisiti o svakom pojedinačnom slučaju, državna regulatorna tijela trebala bi uzeti u obzir reakcije kupaca (potrošača ili poduzeća) na maleno, ali neprelazno povećanje cijene u rasponu od 5 do 10 %. Na temelju reakcija kupaca bit će moguće odrediti postoje li zamjenjivi proizvodi te, ako postoje, mjesto potrebnog razgraničenja mjerodavnog tržišta proizvoda<sup>(31)</sup>.
30. Državno regulatorno tijelo, kao polaznu točku, trebalo bi najprije utvrditi uslugu ili proizvod elektroničkih komunikacija koji se nudi na određenom geografskom području i na koji se mogu primjenjivati regulatorne obveze. Državno regulatorno tijelo zatim može dodati dodatne proizvode ili područja ovisno o tome ograničava li se njihovim natjecanjem cijena glavnog predmetnog proizvoda ili usluge. Budući da će se neki kupci vjerojatno zbog povećanja relativne cijene skupa proizvoda prebaciti na alternativne usluge ili proizvode, a posljedica toga bit će smanjena prodaja, ključno je odrediti bi li pad prodaje bio tako velik da ga operatori ne bi mogli nadoknaditi većim prihodima koje bi inače zaradili nakon povećanja cijene. Na temelju ocjene zamjene na strani potražnje i na strani ponude može se izmjeriti je li prodaja pala ispod „kritične razine” (čime povećanje relativne cijene postaje neisplativo) te je, prema tome, moguće odrediti opseg mjerodavnog tržišta. Stoga bi državno regulatorno tijelo taj test trebalo primijeniti do stupnja na kojem se može utvrditi da će povećanje relativne cijene na geografskom tržištu i tržištu proizvoda biti isplativo, tj. ono više neće biti uzrok pada prodaje ispod kritične razine zato što postoje lako dostupni zamjenski proizvodi ili su dobavljači smješteni u drugim područjima.
31. U pravu tržišnog natjecanja test hipotetskog monopola primjenjuje se na proizvode ili usluge čije su cijene slobodno određene i ne podliježu regulaciji. Kad je riječ o *ex ante* regulaciji, tj. kada se proizvod ili usluga već nude po reguliranoj cijeni koja se temelji na trošku, pretpostavit će se da je regulirana cijena utvrđena na razini tržišnog natjecanja<sup>(32)</sup> te bi tu cijenu trebalo uzeti u obzir kao polaznu točku za test hipotetskog monopola.

<sup>(24)</sup> Nije neophodno da se svi potrošači prebace na konkurentski proizvod, već je dovoljno da se dovoljan broj njih prebaci tako da povećanje relativne cijene ne bude isplativo. Taj je zahtjev u skladu s načelom „dostatne zamjenjivosti” koje je utvrđeno u sudskoj praksi Suda Europske unije. Vidjeti bilješku 27.

<sup>(25)</sup> Shvaćanje pojma „kratkog roka” ovisi o obilježjima tržišta i nacionalnim okolnostima. Komisija je u točki 580. predmeta COMP/39.525, Telekomunikacija Poljska, utvrdila da je „riječ o zamjeni na strani ponude ako dobavljači mogu prijeći na proizvodnju relevantnih proizvoda i u kratkom ih roku plasirati na tržište kao reakciju na male i trajne promjene relativnih cijena”. U skladu s bilješkom 4. uz stavak 20. Obavijesti o utvrđivanju tržišta iz 1997. relevantno razdoblje „takvo je razdoblje koje ne povlači za sobom znatnu prilagodbu postojeće materijalne i nematerijalne imovine.”

<sup>(26)</sup> Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavak 20.

<sup>(27)</sup> Vidjeti COMP/39.525, Telekomunikacija Poljska, točka 580.

<sup>(28)</sup> Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavci 20.–23., predmet IV/M.1225 – Enso/Stora, SL L 254, 29.9.1999., točka 39.

<sup>(29)</sup> Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavak 24.

<sup>(30)</sup> Vidjeti predmet T-83/91, Tetra Pak protiv Komisije, EU:T:1994:246, točka 68. Taj je test poznat i pod nazivom test SSNIP (eng. small but significant non transitory increase in price, maleno, ali značajno i neprelazno povećanje cijene). Premda je test SSNIP tek jedan od primjera metode koja se upotrebljava za određivanje mjerodavnog tržišta te unatoč njegovoj formalnoj ekonometrijskoj prirodi ili dopuštenoj količini pogrešaka (takozvana „celofanska zabluda”), njegova se važnost zasniva prvenstveno na upotrebi tog testa kao konceptualnog alata kojim se ocjenjuju dokazi o tržišnom natjecanju između različitih proizvoda ili usluga.

<sup>(31)</sup> Drugim riječima, ako je unakrsna cjenovna elastičnost potražnje za dva proizvoda visoka, može se zaključiti da potrošači na te proizvode gledaju kao na bliske zamjenske proizvode. Ako, osim povećanja cijena, na odabir potrošača utječu neki drugi čimbenici, test SSNIP možda nije primjeren za mjerenje zamjenjivosti proizvoda. Vidjeti predmet T-25/99, Colin Arthur Roberts i Valérie Ann Roberts protiv Komisije, EU:T:2001:177. Vidjeti i Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavak 17.

<sup>(32)</sup> Ta se pretpostavka može osporiti ako postoje čvrsti pokazatelji da prethodno regulirana cijena nije utvrđena na razini tržišnog natjecanja. U takvim će okolnostima možda biti primjereno kao početnu točnu upotrijebiti cijenu određenu na temelju doradenog modela troška ili sustavnog vrednovanja.

32. Vjerojatno će biti teško empirijski primijeniti test SSNIP ako nema lako dostupnih proizvoda i cijena. Ako na mreži takav komercijalni ili regulirani proizvod ne postoji, a bilo bi ga moguće (potencijalno) ponuditi u tehničkom i komercijalnom smislu, državna regulatorna tijela trebala bi razmotriti mogućnost samoopskrbe na toj mreži radi razgraničenja tržišta te zamisliti teoretsko tržište koje obuhvaća samoopskrbu u slučaju nanošenja štete potrošačima na maloprodajnom tržištu i postojanja potencijalne potražnje za takvim proizvodom<sup>(33)</sup>.

## 2.2. Određivanje tržišta proizvoda

33. U skladu s ustaljenom sudskom praksom mjerodavno tržište proizvoda obuhvaća sve proizvode ili usluge koji su dovoljno zamjenjivi ili nadomjestivi ne samo zbog svojih objektivnih karakteristika, cijene ili načina uporabe, nego i zbog uvjeta tržišnog natjecanja i/ili strukture ponude i potražnje na predmetnom tržištu<sup>(34)</sup>. Proizvodi ili usluge koji su zamjenjivi samo u maloj ili ograničenoj mjeri nisu dio istog tržišta<sup>(35)</sup>. Stoga bi državna regulatorna tijela trebala pokrenuti postupak određivanja mjerodavnog tržišta proizvoda ili usluga objedinjavanjem proizvoda ili usluga koje potrošači upotrebljavaju u istu svrhu (krajnja uporaba).
34. Iako je krajnja uporaba proizvoda ili usluge usko povezana s njihovim fizičkim karakteristikama, različite vrste proizvoda ili usluga mogu se upotrebljavati kako bi se postigao isti cilj.
35. Sve većim približavanjem različitih tehnologija možda će se među različitim uslugama postići zamjenjivost proizvoda, što operatorima često omogućuje da u maloprodaji ponude slične pakete proizvoda. Na primjer, zbog uporabe sustava digitalnog prijenosa može doći do pojave sličnosti u radu i karakteristikama mrežnih usluga u kojima se primjenjuju različite tehnologije.
36. Osim toga, kao potencijalna sila u tržišnom natjecanju s postojećim maloprodajnim komunikacijskim uslugama pojavile su se takozvane „over-the-top” (OTT) usluge ili drugi komunikacijski putovi povezani s internetom. Stoga bi državna regulatorna tijela trebala ocijeniti mogu li se, na osnovi usmjerenoj prema budućnosti, u okviru takvih usluga ponuditi proizvodi koji će djelomično ili potpuno zamijeniti tradicionalne telekomunikacijske usluge<sup>(36)</sup>.
37. Stoga, osim što bi državna regulatorna tijela trebala razmotriti proizvode ili usluge koji su zbog svojih objektivnih karakteristika, cijena i načina uporabe dostatno zamjenjivi, trebala bi ujedno preispitati, ako je potrebno, prevladavajuće uvjete zamjene potražnje te, ako je primjereno, uvjete zamjene ponude na način da primjene test hipotetskog monopola ili test SSNIP kako bi pripremila svoju analizu određivanja tržišta.

### Zamjena na strani potražnje

38. Državna regulatorna tijela na temelju zamjene na strani potražnje mogu utvrditi zamjenjive proizvode ili asortiman proizvoda na koji bi se kupci jednostavno mogli prebaciti reagirajući na hipotetski maleno, ali značajno i neprelazno povećanje relativne cijene. Pri utvrđivanju postojanja zamjenjivosti potražnje državna regulatorna tijela trebala bi razmotriti svaki dokaz o prijašnjem ponašanju kupaca te ocijeniti vjerojatnu reakciju kupaca i dobavljača na takvo povećanje cijene predmetne usluge.
39. Međutim, veliki troškovi prebacivanja mogu, među ostalim, biti razlog za onemogućavanje kupaca da neki proizvod ili uslugu zamijene drugima zbog malenog, ali značajnog i neprelaznog povećanja relativne cijene. Kupci koji su uložili u posebnu tehnologiju ili izvršili neka druga potrebna ulaganja kako bi primili uslugu ili upotrebljavali proizvod možda neće htjeti pristati na dodatne troškove prebacivanja na inače zamjenjivu uslugu ili proizvod, ili mogu smatrati da su troškovi prebacivanja previsoki. Isto tako, kupci se možda ne mogu osloboditi dugoročnih ugovora sklopljenih sa sadašnjim pružateljem usluge ili proizvoda. U skladu s tim, u situaciji u kojoj se kupci suočavaju sa znatnim troškovima prebacivanja kako bi proizvod A zamijenili proizvodom B, moguće je da ta dva proizvoda ne pripadaju istom mjerodavnom tržištu.

<sup>(33)</sup> Objašnjenje uz Preporuku 2014/710/EU, SWD(2014)298, stranica 18.; predmet NL/2015/1727, C(2015)3078. Vidjeti i CZ/2017/1985.

<sup>(34)</sup> Predmet C-333/94 P, Tetra Pak protiv Komisije, EU:C:1996:436, točka 13., predmet 31/80 L'Oréal, EU:C:1980:289, točka 25., predmet 322/81, Michelin protiv Komisije, EU:C:1983:313, točka 37., predmet C-62/86, AkzoChemie protiv Komisije, EU:C:1991:286, točka 51., predmet T-504/93, Tiercé Ladbroke protiv Komisije, EU:T:1997:84, točka 81., T-65/96, Kish Glass protiv Komisije, EU:T:2000:93, točka 62., predmet C-475/99, Ambulanz Glöckner i Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, točka 3 Test dostatne nadomjestivosti ili zamjenjivosti prvi je put utvrdio Sud Europske unije u predmetu 6/72, Europemballage i Continental Can protiv Komisije, EU:C:1973:22, točka 32. i predmetu 85/76, Hoffmann La-Roche protiv Komisije, EU:C:1979:36, točka 23.

<sup>(35)</sup> Predmet C-333/94 P, Tetra Pak protiv Komisije, EU:C:1996:436, točka 13., predmet 66/86, Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, točke 39. i 40., predmet 27/76, United Brands protiv Komisije, EU:C:1978:22, točke 22. i 29. te 12.; predmet T-229/94, Deutsche Bahn protiv Komisije, EU:T:1997:155, točka 54. Sud je u predmetu Tetra Pak potvrdio sljedeće: činjenica da je potražnja za kartonskom ambalažom za voćne sokove tijekom određenog vremena bila vrlo mala i stabilna u usporedbi s potražnjom za kartonskom ambalažom za mlijeko dokaz je neznatne zamjenjivosti sektora za ambalažu mlijeka i sektora za pakiranje nemliječnih proizvoda, *idem*, stavci 13. i 15.

<sup>(36)</sup> Ako se ne mogu pronaći obrasci dostatne zamjenjivosti kojima bi se opravdalo uključivanje na mjerodavno tržište proizvoda takvih usluga zasnovanih na OTT-u, državna regulatorna tijela ipak bi u fazi ocjene značajne tržišne snage trebala razmotriti potencijalne prepreke tržišnom natjecanju koje postoje pri pružanju tih usluga (vidjeti i predmete CZ/2017/1985 i CZ/2012/1322 u nastavku).

40. Tehnološke promjene na maloprodajnoj razini uglavnom su dovele do tržišnog natjecanja među platformama jer je utvrđeno da su maloprodajne usluge istovjetne i sve više zamjenjive<sup>(37)</sup>. Test SSNIP trebalo bi primijeniti kako bi se utvrdilo je li potrebno uvrstiti u jedinstveno veleprodajno tržište različite veleprodajne platforme kao što su one za bakrenu žicu, optička vlakna i kabele. S obzirom na to da je analiza po svojoj prirodi usmjerena na budućnost, takvom bi se ocjenom u obzir trebala uzeti činjenica da potencijalni tražitelji pristupa koji zasada ne pružaju usluge na temelju pristupa ne moraju pri odabiru svoje platforme za pristup razmišljati o troškovima prebacivanja. U toj ocjeni trebalo bi se na pojedinačnoj osnovi utvrditi važnost takvog ulaska na tržište, vodeći pri tome računa o tome da je razmjere budućeg ulaska vrlo teško predvidjeti. Nadalje, u takvoj bi se analizi trebala iznijeti pretpostavka o hipotetskom sustavu natjecateljskog pristupa koji je omogućen regulacijom, a pritom treba zanemariti prepreke prebacivanju koje nije moguće objektivno opravdati i koje su mrežni operatori možda umjetno povećali kako bi spriječili prebacivanje s određene platforme ili na neku platformu.

#### *Zamjena na strani ponude*

41. Kada ocjenjuju opseg zamjene ponude, državna regulatorna tijela mogu uzeti u obzir vjerojatnost da poduzeća koja trenutačno nisu aktivna na mjerodavnom tržištu proizvoda odluče ući na tržište u kratkom roku nakon malenog, ali značajnog i neprelaznog povećanja relativne cijene. Jasno je da će točan rok za ocjenu mogućih reakcija drugih dobavljača na povećanje relativne cijene ovisiti o obilježjima svakog tržišta i o njemu bi trebalo odlučiti na pojedinačnoj osnovi. Ako su ukupni troškovi prelaska na proizvodnju predmetnog proizvoda relativno zanemarivi, taj se proizvod može uvrstiti u određeno tržište proizvoda. Državna regulatorna tijela trebaju potvrditi bi li određeni dobavljač zaista upotrijebio svoju produktivnu imovinu ili je preusmjerio kako bi proizvodio relevantni proizvod ili ponudio relevantnu uslugu (na primjer, jesu li takvi dobavljači angažirani u okviru dugoročnih ugovora o nabavi itd.).
42. Pažnju bi trebalo posvetiti i svim postojećim pravnim zahtjevima ili drugim regulatornim zahtjevima kojima bi se mogao onemogućiti pravovremeni ulazak na mjerodavno tržište te time negativno utjecati na zamjenu na strani ponude.

#### *Lanac zamjene*

43. Granice mjerodavnog tržišta mogu se proširiti da se obuhvate proizvodi ili geografska područja koji bi, iako nisu izravno zamjenjivi, trebali biti uključeni u određivanje tržišta zbog zamjenjivosti lanca<sup>(38)</sup>. Lanac je zamjenjiv ako se može dokazati da, iako proizvodi A i C nisu izravno zamjenjivi, proizvodom B mogu se zamijeniti proizvod A i proizvod C pa stoga proizvodi A i C mogu biti na istom tržištu proizvoda jer njihove cijene mogu biti ograničene zamjenjivošću proizvoda B. Ista se logika primjenjuje i u slučaju određivanja geografskog tržišta. S obzirom na rizik karakterističan za nepropisno proširenje opsega mjerodavnog tržišta, nalaze o zamjenjivosti lanca trebalo bi primjereno potkrijepiti<sup>(39)</sup>.
44. Ako se cijenama tehnologija prethodne ili sadašnje generacije mogu ograničiti cijene budućih generacija, vjerojatno postoji lanac zamjene čime bi se opravdalo objedinjavanje tehnologija svih generacija u isto mjerodavno tržište proizvoda. Takva cjenovna ograničenja u pravilu će se primjećivati u pogledu tehnologija različitih generacija pa se općenito smatra da te tehnologije pripadaju istom tržištu.
45. Nakon što većina kupaca prijeđe na učinkovitiju infrastrukturu, moguće je da će se skupina korisnika još koristiti starom tehnologijom. U tom bi slučaju državna regulatorna tijela trebala zauzeti regulatorni pristup kojim se dalje ne potiče ciklus vezanost određivanjem preuskih zatvorenih tržišta.

### **2.3. Određivanje geografskog tržišta**

46. Nakon što se utvrdi mjerodavno tržište proizvoda, u sljedećoj fazi treba odrediti njegovu geografsku dimenziju. Tek nakon što se odredi geografska dimenzija tržišta proizvoda ili usluga državno regulatorno tijelo može propisno ocijeniti uvjete tržišnog natjecanja na tom tržištu.
47. Postupak razgraničenja geografskih tržišta odvija se u skladu s načelima istovjetnim onima iz prethodnog odjeljka koja se odnose na ocjenjivanje zamjene na strani potražnje i ponude kao reakcije na povećanje relativne cijene.

<sup>(37)</sup> Iako su državna regulatorna tijela u pravilu utvrdila da maloprodajne usluge koje se pružaju preko fiksnih mreža pripadaju istom maloprodajnom tržištu bez obzira na temeljnu platformu prijenosa (tj. neovisno o tome pruža li se maloprodajna usluga posredstvom koaksijalnog kabela, kabela od optičkih vlakana ili bakrene žice), ta su tijela općenito utvrdila da maloprodajne usluge koje se pružaju preko fiksnih i pokretnih mreža pripadaju odvojenim tržištima.

<sup>(38)</sup> Vidjeti Obavijest o utvrđivanju tržišta iz 1997., stavci 57. i 58. Na primjer, lanac bi mogao biti zamjenjiv ako poduzeće koje na nacionalnoj razini pruža usluge ograniči cijene koje naplaćuju poduzeća koja pružaju usluge geografskim tržištima. O tome može biti riječ ako su cijene koje naplaćuju poduzeća koja pružaju usluge kabela mreža na određenim područjima ograničene vladajućim položajem poduzeća koje posluje na nacionalnoj razini. Vidjeti i: Predmet COMP/M.1628 – TotalFina/Elf, točka 188.

<sup>(39)</sup> Iz dokaza bi trebala biti jasno vidljiva međuovisnost cijene na krajnjim točkama lanca. Stupanj zamjenjivosti relevantnih proizvoda ili geografskih područja trebao bi biti dovoljno visok.

48. U skladu s ustaljenom sudskom praksom mjerodavno geografsko tržište obuhvaća područje na kojem su predmetna poduzeća uključena u ponudu i potražnju relevantnih proizvoda ili usluga, na kojem su uvjeti tržišnog natjecanja dovoljno ujednačeni i koja se mogu razlikovati od susjednih područja na kojima su prevladavajući uvjeti tržišnog natjecanja znatno različiti <sup>(40)</sup>. Područja na kojima su uvjeti tržišnog natjecanja ujednačeni ne čine jedinstveno tržište <sup>(41)</sup>.
49. Kad je riječ o odabiru geografske jedinice kojom bi državno regulatorno tijelo trebalo započeti svoju ocjenu, Komisija je često navodila <sup>(42)</sup> da bi državna regulatorna tijela trebala osigurati da su te jedinice: (a) odgovarajuće veličine, tj. dovoljno malene da se u svakoj jedinici izbjegnju značajne izmjene uvjeta tržišnog natjecanja, no dovoljno velike da se izbjegne zahtjevna mikroanaliza za čiju bi izradu trebalo puno resursa i koja bi mogla dovesti do rascjepkivosti tržišta, (b) takve da odražavaju mrežnu strukturu svih relevantnih operatora i (c) određene jasnim i stabilnim granicama u budućem razdoblju.
50. Ako se utvrdi da postoje regionalne razlike za koje se ipak smatra da nisu dovoljne kako bi se njima opravdalo određivanje različitih geografskih tržišta ili značajne tržišne snage, državna regulatorna tijela mogu primijeniti geografski diferencirana pravna sredstva <sup>(43)</sup>. Stabilnost diferenciranosti, a posebno stupanj do kojeg je moguće jasno utvrditi granicu područja tržišnog natjecanja koja ostaje postojana tijekom vremena, ključ je razlikovanja geografske segmentacije na razini određivanja tržišta i segmentacije pravnog sredstva.
51. Geografski opseg mjerodavnog tržišta u sektoru elektroničkih komunikacija tradicionalno se utvrđuje na temelju dva glavna kriterija <sup>(44)</sup>:
- (a) područja obuhvaćenog mrežom <sup>(45)</sup>; i
- (b) postojanja pravnih i drugih regulatornih instrumenata <sup>(46)</sup>.

### 3. OCJENA ZNAČAJNE TRŽIŠNE SNAGE

52. Na temelju članka 14. stavka 2. Direktive 2002/21/EZ smatra se da poduzeće ima značajnu tržišnu snagu ako, pojedinačno ili zajednički s drugima, uživa položaj koji je jednak vladajućem, tj. uživa položaj ekonomske snage zbog koje se može ponašati u značajnoj mjeri neovisno o konkurentima, kupcima i konačno, potrošačima <sup>(47)</sup>.

#### 3.1. Pojedinačna značajna tržišna snaga

53. Pojedinačna značajna tržišna snaga utvrđuje se na temelju niza kriterija čija se ocjena navodi u nastavku, a pritom se uzimaju u obzir zahtjevi iz članka 16. Direktive 2002/21/EZ navedeni u stavku 13. ovih Smjernica.
54. Kada se razmatra tržišna snaga nekog poduzeća, važno je uzeti u obzir tržišni udjel tog poduzeća <sup>(48)</sup> te njegove konkurente i prepreke koje u srednjoročnom razdoblju postavljaju potencijalni konkurenti. Tržišni udjeli mogu državnim regulatornim tijelima poslužiti kao prvi korisni pokazatelj strukture tržišta i relativne važnosti različitih operatora aktivnih na tržištu. Međutim, Komisija će protumačiti tržišne udjele u kontekstu uvjeta na mjerodavnom tržištu, a posebno u kontekstu dinamike tržišta i opsega diferenciranosti proizvoda <sup>(49)</sup>.

<sup>(40)</sup> United Brands, *op. cit.*, točka 44., Michelin, *op. cit.*, točka 26., predmet 247/86 Alsatel protiv Novasama, EU:C:1988:469, točka 15.; Tiercé Ladbroke protiv Komisije, *op. cit.*, točka 102.

<sup>(41)</sup> Deutsche Bahn protiv Komisije, *op. cit.*, točka 92. Predmet T-139/98, AAMS protiv Komisije, EU:T:2001:272, točka 39.

<sup>(42)</sup> Vidjeti, na primjer, odjeljak 2.5. Objašnjenja uz Preporuku 2014/710/EU, SWD(2014) 298.

<sup>(43)</sup> Objašnjenje uz Preporuku 2014/710/EU, SWD(2014)298, stranica 14. Vidjeti i CZ/2012/1322.

<sup>(44)</sup> Vidjeti, na primjer, predmet IV/M.1025 – Mannesmann/Olivetti/Infostrada, točka 17., i predmet COMP/JV.23 – Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom.

<sup>(45)</sup> To će područje u praksi odgovarati granicama područja na kojem je operatoru dopušteno poslovanje. Komisija je u predmetu COMP/M.1650 – ACEA/Telefónica, točka 16., istaknula da s obzirom na to da će prijavljeni zajednički pothvat imati dozvolu koja je ograničena na područje Rima geografsko tržište može se odrediti kao lokalno.

<sup>(46)</sup> Na primjer, operatori pokretnih mreža mogu pružati usluge pokretnih komunikacija samo na geografskim područjima za koja imaju ovlaštenja za uporabu radijskog spektra pa tako pridonose geografskoj dimenziji mjerodavnih tržišta; vidjeti predmet IV/M.1439 – Telia/Telenor, točka 124., predmet IV/M.1430 – Vodafone/Airtouch, točke 13.–17., predmet COMP/JV.17 – Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, točka 15.

<sup>(47)</sup> Ta definicija odgovara definiciji kojom se u sudskoj praksi opisuje koncept vladajućeg položaja iz članka 102. Ugovora. Vidjeti United Brands, *op. cit.*, točka 65.; Hoffmann-La Roche protiv Komisije, *op. cit.*, točka 38.,

<sup>(48)</sup> U smislu vrijednosti, obujma, priključnih linija, pretplatničkih brojeva, a prema potrebi određenog tržišta.

<sup>(49)</sup> Vidjeti točku 13. Komunikacije Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koje za posljedicu može imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta.



55. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, vrlo veliki tržišni udjel (veći od 50 %) koji poduzeće posjeduje neko vrijeme može sam po sebi biti dokaz postojanja vladajućeg položaja, osim u izvanrednim okolnostima<sup>(50)</sup>. Iskustvo pokazuje da što je veći tržišni udjel i dulje razdoblje njegova posjedovanja, to je vjerojatnije da je takav udjel važan preliminarni pokazatelj značajne tržišne snage<sup>(51)</sup>.
56. Međutim, čak i kad je riječ o poduzeću koje ima veliki tržišni udjel, ono se možda neće moći u značajnoj mjeri ponašati neovisno o kupcima koji imaju dovoljno pregovaračke snage<sup>(52)</sup>. Osim toga, činjenica da poduzeće koje inače ima snažan položaj na tržištu postupno gubi tržišni udjel može biti dobar pokazatelj sve jačeg tržišnog natjecanja, no time se ne isključuje utvrđivanje značajne tržišne snage. Znatne promjene u tržišnom udjelu u određenom razdoblju mogu biti pokazatelj nepostojanja tržišne snage na mjerodavnom tržištu. Mogućnost da novi operator brzo poveća svoj tržišni udjel može isto tako biti odraz činjenice da je na predmetnom mjerodavnom tržištu jače tržišno natjecanje i da se prepreke ulasku<sup>(53)</sup> mogu prevladati u razumnom roku<sup>(54)</sup>.
57. Ako je tržišni udjel visok<sup>(55)</sup>, no ispod praga od 50 %, državna regulatorna tijela trebala bi se u svojoj ocjeni značajne tržišne snage osloniti na druga ključna strukturna obilježja tržišta. Prije donošenja zaključaka o postojanju značajne tržišne snage ta bi tijela trebala provesti temeljitu strukturnu evaluaciju gospodarskih obilježja mjerodavnog tržišta.
58. Necjeloviti popis kriterija u nastavku bitan je za mjerenje tržišne snage poduzeća zbog koje se ono može ponašati u znatnoj mjeri neovisno o svojim konkurentima, kupcima i potrošačima<sup>(56)</sup>:
- prepreke ulasku,
  - prepreke širenju,
  - apsolutna i relativna veličina poduzeća,
  - nadzor infrastrukture koji se ne može lako kopirati,
  - tehnološke i komercijalne prednosti ili nadmoć,
  - nedostatak protutežne kupovne moći ili mala protutežna kupovna moć,
  - jednostavan ili povlašten pristup tržištima kapitala/financijskim resursima,
  - diversifikacija proizvoda/usluga (na primjer, proizvodi ili usluge u paketu),
  - ekonomije razmjera,
  - ekonomije opsega,
  - izravni i neizravni mrežni učinci<sup>(57)</sup>,

<sup>(50)</sup> AKZO Chemie protiv Komisije, op. cit., točka 60.; predmet T-228/97, Irish Sugar protiv Komisije, EU:T:1999:246, točka 70., Hoffmann-La Roche protiv Komisije, op. cit., točka 41., AAMS i ostali protiv Komisije, op. cit., točka 51.. Međutim, veliki tržišni udjel može biti točan pokazatelj samo pod pretpostavkom da konkurenti ne mogu u dovoljnom obujmu proširiti svoju proizvodnju kako bi udovoljili zahtjevima potražnje koja se mijenja zbog povećanja konkurentskih cijena. Irish Sugar protiv Komisije, op. cit., točke od 97. do 104.

<sup>(51)</sup> Vidjeti točku 15. Komunikacije Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koje za posljedicu može imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta.

<sup>(52)</sup> Vidjeti točku 18. Komunikacije Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koje za posljedicu može imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta.

<sup>(53)</sup> Prepreke ulasku u tom sektoru mogu biti strukturne, pravne ili regulatorne. Strukturne prepreke ulasku posljedica su izvornih troškova ili uvjeta potražnje kojima se stvaraju asimetrični uvjeti između postojećih pružatelja usluga i novih operatora, što može ugroziti ili spriječiti ulazak novih operatora na tržište. Pravne ili regulatorne prepreke ne temelje se na gospodarskim uvjetima, već su rezultat zakonodavnih, administrativnih ili drugih mjera koje imaju izravni učinak na uvjete za ulazak i/ili položaj operatora na mjerodavnom tržištu. Vidjeti Preporuku Komisije 2014/710/EU.

<sup>(54)</sup> Predmet COMP/M.5532 – Carphone Warehouse/TiscaliUK.

<sup>(55)</sup> Prema iskustvu Komisije nije vjerojatno da će poduzeće uživati vladajući položaj ako je njegov tržišni udjel na mjerodavnom tržištu manji od 40 %. Međutim, mogući su posebni slučajevi ispod tog praga ako tržišni natjecatelji ne mogu učinkovito ograničiti postupanje poduzetnika u vladajućem položaju. Vidjeti United Brands, op. cit. i predmet COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

<sup>(56)</sup> Predmeti NL/2017/1958-59 i NL/2017/1960. Vidjeti predmet PT/2017/2023.

<sup>(57)</sup> Izravni mrežni učinci postoje kada se vrijednost koju potrošač dobiva iz proizvoda ili usluge povećava jer taj proizvod ili uslugu upotrebljavaju drugi potrošači. Neizravni mrežni učinci pojavljuju se kada se ta vrijednost povećava zbog povećane upotrebe dopunskih proizvoda ili usluga.

- vertikalna integracija,
- vrlo razvijena mreža za distribuciju i prodaju,
- zaključivanje dugoročnih sporazuma i sporazuma o održivom pristupu,
- ulaženje u ugovorne odnose s drugim tržišnim sudionicima što bi moglo dovesti do sprječavanja pristupa tržištu<sup>(58)</sup>,
- nedostatak potencijalne konkurencije.

Primijene li se odvojeno, prethodni kriteriji možda neće biti odlučujući za utvrđivanje značajne tržišne snage. Kako bi se takva tržišna snaga utvrdila, mora se primijeniti kombinacija čimbenika.

59. Mogućnost utvrđivanja značajne tržišne snage ovisi o ocjeni jednostavnosti ulaska na tržište. Prepreke ulasku u sektoru elektroničkih komunikacija često su velike, posebno zbog postojećih tehnoloških prepreka kao što je uzak spektar koje mogu ograničiti širinu dostupnog spektra ili zbog velikih infrastrukturnih ulaganja potrebnih za ulazak na mjerodavno tržište i nužnosti programiranja kapaciteta u dugom razdoblju kako bi bili isplativi<sup>(59)</sup>.
60. Međutim, velike prepreke ulasku mogu postati manje važne za tržišta koja obilježava trajni tehnološki napredak te posebno pojave li se nove tehnologije koje novim operatorima omogućavaju pružanje kvalitativno različitih usluga kojima se može dovesti u pitanje položaj operatora sa značajnom tržišnom snagom<sup>(60)</sup>. Na tržištima elektroničkih komunikacija prepreke tržišnom natjecanju mogu biti posljedica opasnosti od inovacija potencijalnih konkurenata koji se trenutačno ne nalaze na tržištu.
61. Državna regulatorna tijela stoga bi trebala u obzir uzeti vjerojatnost da poduzeća koja trenutačno nisu aktivna na mjerodavnom tržištu proizvoda u srednjoročnom razdoblju odluče ući na to tržište. Prema poduzećima koja u slučaju povećanja cijene dođu u položaj da prebace ili prošire svoju proizvodnju/usluge te uđu na tržište državna regulatorna tijela trebala bi postupati kao prema potencijalnim sudionicima na tržištu čak i ako trenutačno ne proizvode relevantni proizvod ili ne nude relevantnu uslugu.
62. Veća je vjerojatnost ulaska na tržište kada su potencijalni novi operatori već prisutni na susjednim tržištima<sup>(61)</sup> ili kada nude usluge koje su važne za pružanje bitnih maloprodajnih usluga ili protivljenje tim uslugama<sup>(62)</sup>. Mogućnost postizanja minimalne isplative razine poslovanja može biti ključna u utvrđivanju vjerojatnosti i održivosti ulaska<sup>(63)</sup>.
63. Državna regulatorna tijela trebala bi i pomno razmotriti ekonomije razmjera i opsega, mrežne učinke, važnost pristupanja oskudnim resursima te nenadoknadive troškove povezane s uvođenjem mreža.
64. Državna regulatorna tijela trebala bi isto tako razmotriti mogu li proizvodi ili usluge izvan mjerodavnog tržišta i temeljnih maloprodajnih tržišta biti (cjenovne) prepreke tržišnoj snazi postojećeg operatora, a primjer toga su OTT usluge sudionika koji pružaju usluge internetskih komunikacija. Stoga, čak i ako državno regulatorno tijelo smatra da prepreke koje nastaju zbog tih proizvoda i usluga na maloprodajnoj razini nisu dovoljne čvrste da se na maloprodajnom tržištu razvije djelotvorno tržišno natjecanje ili smatra da nisu dovoljno čvrste da ih se iskoristi kao neizravne prepreke pružanju veleprodajnih usluga (u svrhu određivanja veleprodajnog tržišta), potencijalne prepreke svejedno bi trebalo ocijeniti u fazi ocjene značajne tržišne snage<sup>(64)</sup>. S obzirom na to da trenutačno ne pružaju usluge pristupa, pružatelji OTT usluga općenito ne vrše konkurentski pritisak na pristup tržištima.

<sup>(58)</sup> Konkretno, sporazumi o roamingu, sporazumi o dijeljenju mreže te sporazumi o zajedničkom ulaganju kojima ne mogu pristupiti treće strane, a tim bi se sporazumima mogao, među ostalim, istisnuti neovisni trgovinski partner s kojim manji operator može poslovati. Vidjeti predmet COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

<sup>(59)</sup> Hoffmann-La Roche protiv Komisije, op. cit., točka 48. Najvažnije ulazne prepreke su ekonomije razmjera i nenadoknadivi troškovi. Te prepreke posebno su bitna stavka u sektoru elektroničkih komunikacija zbog činjenice da su velika ulaganja potrebna kako bi se izgradila, na primjer, učinkovita mreža elektroničkih komunikacija u okviru koje se pružaju usluge pristupa pa je stoga vjerojatno da bi bilo moguće nadoknaditi tek vrlo mali iznos ako novi operator odluči ući na tržište.

<sup>(60)</sup> Predmet COMP/M.5532, Carphone Warehouse/Tiscali UK, predmet COMP/M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus i predmet COMP/M.7612, Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

<sup>(61)</sup> Predmet COMP/M.1564 – Astrolink JV.

<sup>(62)</sup> Predmet COMP/M.1564 – Astrolink JV.

<sup>(63)</sup> Predmet COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

<sup>(64)</sup> Predmet FR/2014/1670.

### 3.2. Zajednička značajna tržišna snaga

65. Definiciju zajedničkog vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja oblikovao je Sud Europske unije u sudskoj praksi, a ona se s vremenom izmijenila. Koncept zajedničke značajne tržišne snage treba se temeljiti na istoj osnovi. Nekoliko pravno i ekonomski međusobno neovisnih poduzeća može imati vladajući položaj pod uvjetom da se, s ekonomskog stajališta, na određenom tržištu predstave ili djeluju kao zajednički subjekt<sup>(65)</sup>. Sud je u predmetu *Gencor*<sup>(66)</sup> ispitao kako zbog odgovarajućih obilježja tržišta može nastati odnos međuovisnosti između stranaka što svakoj strani omogućuje da predvidi ponašanje druge stranke. Kako je jasno navedeno u predmetu *Airtours*<sup>(67)</sup>, postojanje sporazuma ili drugih pravnih veza nije prijeko potrebno za utvrđivanje zajedničkog vladajućeg položaja. Rezultat takvog utvrđivanja može se temeljiti na ostalim povezujućim čimbenicima i ovisit će o ekonomskoj ocjeni, a posebno o ocjeni strukture tržišta<sup>(68)</sup>.
66. Zajednički vladajući položaj postoji kada, s obzirom na stvarna obilježja mjerodavnog tržišta, svaki član predmetnog vladajućeg oligopola, kako postaje svjestan zajedničkih interesa, smatra mogućim, ekonomski racionalnim te stoga i poželjnim da donese, na dugoročnoj osnovi, zajedničku politiku o svojem ponašanju na tržištu u cilju prodaje po cijenama koje su veće od konkurentskih, a da ne mora sklapati sporazume ili usklađeno djelovati u smislu članka 101. Ugovora te da nema stvarnih ili potencijalnih konkurenata, kupaca ili potrošača koji mogu učinkovito reagirati<sup>(69)</sup>.
67. Opći sud presudio je u predmetu *Airtours* da je za utvrđivanje zajedničkog vladajućeg položaja potrebno ispuniti tri uvjeta<sup>(70)</sup>:
- prvo, svaki član vladajućeg oligopola mora imati informacije o ponašanju ostalih članova kako bi mogao nadzirati primjenjuju li ti članovi zajedničku politiku. Nije dovoljno da je svaki član vladajućeg oligopola upoznat s time da svi zajedno mogu ostvariti korist samo iz međusobno ovisnog ponašanja na tržištu, već i svaki član mora isto tako znati prihvaćaju li ostali operatori istu strategiju i provode li je. Stoga, tržište mora biti dovoljno transparentno kako bi svi članovi vladajućeg oligopola dovoljno precizno i brzo dobili informacije o daljnjem načinu ponašanja ostalih članova na tržištu,
  - drugo, situacija prešutnog koordiniranog djelovanja mora trajati neko vrijeme, to jest mora postojati motiv da se na tržištu ne odstupi od zajedničke politike. Članovi vladajućeg oligopola mogu ostvariti korist jedino ako se svi stalno ponašaju usklađeno. Dakle, taj uvjet sadržava u sebi spoznajnu o kažnjavanju zbog ponašanja kojim se odstupa od zajedničke politike. Situacija zajedničkog vladajućeg položaja može jedino potrajati ako postoje primjereni odvrćući čimbenici kojima se osigurava dugoročni motiv da se ne odstupi od zajedničke politike, a to znači da svaki član vladajućeg oligopola mora shvatiti da ako izazove natjecateljsku bitku kako bi povećao svoj tržišni udjel, identično ponašanje može očekivati od ostalih članova pa, prema tome, ne bi imao koristi od takve inicijative,
  - treće, kako bi se u skladu s potrebnim pravnim standardom dokazalo postojanje vladajućeg položaja, nužno je i utvrditi da predvidiva reakcija sadašnjih i budućih konkurenata kao i potrošača neće ugroziti rezultate koji se očekuju od zajedničke politike.
68. Sud je u predmetu *Impala II.*<sup>(71)</sup> potvrdio da su to kriteriji kojima se utvrđuju uvjeti pri kojima je veća vjerojatnost pojave prešutnog koordiniranog djelovanja. Sud Europske unije smatra da je vjerojatnost takvog prešutnog sporazuma veća je ako se konkurenti lako mogu sporazumjeti o načinu funkcioniranja koordiniranog djelovanja i posebno o parametrima koji mogu poslužiti kao središnja točka<sup>(72)</sup> predloženog koordiniranog djelovanja. Istodobno, Sud je naveo da je potrebno izbjeći automatski pristup prema kojem bi se odvojeno provjeravao svaki od tih kriterija sam za sebe, a da se pritom u obzir ne uzima sveukupni ekonomski mehanizam hipotetskog prešutnog koordiniranog djelovanja<sup>(73)</sup>. Obilježja tržišta ocjenjuju se upućivanjem na mehanizam hipotetskog koordiniranog djelovanja.

<sup>(65)</sup> Predmet C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, točke 35.–36.

<sup>(66)</sup> Predmet T-102/96, *Gencor Ltd protiv Komisije*, EU:T:1999:65, točka 163.

<sup>(67)</sup> Predmet T-342/99, *Airtours plc protiv Komisije*, EU:T:2002:146.

<sup>(68)</sup> *Compagnie Maritime Belge*, točka 45.

<sup>(69)</sup> Predmet T-342/99, *Airtours plc protiv Komisije*, EU:T:2002:146, točka 61.; predmet C-413/06, *Impala II.*, EU:C:2008:392, točka 122.

<sup>(70)</sup> *Ibidem*, točka 62.

<sup>(71)</sup> *Impala II.*, točka 123.

<sup>(72)</sup> Što se shvaća kao prešutno razumijevanje uvjeta koordiniranog djelovanja poduzeća koja imaju zajednički vladajući položaj, a to će rješenje operatori koji sklapaju prešutne sporazume rado primijeniti u određenim tržišnim okolnostima, no da bi ono zaživjelo, tržište treba biti transparentno. Vidjeti točku 123. presude u predmetu *Impala II.*

<sup>(73)</sup> *Ibidem*, točka 125.

69. S obzirom na navedeno, kada državna regulatorna tijela utvrđuju imaju li dva ili više poduzeća na mjerodavnom tržištu zajedničku značajnu tržišnu snagu kako bi odredila trebaju li im uvesti *ex ante* regulatorne obveze, moraju provesti analizu vjerojatnih promjena tijekom sljedećeg razdoblja preispitivanja <sup>(74)</sup>. Uzimajući u obzir sve čimbenike na temelju ekonomskog testa koji odredi Sud moraju razmotriti bi li uvjeti na tržištu pridonijeli mehanizmu prešutnog koordiniranog djelovanja. Kako je navedeno u uvodnoj izjavi 26. Direktive 2002/21/EZ, dva ili više poduzeća mogu dijeliti vladajući položaj ne samo kada među njima postoje strukturne ili druge veze nego i kada je struktura mjerodavnog tržišta povoljna za zajedničko djelovanje.
70. U budućoj analizi moraju se uzeti u obzir očekivane ili predvidive promjene na tržištu u sljedećem razdoblju preispitivanja kako bi se utvrdilo je li moguće da će na tržištu doći do sklapanja prešutnih sporazuma. Vjerojatnost elemenata ekonomskog testa koji je utvrdio Sud mora se potvrditi sagledavanjem struktura tržišta i svih dostupnih dokaza o ponašanju na tržištu koji su povoljni za razvoj hipotetskog mehanizma koordiniranog djelovanja i postizanje prešutno dogovorene ravnoteže. Pretpostavljeni mehanizam mora se analizirati kao da čini dio vjerodostojne teorije o prešutnom koordiniranom djelovanju <sup>(75)</sup>, a nužno je uključiti čimbenike povezane s dostupnim dokazima i podacima, kao i hipotetske čimbenike. Kako se može zaključiti iz prethodno navedene sudske prakse, trebalo bi izbjeći pristup koji se temelji na kontrolnom popisu.
71. Slično kao i u Smjernicama Komisije za ocjenu horizontalnih koncentracija <sup>(76)</sup>, u budućoj analizi moraju se u obzir uzeti svi dostupni relevantni podaci o obilježjima predmetnih tržišta, uključujući strukturna obilježja i prijašnje ponašanje sudionika na tržištu.
72. U pravilu, zajedničko razumijevanje koordiniranog ponašanja lakše je postići ako je gospodarsko okruženje jednostavnije i stabilnije. S obzirom na to da je koordinirano djelovanje uglavnom lakše postići ako je manje sudionika, posebno se čini važnim provjeriti njihov broj. Nadalje, može biti jednostavnije postići zajedničko razumijevanje uvjeta koordiniranog djelovanja ako postoji relativna simetrija, posebno u smislu struktura troškova, tržišnih udjela, razina kapaciteta, uključujući pokrivenost, razina vertikalne integracije te kapaciteta za izradu jednakog paketa.
73. Lakše je pretpostaviti da su cijene transparentne na masovnim maloprodajnim tržištima, dok homogenost proizvoda može biti razlog povećanja razine transparentnosti, no čak se i složenost proizvoda i tarifa na maloprodajnoj razini može ublažiti uspostavljanjem jednostavnijih cjenovnih pravila kao što je utvrđivanje malog broja najvažnijih referentnih proizvoda. Na tržištima elektroničkih komunikacija koja su gotovo potpuno pokrivena pokretnim i fiksnim uslugama nepostojanost potražnje obično je niska, a nove je kupce moguće pridobiti samo preuzimanjem od drugih sudionika na tržištu čime se povećava razina transparentnosti tržišnih udjela <sup>(77)</sup>.
74. Državna regulatorna tijela trebala bi u svojoj prognozi sadašnjih podataka i najvjerojatnijih budućih promjena primijeniti preinačeni *greenfield* pristup naveden u stavku 17., a u skladu s tim pristupom potrebno je iz ocjene isključiti učinke neke regulacije na temelju postojeće značajne tržišne snage <sup>(78)</sup>.
75. Po svojim će obilježjima vrsta dokaza koja je dostupna državnim regulatornim tijelima na tržištima koja su u vrijeme analize regulirana biti različita od dokaza dostupnih na nereguliranim tržištima. Međutim, državna regulatorna tijela još uvijek mogu izvesti dokaz o strukturi tržišta i ponašanju, na primjer ako primjenom postojeće regulacije nisu u potpunosti otklonjeni uočeni tržišni nedostaci. To ne znači da bi standard dokazivanja trebao biti niži ili da bi hipotetski mehanizam prešutnog koordiniranog djelovanja trebao biti različit.
76. Uzimajući u obzir stavak 15., kada državna regulatorna tijela slijedom navedenog ocjenjuju postoji li zajednička značajna tržišna snaga radi utvrđivanja treba li uvesti *ex ante* regulaciju, mogu u obzir uzeti sve okolnosti na tržištu kako bi dokazala da će se, izostane li *ex ante* regulacija, kao posljedica na tržištu vjerojatno ustaliti praksa sklapanja prešutnih sporazuma ako (su i. te okolnosti u skladu s ekonomskom teorijom sklapanja prešutnih sporazuma koju predlaže državno regulatorno tijelo; te ako se ii. u ocjeni utvrdi da su bitne za objašnjenje činjenice da je tržište povoljno za opisanu hipotetsku praksu sklapanja prešutnih sporazuma, što se utvrđuje na temelju integrirane analize i kriterija navedenih u predmetu *Airtours* koji su kasnije potvrđeni i dodatno pojašnjeni u predmetima *Impala*.

<sup>(74)</sup> *Ibidem*, točka 123.

<sup>(75)</sup> *Ibidem*, točka 130.

<sup>(76)</sup> Smjernice o ocjeni horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL C 31, 5.2.2004., str. 5.).

<sup>(77)</sup> Kada je riječ o kontekstu koncentracija, ti su čimbenici temeljito analizirani u vezi s tržištem elektroničkih komunikacija, na primjer, u predmetu COMP M.7758, HUTCHISON 3G ITALY/WIND/IV.

<sup>(78)</sup> Vidjeti predmet SI/2009/0913 u kojem Komisija objašnjava da je taj pristup pogodan za ocjenu povoljnosti za sklapanje prešutnih sporazuma u uvjetima postojeće regulacije na temelju pojedinačne značajne tržišne snage i navodi da se „ovdje uzima u obzir situacija koja bi prevagnula u slučaju izostanka regulatornih obveza određenih poduzeću Mobitel na tom konkretnom tržištu (preinačeni *greenfield* pristup)“.

77. U analizi zajedničke značajne tržišne snage trebaju se u obzir uzeti posebnosti sektora elektroničkih komunikacija, posebno činjenica da zbog veza koje u pravilu postoje između veleprodajnog i maloprodajnog tržišta ekonomski mehanizam sklapanja prešutnih sporazuma nije ograničen na veleprodajnu razinu, već bi ga trebalo ocjenjivati tako da se uvaži interakcija obje razine. S obzirom na navedeno, središnje točke mogu se utvrditi na maloprodajnoj ili veleprodajnoj razini, a do kažnjavanja može doći u okviru veleprodajnog tržišta i silaznog maloprodajnog tržišta koja su funkcionalno povezana kao i na povezanim maloprodajnim tržištima, ili čak izvan tih tržišta ako se oligopolisti tamo nalaze i međusobno djeluju.
78. Kako je u predmetu *Impala II.* naveo Sud Europske unije, osim transparentnosti tržišta obilježja strukture tržišta povoljne za sklapanje prešutnih sporazuma mogu biti i tržišna koncentracija te homogenost proizvoda<sup>(79)</sup>. Ostala obilježja na temelju kojih se može izvesti isti zaključak mogu se ekstrapolirati iz sudske prakse ili prijašnjih regulatornih odluka. Na necjelovitom popisu obilježja tržišta koje državna regulatorna tijela mogu razmotriti u svojoj ocjeni svakog pojedinačnog slučaja navedeni su, na primjer, tržišni udjeli, elastičnost potražnje, vertikalna integracija, usklađenost troškova i izlaznih vrijednosti, sveobuhvatna pokrivenost mrežom, razina profitabilnosti i prosječnog prihoda po korisniku, relativna simetrija operatora i s time povezana sličnost maloprodajnih aktivnosti. Međutim, ne predlaže se nikakav cjeloviti popis. Osim toga, na pojedinačnoj bi osnovi trebalo utvrditi i ocijeniti važnost tih parametara, a u obzir bi trebalo uzeti nacionalne okolnosti. Ako državna regulatorna tijela žele upotrijebiti parametre na temelju *ex post* prakse tržišnog natjecanja ili preispitivanja koncentracija, trebala bi to učiniti uzimanjem u obzir posebnosti *ex ante* regulacije u sektoru elektroničkih komunikacija<sup>(80)</sup> kako bi utvrdila jesu li u posebnim okolnostima obilježja mjerodavnog tržišta takva da svaki član vladajućeg oligopola smatra mogućim, ekonomski racionalnim te stoga i poželjnim da donese, na dugoročnoj osnovi, zajedničku politiku o svojem ponašanju na tržištu<sup>(81)</sup>.

#### Transparentnost

79. Na temelju smjernica iz stavaka 72., 73. i 77., početna točka za pronalaženje zajedničke značajne tržišne snage utvrđivanje je zajedničke politike kojom bi uskladilo buduće ponašanje.
80. Kada se ispituje je li tržište dovoljno transparentno da se omogući prešutno koordinirano djelovanje, trebalo bi istražiti imaju li tržišni operatori snažan poticaj za udruživanje kako bi ostvarili prepoznatljivo koordinirano djelovanje na tržištu te za suzdržavanje od natjecateljskog ponašanja. Navedeno vrijedi ako su dugoročne koristi od ponašanja protivnog tržišnom natjecanju veće od kratkoročne dobiti ostvarene natjecateljskim ponašanjem. Kako je utvrđeno u stavku 78., zahvaljujući određenim obilježjima tržišta zbog kojih je neko tržište otvorenije za koordinaciju, lakše je provoditi i zadržati koordinirano djelovanje.
81. Kad je riječ o posebnim okolnostima u sektoru elektroničkih komunikacija u kojem su prepreke ulasku velike, a nenadoknativi troškovi visoki, novi operatori imaju poticaj povećati svoj tržišni udjel kako bi osigurali povrat troškova. S druge strane, nije potrebno uspostaviti simetriju tržišnog udjela kako bi se pojavio poticaj za sklapanje prešutnih sporazuma dok god je ostvarena minimalna razina<sup>(82)</sup> ili postoji mogućnost usporedbe struktura troškova<sup>(83)</sup>.
82. Uzimanjem u obzir konteksta ocjene postojanja zajedničke značajne tržišne snage i ne dovodeći u pitanje kriterije opisane u prethodnom stavku 67, dobra usklađenost cijena u dužem razdoblju, posebno ako su veće od konkurentskih, i ostali čimbenici uobičajeni za zajednički vladajući položaj mogu u nedostatku razumnog alternativnog objašnjenja poslužiti kako bi se dokazalo postojanje zajedničkog vladajućeg položaja, čak i ako nema čvrstog izravnog dokaza o snažnoj transparentnosti tržišta jer se može pretpostaviti da u takvim okolnostima takva transparentnost postoji<sup>(84)</sup>. Takve okolnosti moraju se pažljivo istražiti, a ponajprije bi u takvoj istrazi trebalo primijeniti pristup na temelju analize vjerodostojnih strategija koordiniranog djelovanja koje mogu postojati u tim okolnostima<sup>(85)</sup>. Konkretno, utvrđivanje postojećeg koordiniranog djelovanja, koje je prethodno opisano, nije uvjet za *ex ante* regulaciju u sektoru elektroničkih komunikacija, ali može biti važno posebno ako se obilježja tržišta nisu znatno promijenila i/ili se vjerojatno ni neće u sljedećem razdoblju preispitivanja.

<sup>(79)</sup> *Impala II.*, točka 121.

<sup>(80)</sup> Kako bi se provela ocjena za potrebe *ex ante* regulacije, treba postojati poseban okvir za analizu određenih aspekata kao što su prethodno spomenuta nužnost zanemarivanja trenutne regulacije, nužnost uzimanja u obzir posebnog vremenog ograničenja regulacije ili nedostatak posebnog dvojnog protučinjeničnog učinka prisutnog u analizi koncentracija.

<sup>(81)</sup> *Airtours plc* protiv Komisije, op. cit., točka 61.; predmet C-413/06, *Impala II.*, EU:C:2008:392, točka 122.

<sup>(82)</sup> To treba ocijeniti na temelju nacionalnih okolnosti i predmetnog mjerodavnog tržišta, uzimajući u obzir nužnost promicanja učinkovitog ulaska. Vidjeti, na primjer, Prilog Preporuci Komisije 2009/396/EZ od 7. svibnja 2009. o uređenju naknada za završavanje poziva u fiksnoj i mobilnoj mreži u EU-u (SL L 124, 20.5.2009., str. 67.).

<sup>(83)</sup> Predmet ES/2005/0330.

<sup>(84)</sup> Predmet T-464/04, *Impala I.*, EU:T:2006:216, točka 252.

<sup>(85)</sup> *Impala II.*, točka 129.

83. Ako prijašnje ponašanje može državnim regulatornim tijelima poslužiti u analizi vjerojatnih tržišnih promjena u sljedećem razdoblju preispitivanja, koja je usmjerena prema budućnosti, ta bi tijela trebala biti svjesna činjenice da se, čak i ako postoji regulacija, samim uvođenjem proizvođa veleprodajnog pristupa čija je cijena kontrolirana možda neće dovoljno moći objasniti uočena usklađenost cijena na maloprodajnoj razini u dužem razdoblju. Ako ne postoji razumno alternativno objašnjenje, takva usklađenost može biti znak prakse sklapanja prešutnih sporazuma pod uvjetom da su prisutni ostali čimbenici uobičajeni u slučaju zajedničkog vladajućeg položaja. Razumna alternativna objašnjenja, osim regulatornih obveza kojima se definiraju razine cijena, mogu biti, na primjer, isplativa po prirodi ako se razine cijena mogu opravdati u smislu struktura troškova na konkurentskom tržištu.
84. Nadalje, kada u određenim okolnostima *ex ante* regulacije na tržištu elektroničkih komunikacija na kojem su prepreke ulasku novih operatora u pravilu velike vlasnici mreže odbiju pod razumnim uvjetima pružiti veleprodajni pristup, takvo se ponašanje može radi ocjene kriterija transparentnosti smatrati mogućom središnjom točkom zajedničke politike koju su donijeli članovi oligopola. Stoga, takvo odbijanje mrežnih operatora može upućivati na postojanje zajedničke politike što se uz ostale čimbenike uzima u obzir kada se provodi analiza zajedničke značajne tržišne snage. Prisutnost središnje točke koja se temelji na uskraćivanju pristupa može se uočiti kod operatora koji ne podliježu *ex ante* obvezama u pogledu pristupa ili predvidjeti kod operatora koji podliježu takvim obvezama u vrijeme analize pod uvjetom da su ispunjeni određeni uvjeti. Takvi uvjeti uključuju zajednički motiv da se održi znatno ili izuzetno visoka razina dohotka (zarade) na silaznom ili povezanom maloprodajnom tržištu za koju državno regulatorno tijelo utvrdi da nije u skladu s ostvarenim ulaganjima i preuzetim rizicima<sup>(86)</sup>, ili da na tržištu postoje drugi oblici zajedničke politike nepovezani s cijenama koji su povoljni za prešutno koordinirano djelovanje koje nije u skladu s maloprodajnim tržištem koje dobro funkcionira, kao što ga je Sud definirao u svojoj presudi u predmetu *Impala II.*<sup>(87)</sup> Njih je isto tako moguće izvesti kao dokaz da je odbijanje pristupa vjerodostojna središnja točka. Bitno je i ocijeniti je li predmetni operator dovoljno velik da bi se njegovom veličinom moglo opravdati pružanje veleprodajnih usluga trećim stranama.

#### Održivost

85. Kako bi zajednička politika u određenom razdoblju bila održiva, svaki član oligopola mora imati poticaj da ne odstupa od uvjeta koordiniranog djelovanja. To proizlazi iz činjenice da članovi vladajućeg oligopola mogu ostvariti koristi jedino ako se svi stalno ponašaju usklađeno. Postojanje uvjerljive prijetnje od kažnjavanja kojom se odvraća odstupanje neophodan je uvjet da se tijekom nekog vremena osigura pouzdanost mehanizama koordiniranog djelovanja.
86. Kad je riječ o potrebi posezanja za sankcijama, Opći sud pojasnio je da je, u načelu, dovoljno i samo postojanje učinkovitog mehanizma za odvratanje s obzirom na to da kada članovi oligopola postupaju u skladu sa zajedničkom politikom, tada nema potrebe posegnuti za sankcijom. Najučinkovitiji mehanizam za odvratanje je onaj koji nije nikad ranije upotrijebljen<sup>(88)</sup>.
87. To je pojašnjenje posebno bitno, na primjer, kada državno regulatorno tijelo smatra da se središnja točka prešutnih sporazuma sklopljenih na veleprodajnoj razini sastoji od (konstruktivnog) odbijanja veleprodajnog pristupa<sup>(89)</sup> pri čemu su veleprodajne transakcije u pravilu malobrojne. U takvim slučajevima državna regulatorna tijela ne trebaju utvrditi bi li se kažnjavanje sastojalo od toga da drugi operatori koji sklapaju prešutne sporazume zaključče drugi sporazum o pristupu, već ta tijela mogu utvrditi različite<sup>(90)</sup> vjerodostojne mehanizme kažnjavanja na temeljnim ili povezanim maloprodajnim tržištima, kao što je kratkoročni rat cijena<sup>(91)</sup>. Pretpostavka o reakciji potrošača na promjene cijena mogla bi se u određenim okolnostima dodatno potkrijepiti čimbenicima koji se odnose na prenosivost i gubitke korisnika<sup>(92)</sup>, a ti bi čimbenici mogli državnom regulatornom tijelu pomoći u predviđanju koliko je vjerojatno da će kažnjavanje na maloprodajnoj razini biti učinkovito<sup>(93)</sup>.
88. Nacionalna regulatorna tijela trebaju vjerodostojnost prijetnje sankcijom (mehanizmom sankcija) i/ili njezine primjene razmotriti analizirajući pojedinačne slučajeve.

<sup>(86)</sup> Predmet ES/2005/0330.

<sup>(87)</sup> *Impala II.*, točka 121. Vidjeti i Objašnjenje, odjeljak „tržišni nedostaci na maloprodajnoj razini“.

<sup>(88)</sup> *Impala I.*, točka 466.

<sup>(89)</sup> Pristup kojim bi se tražitelju pristupa omogućilo da se učinkovito natječe na maloprodajnoj razini.

<sup>(90)</sup> Iako se u skladu s drugim kriterijem iz testa u predmetu *Airtours* traži „identično ponašanje ostalih“, taj zahtjev treba tumačiti kao izrazito konkurentsko ponašanje jednog član vladajućeg oligopola kao odgovor na izrazito konkurentsko ponašanje drugog člana vladajućeg oligopola, koje se međutim može drugačije manifestirati, vidjeti *Airtours*, op. cit., točka 62.

<sup>(91)</sup> To je važno jer bi sankcija protiv prvog oligopolista zbog njegova davanja pristupa konkurentu tako što drugi oligopolist odobri pristup drugim konkurentima mogla imati dugoročne učinke na tržište i dodatno bi se mogla ugroziti zarada strane koja kažnjava te stoga ne bi poslužila kao vjerodostojno sredstvo odvratanja od oportunističkog ponašanja. Vidjeti i predmet ES/2005/0330.

<sup>(92)</sup> Prenosivost broja mogućnost je da krajnji korisnici, neovisno o poduzeću koje pruža uslugu, zadrže broj u okviru nacionalnog plana za dodjelu telefonskih brojeva, a gubitak korisnika postotak je pretplatnika na uslugu koji otkazu svoju pretplatu na tu uslugu u određenom razdoblju.

<sup>(93)</sup> Predmet ES/2005/0330.

*Vanjski čimbenici*

89. Ocjena uravnotežujućih čimbenika teorije o prešutnim sporazumima uključuje ekonomska pitanja koja se odnose na to postupaju li operatori koji trenutačno na tržištu nisu dio oligopola koji sklapa prešutne sporazume kao rubni konkurenti ili je moguće da će postati prekršitelji, a odnose se i na to imaju li potrošači dovoljno protutežne kupovne moći da ugroze mehanizam sklapanja prešutnih sporazuma.
90. U okviru *ex ante* regulacije u sektoru elektroničkih komunikacija tržišni položaj i snaga konkurenata mogu se ocijeniti na temelju različitih čimbenika povezanih s preprekama ulasku potencijalnih konkurenata i situacijom u kojoj se, sa stajališta tržišnog natjecanja, nalaze postojeći sudionici na tržištu te preprekama širenju tih sudionika. Bitni parametri u toj ocjeni uključivat će tržišni udjel na tržištu koje se ocjenjuje, povezane ekonomije opsega, omogućavanje ulaza svim proizvodima na zahtjev kupaca na maloprodajnoj razini, njegovu relativnu snagu u glavnom području aktivnosti, postojanje rubnih konkurenata ili prekršitelja itd. S obzirom na navedeno, državna regulatorna tijela trebala bi u svoj nacrt mjere uključiti ocjenu mogu li rubni konkurenti dovesti u pitanje protutržišne učinke koordiniranog djelovanja <sup>(94)</sup>.
91. Kako je navedeno u stavku 59., postoje velike prepreke ulasku na tržišta na kojima se pružaju usluge elektroničkih komunikacija, a one su posebno ekonomske prirode jer je uvođenje mreže, ako nema sporazuma o veleprodajnom pristupu, skupo i sporo. No, postoje i prepreke pravne prirode s obzirom na to da se posebno politikom spektra može ograničiti broj operatora pokretnih mreža <sup>(95)</sup>. Zato će se novi hipotetski operator koji bi mogao poremetiti prešutno dogovorenu ravnotežu vjerojatno morati osloniti, barem djelomično, na infrastrukturu ostalih operatora. Ako nema regulatorne intervencije ili održivih komercijalnih sporazuma, ili remetećih tehnoloških inovacija, može se obično pretpostaviti da je vjerojatnost problematičnog ulaska uglavnom mala u kratkoročnom do srednjoročnom razdoblju.
92. Kad je riječ o kupcima, potrošači na masovnim tržištima vjerojatno neće moći samostalno ostvariti snagu kupnje koja ima neki značaj. S druge strane, neki poslovni krajnji korisnici koji kupuju proizvode namijenjene poslovnim korisnicima ili proizvode izrađene po mjeri možda će se moći koristiti protutežnom kupovnom moći, a njihovu bi potencijalnu reakciju trebalo, prema potrebi, analizirati na konkretnom tržištu.
93. Ova je Komunikacija upućena državama članicama.

Za Komisiju,

Mariya GABRIEL

Članica Komisije

<sup>(94)</sup> Predmet IE/2004/0121.

<sup>(95)</sup> Vidjeti bilješku 52. i Objašnjenje uz Preporuku 2014/710/EU, SWD(2014) 298, stranica 4.