

საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიას

წარმოგიდგენთ სს „სილქნეტი“ (შემდგომში, „სილქნეტი“ ან „ჩვენ“) პოზიციას საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის (შემდგომში, „კომისია“) მიერ 2023 წლის 20 ნოემბერს საჯარო კონსულტაციების დაწყების მიზნით სხვა დოკუმენტებთან ერთად გამოქვეყნებულ „ბაზრის კონკურენტუნარიანობისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირების განსაზღვრის მეთოდოლოგიისა და პროცედურების დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის დადგენილების პროექტთან დაკავშირებით (შემდგომში, „დადგენილების პროექტი“).

მიუხედავად იმისა, რომ *კომისიამ* ნაწილობრივ გაითვალისწინა *ჩვენი* და *ჩვენი* კონსულტანტების (DLA Piper) შენიშვნები (დანართი 3), რომელიც წარმოვადგინეთ არაფორმალური კონსულტაციის ფარგლებში, გამოქვეყნებული *დადგენილების პროექტი*, რომელზეც *კომისიამ* 7 წელი იმუშავა:

ა) რიგ მნიშვნელოვან საკითხებში, ისევე წინააღმდეგობაში მოდის ევროკავშირში მოქმედ წინასწარი რეგულირების ნორმებთან და კონკურენციის კანონმდებლობით საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებთან;

ბ) რიგი ნორმები ისევე ან არასწორად არის ნათარგმნი ან მოდიფიცირებულია იმგვარად, რომ სხვა შინაარსს იძენს, ასევე *დადგენილების პროექტში* არ არის მოცემული რიგი მნიშვნელოვანი ნორმა, რაც ევროკავშირის კანონმდებლობით არის გაწერილი და აუცილებელია შეფასების პროცესის სწორად წარმართვისთვის.

ყოველივე ზემოაღნიშნული კი ბუნდოვან და არაგანჭვრეტად გარემოს შექმნის სექტორში, რაც ნეგატიურად აისახება მომავალ ინვესტიციებზე და ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და მომსახურებების შემდგომ განვითარებაზე.

დამატებით, ვინაიდან *დადგენილების პროექტი* საჭიროებს მნიშვნელოვან ცვლილებებს და კორექტირებებს, აუცილებელია გახანგრძლივდეს საჯარო კონსულტაციის ვადა, მათ შორის შესაძლებლობა უნდა მოგვეცეს სამუშაო პროცესში გავეცნოთ დაინტერესებული პირების მიერ წარმოდგენილი შენიშვნების შესაბამისად *კომისიის* მიერ დაკორექტირებულ პროექტს.

კიდევ ერთხელ უნდა აღინიშნოს, რომ იმისათვის, რომ წინასწარი რეგულირების ნაწილში საქართველოში დაინერგოს ევროკავშირის რეგულაციებთან შესაბამისი კანონმდებლობა, რომლის ვალდებულებაც საქართველოს ნაკისრი აქვს ასოცირების შესახებ შეთანხმებით, აუცილებელია ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონში შევიდეს შესაბამისი ცვლილებები და წინასწარ რეგულირებასთან დაკავშირებული ყველა ნორმა თანხვედრაში მოვიდეს ევროპულ კანონმდებლობასთან, წინააღმდეგ შემთხვევაში *დადგენილების პროექტი* ვერასოდეს იქნება სრულ შესაბამისობაში ევროკავშირში ფარგლებში მოქმედ წინასწარი რეგულირების ნორმებთან.

მ-23-6/4222
21.12.23
2+58ფ

ჩვენი ძირითადი და არსებითი შენიშვნები მიმდინარე ადმინისტრაციული წარმოების ფარგლებში გამოქვეყნებულ დადგენილების პროექტთან დაკავშირებით მოცემულია დანართ 1-ში შემდეგი რიგითობით:

1. ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების და ერთპიროვნული საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირების განსაზღვრასთან დაკავშირებული შენიშვნები;
2. სამი კრიტერიუმის ტესტთან დაკავშირებული შენიშვნები;
3. ევროკავშირის კანონმდებლობით განმარტებული რეგულირების ამოცანები/პრინციპები და კომისიის მიერ დადგენილების პროექტით განსაზღვრული სავალდებულო საინვესტიციო კიბის პრინციპთან დაკავშირებული შენიშვნები;
4. ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის განსაზღვრასთან დაკავშირებული შენიშვნები;
5. საცალო ბაზრის კონკურენტუნარიანობის შეფასებასთან დაკავშირებული შენიშვნები;
6. კომისიის მიერ ასოცირების ხელშეკრულებით განსაზღვრული ჰარმონიზაციის ვალდებულების უგულვებელყოფასთან დაკავშირებული შენიშვნები;
7. ერთი და იგივე საკითხების მარეგულირებელი ორი დადგენილების პრობლემასთან დაკავშირებული შენიშვნები;
8. არაფორმალური კონსულტაციის დროს წარმოდგენილი შენიშვნები და მიმდინარე საჯარო კონსულტაციის ვადასთან დაკავშირებული შენიშვნები.
9. დადგენილების პროექტში მოცემული ნორმების განმარტების საკითხი

თანდართული დოკუმენტების სახით იხ:

- დანართი 1: სილქნეტის ძირითადი და არსებითი შენიშვნები მიმდინარე ადმინისტრაციული წარმოების ფარგლებში გამოქვეყნებულ დადგენილების პროექტთან;
- დანართი 2: Frontier Economics-სა და DLA Piper-ის მიერ 2023 წლის 20 დეკემბერს შემუშავებული მემორანდუმის დედანი და მისი არაოფიციალური ქართულენოვანი თარგმანი;
- დანართი 3: სილქნეტის მიერ კომისიის წინაშე 2023 წლის 20 სექტემბერსა და 31 ოქტომბერს წარდგენილი შენიშვნები დადგენილების თავდაპირველ პროექტთან დაკავშირებით, წერილის დანართებთან ერთად;

პატივისცემით,



გენერალური დირექტორი

დავით მამულაიშვილი

1. კომისიის მიერ დადგენილებით არასწორად განსაზღვრული/განმარტებული ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების განმსაზღვრელი რიგი ნორმები (კრიტერიუმები) და ერთპიროვნული მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების შეფასების კრიტერიუმების გამოყენების საკითხი

1.1. ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების შეფასების ნორმებთან (მე-15 მუხლი) დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს, რომ კომისიას არასრულად აქვს ასახული EU SMP Guidelines-ის მხოლოდ ზოგიერთი ნორმა (თუმცა გაურკვეველია რა პრინციპით), ხოლო მე-15 მუხლის მე-5, მე-6, მე-7 და მე-8 პუნქტებში შეტანილი აქვს საკუთარი მოდიფიკაციები, რაც არაგონივრულს ხდის Joint SMP/Joint dominance-ის კონცეფციას, კერძოდ:

(i) მიუხედავად იმისა, რომ მოხარულები ვართ, რომ *კომისიამ დადგენილების პროექტში* ასახა სამი პირობის ტესტი, დადგენილებაში არ არის მოცემული ერთობლივად მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების შემდეგი განმარტება, რომელიც აუცილებლად უნდა დაემატოს დადგენილების მე-15 მუხლს, პირველ პუნქტად, კერძოდ:

„ერთმანეთისაგან ეკონომიკურად და იურიდიულად დამოუკიდებელი რამდენიმე პირი ერთობლივ მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლებას შესაძლოა ფლობდნენ, თუ ისინი ბაზრის შესაბამის სემენტზე ეკონომიკური თვალსაზრისით მოქმედებენ ერთობლივად, როგორც ერთი ეკონომიკური აგენტი¹“.

(ii) დადგენილებით განმარტებული უსიტყვო კოორდინაცია (მე-2 მუხლის პირველი პუნქტის (ვ) ქვეპუნქტი), რომელიც *კომისიამ* ისევ ძველი დადგენილებიდან გადმოიტანა, წინააღმდეგობაში მოდის ამავე დადგენილებით და EU SMP Guidelines-ით განსაზღვრულ ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების კონცეფციასთან. შესაბამისად, დადგენილების პროექტის მე-2 მუხლის პირველი პუნქტის (ვ) ქვეპუნქტი ამოღებულ უნდა იქნეს;

(iii) რთულად დასაჯერებელია, რომ კომისიას მე-15 მუხლის მე-5 პუნქტში გაწერილი აქვს, რომ „ამ მუხლის მე-4 პუნქტში მითითებული პირობების შეფასების მიზნებისთვის, კომისიამ შესაძლოა გამოიკვლიოს ისეთი ფაქტორები როგორებიცაა გამჭვირვალობა, მდგრადობა და გარე ფაქტორები“, მაშინ როდესაც მე-4 პუნქტში მოცემული 3 კუმულატიური პირობა/კრიტერიუმი, არის

¹ SMP guidelines (2018/C 159/01) პუნქტი-65 “A dominant position can be held by several undertakings, which are legally and economically independent of each other, provided that — from an economic point of view — they present themselves or act together on a particular market as a collective entity”

ზუსტად გამჭვირვალობა, მდგრადობა და გარე ფაქტორების არარსებობა, რომელთა კომპლექსურად დადასტურების გარეშეც ვერ იქნება დასაბუთებული მარეგულირებლის მიერ განსაზღვრული უსიტყვო კოორდინაციის ეკონომიკური თეორია და შესაბამისად პირების მიერ ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების ფლობა.

თუ როგორ უნდა განხორციელდეს მარეგულირებლის მიერ განსაზღვრულ, პოტენციურ უსიტყვო კოორდინაციის ეკონომიკურ თეორიასთან ამ სამი პირობის (გამჭვირვალობა, მდგრადობა და გარე ფაქტორების არარსებობა), მისადაგება და გამოკვლევა და რა მოცემულობა იქნება რელევანტური სხვადასხვა სახის პოტენციური კოორდინაციის სამიზნე ობიექტის (focal point -ის) შემთხვევაში, აღნიშნულის ახსნა-განმარტებას ეთმობა სწორედ EU SMP Guidelines-ის 68-დან 92-ს ჩათვლით პუნქტები და EU SMP Guidelines-ის განმარტებითი ბარათის² 32-45 გვერდები, რომელიც EU SMP Guidelines-ის განუყოფელ ნაწილს წარმოადგენს და განხილული/წაკითხული უნდა იქნეს ერთობლივად³.

დადგენილების მე-15 მუხლის მე-6, მე-7 და მე-8 პუნქტებში კი ჩამოთვლილია გაუგებარი და კომისიის მიერ მოდიფიცირებული „კრიტერიუმების“ სია, რომელთა საშუალებითაც თურმე უნდა განახორციელოს გამჭვირვალობის, მდგრადობის და გარე ფაქტორების არარსებობის დასაბუთება/შეფასება.

აქვე უნდა ითქვას, რომ მე-6 და მე-7 პუნქტების ფარგლებში ჩამოთვლილი (გამჭვირვალობისა და მდგრადობის შეფასებისათვის განკუთვნილი) კრიტერიუმები იმდენად აბსურდულია (რადგან სხვადასხვა კონტექსტიდან არის ამოღებული და კრიტერიუმების სახით ჩამოთვლილი), რომ ნებისმიერი მკითხველი მიხვდება, რომ მნიშვნელოვან ცვლილებას საჭიროებს.

გარე ფაქტორების შეფასებისათვის განკუთვნილი კრიტერიუმები (მე-8 პუნქტი) კი, როგორც ჩანს კომისიამ თავისი შეხედულებისამებრ დაამოდიფიცირა. თვალსაჩინოებისთვის ცხრილში მოცემულია ტესტის მესამე პირობის (გარე ფაქტორები) შეფასებისათვის დადგენილების პროექტით განსაზღვრულ კრიტერიუმები და EU SMP Guidelines-ის ნორმები.

8. კომისიამ გარე ფაქტორების კრიტერიუმის შეფასებისთვის უნდა გამოიკვლიოს და შეაფასოს შემდეგი კრიტერიუმები:	EU SMP guidelines-ით განსაზღვრული გარე ფაქტორები <i>External factors</i>
ა) ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების მხრიდან ბაზარზე ახალი	The assessment of countervailing factors to the theory of tacit collusion includes economic considerations as to whether the operators currently

² Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (Explanatory Note to 2018 EU SMP Guidelines).

³ EU SMP Guidelines para 1. The SMP Guidelines are accompanied by an Explanatory Note, and shall be read in light of the additional information contained therein.

<p>შემსვლელი ოპერატორებისთვის ბაზარზე შესვლის ბარიერების წარმოქმნის შესაძლებლობა;</p> <p>ვ) ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების მხრიდან ბაზარზე არსებული პოტენციური კონკურენტებისთვის ბიზნეს საქმიანობის გაფართოების ბარიერების შექმნის შესაძლებლობა;</p> <p>ზ) ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების საბაზრო წილები მათი სტაბილურობა და მასშტაბის ეკონომიის არსებობა;</p> <p>თ) ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების მხრიდან ყველაზე მოთხოვნადი მომსახურებების საცალო დონეზე მიწოდების პოტენციალი;</p> <p>ი) მარეგულირებელი შეზღუდვების არსებობა, მაგალითად სიხშირულ სპექტრთან დაკავშირებულ განხორციელებულ პოლიტიკას შეუძლია შეზღუდოს მობილური ქსელის ოპერატორების რაოდენობა და ა.შ.</p> <p>კ) ბაზარზე არსებული და პოტენციური კონკურენტების საბაზრო ძალაუფლების შეფასება, ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების ერთობლივი ქმედების შედეგად მიღებული სარგებლის შეზღუდვის კუთხით;</p> <p>ლ) მომხმარებლების მსყიდველობითი ძალაუფლების დონე;</p>	<p>present in the market outside the tacitly colluding oligopoly act as fringe competitor(s) or have the potential to become maverick(s), or to whether customers have sufficient countervailing buyer power to jeopardise the collusive mechanism.</p> <p>In the framework of <i>ex ante</i> regulation in the electronic communications sector the market position and strength of the rivals can be assessed based on various factors, related to barriers of entry for potential competitors and the competitive situation of and barriers to expansion for existing market players.</p> <p>The relevant parameters in this assessment will include market share in the market under assessment, related economies of scope, potential to provide input to all products requested by the customers at the retail level, its relative strength in the major area of activity, the existence of fringe or maverick competitors, etc. In this respect, NRAs should include in their draft measure an assessment as to whether or not fringe competitors have the ability to challenge the anti-competitive coordinated outcome.</p> <p>As mentioned in paragraph 59, markets for the provision of electronic communications services have high barriers to entry, in particular of an economic nature, as network roll-out, in the absence of wholesale access agreement, is costly and time-consuming; but also barriers of a legal nature, as in particular spectrum policy can limit the number of mobile network operators (95). For this reason, a hypothetical new entrant that could disrupt a tacit collusive equilibrium is likely to have to rely, at least partly, on the infrastructure of others. In the absence of regulatory intervention or sustainable commercial agreements or disruptive technological innovation, it can typically be assumed that the likelihood of a disruptive entry is generally low in the short and medium term.</p> <p>As regards customers, consumers in mass markets are unlikely to be able to individually exercise buyer power of any significance. On the other hand, some business end-users who purchase business-grade or tailored products may be able to exercise countervailing buyer power and their potential reaction should be analysed, if appropriate, in the specific market.⁴</p>
--	--

გასაკვირია, რომ ბაზარზე შესვლის დაბრკოლების და/ან ოპერატორების გაფართოების ბარიერების შეფასების კრიტერიუმები *კომისიამ* ისე შეეცვალა, რომ შედეგად მიიღო ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების მხრიდან ახალი შემსვლელი ოპერატორებისთვის ბაზარზე შესვლის ბარიერების წარმოქმნის შესაძლებლობა და ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების მხრიდან ბაზარზე არსებული პოტენციური კონკურენტებისთვის ბიზნეს საქმიანობის გაფართოების ბარიერების შექმნის შესაძლებლობა; ასევე, გაუგებარია, თუ რის საფუძველზე გადაწყვიტა *კომისიამ*, რომ შეზღუდულ სიხშირულ რესურსთან დაკავშირებული კრიტერიუმი ცალკე პუნქტად გამოეტანა, რომელიც მობილურ ბაზარზე შესვლის

⁴ Communication from the Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) (2018 EU SMP Guidelines), Recitals 89-92.

მარეგულირებელი ხასიათის დაბრკოლებას წარმოადგენდეს და შესაძლოა ბაზარზე შესვლის დაბრკოლების შეფასების ფარგლებში იქნეს განხილული, თუ რელევანტურია.

შესაბამისად, იმ შემთხვევაში თუ კომისია კარგად გააანალიზებს EU SMP Guidelines და მის განმარტებით ბარათს, სადაც მოცემულია, თუ როგორ უნდა განახორციელოს მარეგულირებელმა ამ სამი პირობის (გამჭვირვალობა, მდგრადობა და გარე ფაქტორების არარსებობა) ანალიზი და მათი შეფასება/დასაბუთება/მისადაგება მარეგულირებლის მიერ განსაზღვრულ პოტენციურ უსიტყვო კოორდინაციის ეკონომიკურ თეორიასთან, სავარაუდოდ კომისია ამ ფორმით აღარ ჩამოაყალიბებს მე-15 მუხლის მე-5, მე-6 მე-7 და მე-8 პუნქტებს.

ჩვენ წერილს თან ერთვის დადგენილების პროექტის მე-15 მუხლის მე-5, მე-6 მე-7 და მე-8 პუნქტებთან დაკავშირებით Frontier Economics-სა და DLA Piper-ის მიერ შემუშავებული მემორანდუმი (დანართი 2).

(iv) დადგენილების პროექტს აკლია რიგი მნიშვნელოვანი დებულებები, რომელთა გარეშეც „ქართული“ ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების კონცეფცია და მისი შეფასების მეთოდოლოგია, ისევე ბუნდოვანი და გაურკვეველი იქნება; თვით მარეგულირებელი ვერ შეძლებს სწორად იხელმძღვანელოს თავისივე შემუშავებული ნორმებით, ზუსტად ისე როგორც ვერ ხელმძღვანელობს დღეს მოქმედი ნორმებით, რაც ბაზარზე კიდევ უფრო არაგანჭვრეტად საინვესტიციო გარემოს შექმნის და ნეგატიურად აისახება ბაზრის განვითარებაზე.

(v) ასევე, გაურკვეველია, თუ რატომ გადაწყვიტა კომისიამ დადგენილების პროექტით დაამძიმოს კანონით განსაზღვრული ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორების წილების კრიტერიუმი, როდესაც ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონის 22-ე მუხლის მე-11 პუნქტის თანახმად რამდენიმე ავტორიზებული პირი მხოლოდ განიხილება (და არ განისაზღვრება ან არ დგინდება) ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონედ, თუ მომსახურების ბაზრის შესაბამის სეგმენტზე დაკმაყოფილებულია წილების კრიტერიუმი.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დადგენილების პროექტის მე-15 მუხლი საჭიროებს მნიშვნელოვან მოდიფიცირებას და ცვლილებებს, რათა ჩამოყალიბდეს ნათელი და ევრო-რეგულაციებთან შესაბამისი ნორმები.

დამატებით გთხოვთ გვაცნობოთ, მე-15 მუხლის მე-5, მე-6 მე-7 და მე-8 პუნქტების მოცემული ფორმით ჩამოყალიბებაში მონაწილეობდა თუ არა რომელიმე ევროპელი ექსპერტი და თუ აღნიშნული მუხლების შემუშავება განხორციელდა ევროპელი ექსპერტ(ებ)ის მონაწილეობით, გთხოვთ, გაგვიზიაროთ მათი სახელები.

1.2. მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების განმარტება და ერთპიროვნული მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების კრიტერიუმების გამოყენების საკითხი

- (i) დადგენილებაში მოცემული (მე-14 მუხლის 1-ლი პუნქტი) მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირის განმარტება (რომელიც მოიცავს როგორც ერთპიროვნულ ასევე ერთობლივ საბაზრო ძალაუფლებას) უნდა გადავიდეს მე-13 მუხლში, რადგან მე-14 მუხლში მოცემულია მხოლოდ ერთპიროვნული საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირის შეფასების კრიტერიუმები.
- (ii) სადაც საუბარია ერთპიროვნულ საბაზრო ძალაუფლებაზე, მათ შორის მე-14 მუხლში, მნიშვნელოვანია ყველგან მიეთითოს „ერთპიროვნული“, რომ მომავალშიც ისევე, როგორც დღეს ადგილი არ ქონდეს ერთპიროვნული და ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლების კონცეფციისა და კრიტერიუმების აღრევას.
- (iii) ერთპიროვნული საბაზრო ძალაუფლების ნორმებიდან, დიდ პრობლემას ქმნის დადგენილების პროექტის მე-14 მუხლის მე-4 პუნქტში გაწერილი მიდგომა. კერძოდ, დადგენილების პროექტის თანახმად, ჩამოთვლილი კრიტერიუმებიდან შესაძლოა მხოლოდ რომელიმე ერთი კრიტერიუმით შეფასდეს პირის მიერ მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების ფლობა და მხოლოდ იმ შემთხვევაში გამოიყენებს კომისია კრიტერიუმების კომბინირებულად, თუ რომელიმე ერთი კრიტერიუმი არ იქნება საკმარისი. ამის საპირისპიროდ, EU SMP Guidelines შეიცავს მითითებას, რომ ბაზრის სტრუქტურის სირთულისა და სხვადასხვა ეკონომიკური ფაქტორის გათვალისწინებით, კრიტერიუმების გამოყენება უნდა მოხდეს მხოლოდ კომბინირებულად და არა ცალ-ცალკე, რამეთუ კრიტერიუმების იზოლირებულად/ცალ-ცალკე გამოყენება შეიცავს არასწორი შეფასების რისკებს.

<p>14 (4) თუ ცალკეული კრიტერიუმი არ იქნება საკმარისი ავტორიზებული პირის მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონედ განსაზღვრისთვის, კომისიამ აღნიშნული საკითხი უნდა გადაწყვიტოს ამ მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული ფაქტორების კომბინირებულად შეფასების გზით.</p>	<p>(58) If taken separately, the above criteria may not necessarily be determinative of a finding of SMP. Such finding must be based on a combination of factors.</p>
---	---

შესაბამისად აუცილებელია კრიტერიუმების გამოყენების/მისადაგების ნორმა დაკორექტდეს ზემოაღნიშნული EU SMP Guidelines-ში მოცემული მიდგომის შესაბამისად.

2. სამი კრიტერიუმის ტესტი და კომისიის მიერ არასწორად გადათარგმნილი და განმარტებული მე-2 კრიტერიუმი

მიუხედავად იმისა რომ კომისიამ თითქოს ჩვენი შენიშვნის გასათვალისწინებლად დააკორექტირა სამი კრიტერიუმის ტესტის მე-2 და მე-3 კრიტერიუმები, სადაც პირდაპირ ამოღებული ქონდა ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის შეფასების საკითხი, ამჯერად კომისიამ არასწორად თარგმნა მე-2 კრიტერიუმი და შესაბამისად ისევ ევროკავშირის ფარგლებში მოქმედი ნორმებისაგან განსხვავებული ნორმები მივიღეთ.

აღნიშნულიდან გამომდინარე მივიჩნევთ, რომ აუცილებელია:

- (i) დადგენილების პროექტს მე-11 მუხლის პირველ პუნქტს (ამ დებულების შემდეგ „ბაზრის შესაბამისი სეგმენტი განისაზღვრება პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებად ბაზრის სეგმენტად, შემდეგი სამი კრიტერიუმის ერთდროულად არსებობის შემთხვევაში“) დაემატოს სამი კრიტერიუმის ჩამონათვალი, ზუსტად ისე, როგორ აღნიშნული მოცემულია ევროპის ტელეკომ კოდექსში, რომელიც გადმოტანილია წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი ბაზრების თაობაზე ევროკომისიის შესაბამისი რეკომენდაციიდან:

EECC ⁵
A market may be considered to justify the imposition of regulatory obligations set out in this Directive if all of the following criteria are met:
a) high and non-transitory structural, legal or regulatory barriers to entry are present;
b) there is a market structure which does not tend towards effective competition within the relevant time horizon, having regard to the state of infrastructure-based competition and other sources of competition behind the barriers to entry;
c) competition law alone is insufficient to adequately address the identified market failure(s).

- (ii) მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის ბ- ქვეპუნტი უნდა შეიცვალოს და სწორად უნდა ჩამოყალიბდეს.

სრულიად მიუღებელია კომისიის მცდელობა მეორე კრიტერიუმის ფარგლებში ამჯერად სიტყვების გადაადგილებით გამორიცხოს ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის შეფასება. (დადგენილების მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის (ბ) ქვეპუნტის თანახმად- “მეორე კრიტერიუმი მოიცავს, იმის განსაზღვრას, არის თუ არა დროის შესაბამის ჰორიზონტში ბაზრის სტრუქტურა ეფექტიანი კონკურენციისკენ მიდრეკილი, ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებული და ბაზარზე შესვლის ბარიერების გარდა სხვა სახის კონკურენტული გარემოებების გათვალისწინებით.)

⁵ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of The Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (EECC), Article 67(1).

ევროკავშირში არსებული ნორმების თანახმად, მოცემული კრიტერიუმის ფარგლებში უნდა შეფასდეს ზუსტად ინფრასტრუქტურული/ქსელური და სხვა სახის კონკურენცია. კერძოდ, მიუხედავად იმისა, რომ ბაზარზე არსებობს შესვლის მაღალი დაბრკოლება, ბაზარზე არსებული სიტუაცია ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის და სხვა სახის კონკურენციის გათვალისწინებით შესაძლოა განვითარდეს იმგვარად, რომ დროის მომავალი პერიოდში შესაბამისი ბაზარი გახდეს ეფექტური კონკურენციისაკენ მიდრეკილი. ანუ მარეგულირებელმა უნდა შეაფასოს ბაზარზე შესვლის ბარიერის მიღმა არსებული კონკურენტული სიტუაცია, კერძოდ ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის და სხვა სახის კონკურენციის არსებობა/განვითარების ტენდენციები.

ამავე პუნქტის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის (ბ) ქვეპუნქტის მეორე ნაწილიც, („კონკურენციის დონის ეფექტიანობის შეფასებისას, კომისიამ უნდა აჩვენოს, რომ ბაზარი არ გახდება ეფექტიანად კონკურენტუნარიანი შემდეგი კვლევის ჩატარებამდე პერიოდში, წინასწარი რეგულირების არარსებობის შემთხვევაში, ან გახდება ეფექტიანად კონკურენტული მომავალ პერიოდ(ებ)ში, იმ პირობით, რომ კვლევისას გამოვლენილი ფაქტობრივი გარემოებები, ნათლად ასახავს ბაზარზე დადებითი დინამიკის ნაკლებობას) გარდა იმისა, რომ არასწორად არის ფორმულირებული, წინააღმდეგობაში მოდის პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი ბაზრების განსაზღვრის თაობაზე ევროკომისიის რეკომენდაციებთან და განმარტებით ბარათთან, რომლის თანახმად:

„A tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within that period, which indicates that the status of effective competition will be reached in the foreseeable future without *ex ante* regulation in the market“.⁶

3. შესაბამისად აუცილებელია ზემოხსენებული ნორმა დაემატოს მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის (ბ) ქვეპუნქტს ევროკავშირის კანონმდებლობით განმარტებული რეგულირების ამოცანები/პრინციპები, მათ შორის სპეციფიკური ვალდებულებების განსაზღვრის პრინციპები და კომისიის მიერ დადგენილების პროექტით არასწორად განსაზღვრული სავალდებულო საინვესტიციო კიბის პრინციპი, რომლითაც კომისიამ უნდა იხელმძღვანელოს როგორც პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი ბაზრების, ასევე სპეციფიკური ვალდებულებების განსაზღვრისას;

პირველ რიგში უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკავშირის ე.წ. „ჩარჩო დირექტივა“, „დაშვების დირექტივა“, „ევროპული ტელეკომ კოდექსი“, EU SMP Guideline-ები, ისევე როგორც პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას

⁶ Commission Staff Working Document, Explanatory Note Accompanying the document Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (SWD(2014) 298) dated 9 October 2014 (Explanatory Note to 2014 Recommendation), pg. 10.

დაქვემდებარებადი ბაზრების განსაზღვრის თაობაზე ევროპის კომისიის რეკომენდაციები ნათლად განსაზღვრავს, რომ მარეგულირებელმა თავისი საქმიანობის განხორციელების ფარგლებში, მათ შორის წინაწარი (ex ante) რეგულირებისას უნდა იხელმძღვანელოს შემდეგი პრინციპებით: განჭვრეტადი მარეგულირებელი გარემოს ჩამოყალიბება, საცალო ბაზარზე (მომხმარებელთა სასარგებლოდ) კონკურენციის ხელშეწყობა, ეფექტური ინვესტიციების განხორციელების, ინოვაციების და ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე კონკურენციის განვითარების ხელშეწყობა. ამავე დროს, ზემოაღნიშნული არც ერთი დოკუმენტით, რა თქმა უნდა არ არის განსაზღვრული „ladder of investment“ პრინციპი, როგორც სავალდებულო პრინციპი და მით უმეტეს არც განმარტებულია თუ რას ნიშნავს აღნიშნული პრინციპი ან როგორ უნდა მოხდეს მისი გამოყენება.

კომისიის მიერ შემუშავებულ დადგენილების პროექტში (ჩვენი შენიშვნის მიუხედავად) ისევ დატოვებულია (a) საინვესტიციო კიბის პრინციპის გაურკვეველი, არასწორი და არასრული განმარტება და (b) კომისიის ვალდებულება, როგორც პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი ბაზრების განსაზღვრისას, ასევე სპეციფიკური ვალდებულებების განსაზღვრისას კომისიამ გაითვალისწინოს ამავე დადგენილებით განმარტებული გაურკვეველი საინვესტიციო კიბის პრინციპით.

მუხლი 2(მ) საინვესტიციო კიბის პრინციპი - - პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, მარეგულირებელი ვალდებულებების არჩევა ეფუძნება იმას, მიიჩნევა თუ არა შესაძლებლად შესაბამისი მომსახურების ბაზრის სეგმენტზე გამოყენებული ინფრასტრუქტურის დუბლირება. იმ შემთხვევაში, თუ ინფრასტრუქტურის დუბლირება შესაძლებელია, დაწესებულმა ვალდებულებებმა ხელი უნდა შეუწყონ საინვესტიციო კიბის პრინციპს, რაც გულისხმობს, ბაზარზე ახალშემსვლელი ავტორიზებული პირების დაშვებას მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირის ქსელზე, რათა მათ შეძლონ ინვესტიციის განხორციელება საკუთარი ინფრასტრუქტურის ეტაპობრივი მოწყობის მიზნით.

მუხლი 10 (3) „საბითუმო ბაზრის იმ სეგმენტების იდენტიფიცირებისას, რომლებიც შესაძლოა დაექვემდებარონ წინასწარ რეგულირებას, კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი

მუხლი 16 (3) სპეციფიკური ვალდებულებების განსაზღვრისას კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი.

გარდა იმისა, რომ კომისიას არასწორად და არასრულად აქვს განმარტებული საინვესტიციო კიბის პრინციპი, კომისიის ვალდებულება, ყველა ეტაპზე გაითვალისწინოს ეს პრინციპი, კიდევ უფრო დაამძიმებს დღეს ისედაც არასწორი რეგულაციებით გაჯერებულ საქართველოს მარეგულირებელ გარემოს, რაც რა საკვირველია ნეგატიურად აისახება ტელეკომ სექტორის შემდგომ განვითარებაზე და სამომავლო ინვესტიციებზე.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკავშირის წევრ რიგ ქვეყნებში, განსაკუთრებით ტელეკომ ბაზრის ლიბერალიზაციის ეტაპზე ე.წ. ladder of investment-ის კონცეფცია (იგულისხმება სწორად განმარტებული ladder of investment პრინციპი) აქტიურად განიხილებოდა როგორც ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის განვითარების საშუალება/მეთოდი, რომლიც გულისხმობდა ე.წ. Incumbent Operator-ის (ისტორიული ოპერატორის, რომელიც თავის მხრივ ერთადერთ მონოპოლისტ ფიქსირებული ქსელის ოპერატორს

წარმოადგენდა) ქსელზე/ქსელის იმ (აქტიურ/პასიურ) ელემენტებზე, რომლის დუბლირებაც შესაძლებელი იყო და ეკონომიკურად გამართლებული, ბაზარზე ახალ შემომსვლელი ოპერატორების დროებით დაშვებას, რათა ამგვარ ახალ ოპერატორებს ერთის მხრივ შესაძლებლობა ექონოდათ შესულიყვნენ ბაზარზე, ხოლო მეორეს მხრივ (რეგულაციის დროებითი ხასიათიდან გამომდინარე, რაც წინასწარ განსაზღვრული უნდა ყოფილიყო) ბიძგი/სტიმული მიცემოდან განხორციელებინათ ინვესტიციები საკუთარი ქსელების მშენებლობაში.

თუმცა არა ერთი ნაშრომი და მაგალითი არსებობს, რომ ე.წ. ladder of investment მიდგომა ვერ უზრუნველყოფს ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე კონკურენციის განვითარებას, თუმცა ხელს უწყობს მომსახურების დონეზე კონკურენციას, რაც თავის მხრივ ვერ უზრუნველყოფს საცალო ბაზარზე მდგრადი კონკურენციის განვითარებას, განსხვავებით ქსელური კონკურენციისაგან.

აქვე უნდა ითქვას, რომ ნებისმიერი კონცეფციის/მიდგომის გამოყენება დამოკიდებულია კონკრეტულ ბაზარზე არსებულ მდგომარეობაზე, კერძოდ თუ რა მიდგომით იქნება უფრო ეფექტურად შესაძლებელი ინვესტიციების და ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის ხელშეწყობა/სტიმულირება და უნდა შეფასდეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში და არც ერთ შემთხვევაში არ უნდა იყოს ვალდებულება.

შესაბამისად აბსოლუტურად გაუგებარია, რატომ უნდა იყოს საქართველოს კომისია ვალდებული იხელმძღვანელოს საინვესტიციო კიბის პრინციპით, მაშინ როდესაც ამგვარი ვალდებულება ევროპის კავშირში არ გვხვდება. ევროკომისიას ან ევრო ჰარლამენტს სურვილი და მიზანი რომ ექონოდათ დაევალებულინათ წევრი ქვეყნები ეხელმძღვანელათ საინვესტიციო კიბის პრინციპით, ყველ შესაბამის დოკუმენტში გაწერდნენ ამგვარ ვალდებულებას.

ჩვენ წერილს თან ერთვის დადგენილების საინვესტიციო კიბის პრინციპთან დაკავშირებით Frontier Economics-სა და DLA Piper-ის მიერ შემუშავებული შემორანდუმი (დანართი 2).

- (i) ვინაიდან ევროპის კავშირის ყველა ზემოაღნიშნული დოკუმენტი (რომელთან ჰარმონიზაციის ვალდებულებაც ნაკისრი აქვს საქართველოს „ასოცირების შეთანხმებით“) განსაზღვრავს, რომ მარეგულირებელმა შესაბამისი უფლებამოსილების განხორციელების (მათ შორის ex-ante რეგულირების) ფარგლებში ხელი უნდა შეუწყოს განჭვრეტადი მარეგულირებელი გარემოს ჩამოყალიბებას, საცალო ბაზარზე (მომხმარებელთა სასარგებლოდ) კონკურენციის განვითარებას, ინვესტიციების განხორციელებას, ინოვაციებს და ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე კონკურენციის განვითარებას, აუცილებელია, რომ დადგენილების პროექტშიც გაიწეროს ამგვარი მუხლი, ხოლო საინვესტიციო კიბის პრინციპის განმარტება და კომისიის ვალდებულება

აუცილებლად გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი (რაც არც ერთი ზემოაღნიშნული დოკუმენტით არ არის განსაზღვრული) ამოღებულ უნდა იქნას.

- (ii) ასევე აუცილებელია, წინასწარი რეგულირების ფარგლებში კომისია ვალდებული იყოს კვლევა/ანალიზთან ერთად წარმოადგინოს რეგულირების ზეგავლენის შეფასება (RIA), რომლითაც გაანალიზდება შემუშავებული/განსაზღვრული რეგულაციის/ვალდებულებების პოტენციური შედეგები და დადებითი და უარყოფითი მხარეები (ე.წ. cost and benefit analysis) ეფექტური ინვესტიციებისა და ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე კონკურენციის ხელშეწყობის კუთხით, რათა დადგინდეს და განისაზღვროს არის თუ არა კონკრეტული რეგულაცია გამართლებული და გრძელვადიანი პერიოდის გათვალისწინებით საცალო ბაზარზე სარგებლის მომტანი.
- (iii) ასევე საჭიროა განიმარტოს თუ რას ნიშნავს ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებული ეფექტური კონკურენცია, ისე, როგორც მოცემულია „ევროპული ტელეკომ კოდექსით“ და ამავე დროს ალბათ საჭირო იქნება განიმარტოს ინფრასტრუქტურა, რათა ნათელი იყოს, რომ ინფრასტრუქტურაში მოიაზრება ქსელი და არა პასიური ინფრასტრუქტურა და ან ყველგან სადაც ინფრასტრუქტურულ კონკურენციაზე არის მითითებული გამოყენებულ იქნეს „ინფრასტრუქტურული/ქსელური“.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე:

- მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის „მ“ ქვეპუნქტი- საინვესტიციო კიბის პრინციპი - ამოღებულ უნდა იქნეს;
- მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტის შემდეგი დებულება - „საბითუმო ბაზრის იმ სეგმენტების იდენტიფიცირებისას, რომლებიც შესაძლოა დაექვემდებარონ წინასწარ რეგულირებას, კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი“ ამოღებულ უნდა იქნეს;
- ვინაიდან მე-6 თავით განსაზღვრული არც ერთი პუნქტი და შესაბამისად არც მე-17 მუხლის პუნქტები არ ეხება სპეციფიკური ვალდებულებების არსებითი პირობების განსაზღვრას, მე-16 და მე-17 მუხლები უნდა გაერთიანდეს მე-16 მუხლის ქვეშ და მე-16 მუხლისა და შესაბამისი თავის სახელწოდება უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი სახით „სპეციფიკური ვალდებულებების დაკისრების მიზნები და პრინციპები“
- მე-16 მუხლის მე-2 პუნქტი უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:
„მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორზე დასაკისრებელი, კომისიის მიერ შერჩეული სპეციფიკური ვალდებულებები უნდა იყოს იდენტიფიცირებული პრობლემის თანაზომადი, პროპორციული, ობიექტურად დასაბუთებული და უნდა პასუხობდეს ეფექტიანი ინვესტიციების

განხორციელების, ინოვაციებისა და ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე კონკურენციის ხელშეწყობის ამოცანებს“.

- მე-16 მუხლის მე-3 პუნქტის დღევანდელი რედაქცია („სპეციფიკური ვალდებულებების განსაზღვრისას კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი“) ამოღებულ უნდა იქნეს და ნაცვლად მე-16 მუხლის მე-3 პუნქტი უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:
„კომისია ვალდებულია კომისიის გადაწყვეტილების პროექტს რომელიც ითვალისწინებს ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის წინასწარ რეგულირებას და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირზე/ერთობლივად მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირებზე სპეციფიკური ვალდებულებების დაწესებას, დაურთოს რეგულირების ზეგავლენის შეფასება (RIA), რომლითაც გაანალიზდება შემუშავებული/განსაზღვრული რეგულაციის და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორ(ებ)ზე დასაკისრებელი ვალდებულებების პოტენციური შედეგები და დადებითი და უარყოფითი მხარეები (ე.წ. cost and benefit analysis).“
- მე-16 მუხლის მე-4 პუნქტი საჭიროებს კორექტირებას, რადგან არასწორად არის ნათარგმნი, გამოტოვებულია სიტყვები და აზრის გაგება შეუძლებელია.
- დადგენილების პროექტის მე-4 მუხლის სათაური უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი სახელწოდებით- „წინასწარი რეგულირების მიზნები, პრინციპები და მიდგომები“ და უნდა დაემატოს შემდეგი პუნქტი:
„კომისია ამ დადგენილებით განსაზღვრული უფლებამოსილების განხორციელების ფარგლებში ვალდებულია უზრუნველყოს განჭვრეტადი მარეგულირებელი გარემოს ჩამოყალიბება, საცალო ბაზარზე (ბოლო მომხმარებელთა სასარგებლოდ) კონკურენციის ხელშეწყობა, ეფექტური ინვესტიციების განხორციელების ხელშეწყობა, ინოვაციებისა და ინფრასტრუქტურული/ქსელური კონკურენციის განვითარების ხელშეწყობა“.
- მე-17 მუხლის ის ნორმები, რომელიც არ უკავშირდება სპეციფიკური ვალდებულებების დაკისრების პრინციპებს და განსაზღვრავს ზოგადად წინასწარი რეგულირების პრინციპებს ასევე უნდა გადავიდეს მე-4 მუხლში; დამატებით, მე-4 მუხლში ნათლად უნდა იყოს გაწერილი წინასწარი რეგულირების ყველა შესაბამისი მიზანი, პრინციპი და ძირითადი მიდგომები (მათ შორის ის ნორმა, რაც მოცემულია კომისიის მიერ გამოქვეყნებულ რედაქციაში), რომლითაც უნდა იხელმძღვანელოს კომისიამ ან დადგენილებით განსაზღვრული საკითხების შესრულებისას.

➤ მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტს უნდა დაემატოს შემდეგი განმარტება: “Efficient level of infrastructure-based competition: Efficient level of infrastructure-based competition is the extent of infrastructure duplication at which investors can reasonably be expected to make a fair return based on reasonable expectations about the evolution of market shares”.⁷

4. კომისიის მიერ არასწორად და არასრულად შემუშავებული ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის განსაზღვრის ნორმები

(i) როგორც *კომისიისთვის* ცნობილია საქართველოსა და ევროკავშირში მოქმედი კონკურენციის კანონმდებლობით „შესაბამისი ბაზრის“ (Relevant market) განსაზღვრა წარმოადგენს იმ მნიშვნელოვან საწყის წერტილს, რომლიდანაც რეალურად გამომდინარეობს შემდგომი დასკვნები. ე.წ. „ჩარჩო ღირეუქივით“ განსაზღვრული მოთხოვნის, კერძოდ კონკურენციის სამართლის პრინციპების სექტორულ, წინასწარი რეგულირების ნორმებში ინტეგრაციის საკითხი, მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების კონცეფციის დომინირებულ მდგომარეობასთან თანხვედრაში მოყვანასთან ერთად, პირველ რიგში, გულისხმობს „შესაბამისი ბაზრის“ კონცეფციისა და შესაბამისი ბაზრის განსაზღვრის მეთოდოლოგიის კონკურენციის სამართლის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებთან შესაბამისობაში მოყვანას.

იმის ნაცვლად, რომ *კომისიას დადგენილების პროექტით* მოეწესრიგებინა პრობლემა და „შესაბამისი ბაზრის“ (relevant market) ექვივალენტი ტერმინი განემარტა (მაგალითად „ბაზრის შესაბამისი სეგმენტი“, რაც ისედაც მრავლად არის გამოყენებული) და ყველა ისეთ შემთხვევაში, სადაც საუბარია კონკურენციის კანონმდებლობით განსაზღვრულ „შესაბამისი ბაზარზე“ (relevant market) დადგენილების ფარგლებში გამოყენებინა ეს ტერმინი, კომისიამ კიდევ უფრო არანათელი და არაგანჭვრეტადი სამართლებრივი გარემო შექმნა, კერძოდ:

ა) კომისიამ არ განმარტა „ბაზრის შესაბამისი სეგმენტი“, თუმცა ზუსტად ეს ტერმინი და რიგ შემთხვევებში „ბაზრის სეგმენტი“ მრავლად არის გამოყენებული დადგენილების პროექტში, როგორც კონკურენციის კანონმდებლობით დარეგულირებული „შესაბამისი ბაზრის“ („relevant market“) ექვივალენტური ტერმინი.

ბ) კომისიამ განმარტა, მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის საზღვრების დადგენა – რომელიც განსაზღვრულია როგორც “ბაზრის შესაბამისი სეგმენტზე ჩატარებული კვლევისა და ანალიზის საფუძველზე ბაზრის შესაბამისი სეგმენტს მიკუთვნებული ურთიერთჩანაცვლებადი მომსახურების სახეების ჯგუფის და შესაბამისი გეოგრაფიული საზღვრების განსაზღვრის პროცესი”. შესაბამისად გაურკვეველია რას ნიშნავს „ბაზრის შესაბამისი სეგმენტი“ (რომელიც მრავლად არის გამოყენებული დადგენილების პროექტში) და

⁷ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of The Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (EECC), Recital 27.

გამოდის რომ ტერმინი „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტი“ ყოფილა კონკურენციის კანონმდებლობით დარეგულირებული „შესაბამისი ბაზრის“ (relevant market) ექვივალენტი ტერმინი.

- (ii) გამომდინარე იმ ფაქტიდან, რომ კომისიას არ აქვს სწორად და სრულყოფილად ჩამოყალიბებული თუ როგორ უნდა განხორციელდეს შესაბამისი ბაზრის პროდუქციული საზღვრების დადგენა, რიგი საკითხები არასწორად არის მოცემული და საჭიროებს მნიშვნელოვან კორექტირებას, კერძოდ:

ევროკავშირში მოქმედი წინასწარი რეგულირების ნორმების თანახმად შესაბამისი ბაზრის პროდუქციული საზღვრების განსაზღვრა, მათ შორის შესაბამისი საბითუმო ბაზრის განსაზღვრაც იწყება შესაბამისი საცალო ბაზრების იდენტიფიცირებით და მხოლოდ მას შემდეგ რაც განისაზღვრება შესაბამისი საცალო ბაზრის პროდუქციული საზღვრები უნდა განისაზღვროს შესაბამისი საბითუმო ბაზრის პროდუქციული საზღვრები. კომისიას კი არ აქვს გამიჯნული შესაბამისი საბითუმო და საცალო ბაზრის პროდუქციული საზღვრების იდენტიფიცირების მიდგომები.

- (iii) დადგენილების მე-6 მუხლის მე-9 მუხლის თანახმად „ბაზრის შესაბამისი მომსახურების სეგმენტის განსაზღვრისას კომისიამ უნდა მიიღოს მხედველობაში თვითმომსახურება, მხოლოდ მაშინ, როდესაც აღნიშნული საბითუმო მომსახურების მიუწოდებლობის გამო საბოლოო მომხმარებლებს ადგებათ ზიანი და არსებობს ამ ტიპის საბითუმო მომსახურებებზე სხვა ავტორიზებული პირების მხრიდან პოტენციური მოთხოვნა. ამ შემთხვევაში, კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს შესაბამისი თვითმომსახურება მომსახურების ბაზრის შესაბამის საბითუმო სეგმენტზე, რომელსაც მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირი იყენებს საკუთარი საცალო ოპერაციებისთვის“.

პირველ რიგში უნდა აღინიშნოს, რომ მოცემული მუხლი წარმოადგენს EU SMP წესების „ქართულ“ მოდიფიცირებულ ვარიანტს, რომელიც წინააღმდეგობაში მოდის კონკურენციის კანონმდებლობით აღიარებულ პრინციპებთან. საბითუმო ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის პროდუქციული საზღვრების დადგენის ეტაპზე ჯერ ვერ იქნება შეფასებული რომელი ოპერატორი წარმოადგენს მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირს, შესაბამისად შეუძლებელია ამ ეტაპზე კომისიამ გაითვალისწინოს თვითმომსახურება, რომელსაც მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირი იყენებს საკუთარი საცალო ოპერაციებისთვის. შესაბამისად, ამ მუხლში მოცემული უნდა იყოს ვერტიკალურად ინტეგრირებული პირები და არა მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირი.

- (iv) მე-6 მუხლის მე-4 პუნქტის თანახმად „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის განსაზღვრისას, შესაძლებელია, კომისიამ გამოყოს ბოლო მომხმარებელთა ჯგუფი სოციალურ-ეკონომიკური მაჩვენებლებისა და მოხმარების თავისებურებების გათვალისწინებით“.

აქაც უნდა აღინიშნოს, რომ სოციალურ-ეკონომიკური მაჩვენებლების მიხედვით ბოლო მომხმარებელთა ჯგუფის გამოყოფა წინააღმდეგობაში მოდის კონკურენციის სამართლით განსაზღვრულ შესაბამისი ბაზრის განსაზღვრის ნორმებთან და შესაბამისად ამოღებულ უნდა იქნეს.

- (v) დადგენილების მე-6 მუხლის მე-5 პუნქტში მოცემულია, რომ „კომისიამ, შესაძლოა, მოაქციოს ორი ან რამდენიმე ბაზრის სეგმენტი ბაზრის ერთიანი სეგმენტის ფარგლებში, თუ სრულდება არანაკლებ ერთი ქვემოთ მოცემული პირობა:

ა) ცალკეულ მომსახურებებს გააჩნიათ ერთგვაროვანი კონკურენტული მახასიათებლები, რაც გულისხმობს, რომ თითოეული განხილული ბაზრის სეგმენტის ფარგლებში აღნიშნული მომსახურებების მიმწოდებლების ქცევაც ერთგვაროვანი იქნება; ან/და

ბ) ბაზარზე მოქმედებს საერთო სატარიფო შეზღუდვა, რაც გულისხმობს, რომ მოსალოდნელია მიმწოდებლების ფასები და ქცევა იყოს ერთგვაროვანი ბაზრის თითოეული განხილული სეგმენტის ფარგლებში“.

უნდა აღინიშნოს, რომ კონკურენციის კანონმდებლობით და შესაბამისად წინასწარი რეგულირების ნორმებით, „შესაბამისი ბაზრის“ განსაზღვრა, წარმოადგენს იმ მნიშვნელოვან საწყის წერტილს რომლიდანაც გამომდინარეობს შემდგომი დასკვნები და რომლის ფარგლებშიც უნდა შეფასდეს კონკურენციის დინამიკა.

შესაბამისად კომისიას არ შეუძლია ორი ან რამდენიმე ბაზრის სეგმენტი მოაქციოს ერთიანი სეგმენტის ფარგლებში, ამგვარი განმარტება და თეორიული შესაძლებლობაც კი წინააღმდეგობაში მოდის კონკურენციის კანონმდებლობით საერთაშორისო დონეზე აღიარებულ პრინციპებთან და ე.წ. Relevant Market-ის კონცეფციასთან. კომისიამ შესაძლოა ერთი ან რამდენიმე მომსახურება მოაქციოს ერთიდაიგივე „შესაბამისი ბაზრის“ ფარგლებში, მათ შორის არა-ურთიერთჩანაცვლებადი მომსახურებები, თუ მომხმარებლები ერთიან ჯგუფად აღიქვამენ ამგვარ მომსახურებას და ერთიანი პაკეტის სახით მოიხმარენ/შეისყიდიან, თუმცა აქაც საჭიროა დასაბუთება და მტკიცებულებები, თუ რატომ ექცევა ამგვარი პროდუქტები/მომსახურებები ერთი „მომსახურების შესაბამისი ბაზრის“ ფარგლებში.

დამატებით მე-6 მუხლის მე-5 პუნქტის ა) და ბ) პუნქტებში მოცემული დამკვეთების აბსოლუტურად გაუგებარია. შესაბამისად, გთხოვთ მიგვითითოთ რომელი დოკუმენტით იხელმძღვანელა კომისიამ ზემოთ მოცემული პუნქტების შემუშავებისას (რადგან ჩვენ ვერ ვიპოვეთ მსგავსი ჩანაწერი ვერც ერთ ევროკავშირის ფარგლებში მოქმედ დოკუმენტში) ან დეტალურად განმარტოთ რას გულისხმობთ და როგორ უნდა განხორციელდეს ზემოაღნიშნულის შეფასება.

5. საცალო ბაზრის კონკურენტუნარიანობის შეფასებასთან და საცალო ბაზრის ზემოთ მდგომი საბითუმო ბაზრების შეფასებასთან დაკავშირებული შენიშვნები

- (i) ვინაიდან ჩვენი შეფასებით მე-9 მუხლი წარმოადგენს ბაზრის შესაბამისი საცალო სეგმენტების კონკურენტუნარიანობის შეფასების პრინციპებს, მუხლის სათაურში უნდა დაემატოს სიტყვა „საცალო“.
- (ii) მე-9 მუხლის მე-2 პუნქტი უნდა დაკორექტირდეს და ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით: „ბაზრის ანალიზის ამოსავალი წერტილი უნდა იყოს საცალო ბაზრის შესაბამისი სეგმენტ(ებ)ის კონკურენტუნარიანობის შეფასება, რომლებიც განისაზღვრა ამ პროცედურების მე-2 თავის შესაბამისად.
- (iii) მე-9 მუხლის მე-4 პუნქტის დანაწესი „ბაზრის ანალიზი შეიძლება ეფუძნებოდეს საბითუმო, საცალო ან/და მათთან მჭიდროდ დაკავშირებულ ბაზრის სეგმენტებს“, წინააღმდეგობაში მოდის როგორც ევროკავშირის ნორმებით განსაზღვრულ საცალო ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის შეფასების ნორმებთან, ასევე თვით მე-9 მუხლთან და ამოღებულ უნდა იქნეს.
- (iv) ვინაიდან მე-10 მუხლი განსაზღვრავს ბაზრის შესაბამისი საცალო სეგმენტების კონკურენტუნარიანობის შეფასების შესაძლო შედეგებს და შემდგომ პროცედურებს, მე-10 მუხლის სათაური უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით „ბაზრის შესაბამისი საცალო სეგმენტების კონკურენტუნარიანობის შეფასების შესაძლო შედეგები და შემდგომი პროცედურები“.
- (v) **მე-10 მუხლის პირველი პუნქტი უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:**

თუ მე-9 მუხლში მითითებული შეფასება აჩვენებს, რომ საცალო ბაზარი მიდრეკილია ეფექტური კონკურენციისკენ მოდიფიცირებული გრინფილდის მიდგომის გათვალისწინებით, კომისიამ უნდა დაასკვნას, რომ არ არის საჭირო ამ ბაზრის ალმაჯალი საბითუმო სეგმენტ(ებ)ის, ისევე როგორც ამ საცალო ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის წინასწარი რეგულირება და თუ საცალო ან მისი ალმაჯალი საბითუმო ბაზრის შესაბამისი სეგმენტები ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას, კომისიამ უნდა გააუქმოს დაწესებული ვალდებულებები.

- (vi) მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტი უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

„პირველ რიგში მოთხოვნისა და მიწოდების (რამდენადაც ეს აქტუალურია) ურთიერთჩანაცვლებადობის გათვალისწინებით უნდა განისაზღვროს და ~~გაანალიზდეს~~ მე-11 თავში მოცემული სამი კრიტერიუმის ტესტით უნდა შეფასდეს საბითუმო ბაზრის სეგმენტი, რომელიც ~~შესაფასებელი~~ საცალო ბაზრის სეგმენტის ვერტიკალური მიწოდების ჯაჭვი ყველაზე მაღლა დგას და ე.ი. რომლის წინასწარი რეგულირება შესაბამის საცალო ბაზრის სეგმენტზე ეფექტიანი კონკურენციის განვითარებაზე ყველაზე მნიშვნელოვან გავლენას მოახდენს. ~~საბითუმო ბაზრის იმ სეგმენტების იდენტიფიცირებისას, რომლებიც შესაძლოა დაქვემდებარონ წინასწარ რეგულირებას, კომისიამ უნდა გაითვალისწინოს საინვესტიციო კიბის პრინციპი.~~ ამ პროცესში კომისიამ ასევე უნდა გაითვალისწინოს ის გარემოება, რომ ზოგიერთი საცალო ბაზრის სეგმენტი, შესაძლოა, დაკავშირებული იყოს საბითუმო ბაზრის ერთზე მეტ სეგმენტთან.

(vii) მიუხედავ იმისა, რომ მე-10 მუხლში მოცემულია, თუ რომელი საბითუმო ბაზარი უნდა განისაზღვროს და შეფასდეს პირველ რიგში (კერძოდ, საბითუმო ბაზარი, რომელიც საცალო ბაზრის სეგმენტის ვერტიკალური მიწოდების ჯაჭვი ყველაზე მაღლა დგას), დადგენილების პროექტში გამოტოვებულია ევროკავშირის ის უმნიშვნელოვანესი ნორმა, რომელიც განსაზღვრავს თუ როგორ უნდა განხორციელდეს შემდგომი ბაზრის შეფასება, კერძოდ, რომ ყოველი შემდგომი საბითუმო ბაზრის შეფასებისას გათვალისწინებული უნდა იყოს შემდგომი ბაზრის რეგულაცია.

6. ასოცირების ხელშეკრულებით განსაზღვრული ჰარმონიზაციის ვალდებულება

დადგენილების პროექტის განმარტებითი ბარათი მცდარად მიუთითებს, რომ არ არსებობს ევროკავშირის ის სამართლებრივი აქტი, რომელთან დაახლოების ვალდებულებაც გამომდინარეობს ასოცირების შეთანხმებით. ელექტრონული საკომუნიკაციო მომსახურების სფეროში რეგულირების პრინციპებს, მათ შორის ბაზარზე მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირების რეგულირების საკითხს აწესრიგებს ასოცირების შეთანხმების IV კარის მე-6 თავის მე-5 ნაწილის მე-5 ქვეთავი. ამ ქვეთავის მე-113-ე მუხლის თანახმად, „*მხარეები აღიარებენ საქართველოს მოქმედი და მომავალი კანონმდებლობის ეტაპობრივი დაახლოების აუცილებლობას ევროკავშირის შესაბამის კანონმდებლობასთან, რომელიც მოცემულია ამ შეთანხმების XV-B დანართში*“.

ასოცირების შეთანხმების 327 მუხლი ნათლად და გარკვევით ადგენს საქართველოს ვალდებულებას, უზრუნველყოს *XV-B დანართში* ევროკავშირის საკანონმდებლო აქტებთან მისი კანონმდებლობის დაახლოება: „*საქართველო მოახდენს ეროვნული კანონმდებლობის დაახლოებას წინამდებარე შეთანხმების XV-B დანართში მითითებულ ევროკავშირის საკანონმდებლო აქტებთან და საერთაშორისო სამართლებრივ ინსტრუმენტებთან, ამავე დანართის დებულებების შესაბამისად*“.

ასოცირების შეთანხმების დანართი XV-B განსაზღვრავს ელექტრონული კომუნიკაციების სფეროში ევროკავშირის იმ საკანონმდებლო აქტების (და მათ მიერ რეგულირებული საკითხების) ჩამონათვალს, რომელთან დაახლოების ვალდებულებაც ეკისრება საქართველოს, ასევე ამ აქტებთან საქართველოს კანონმდებლობის დაახლოების ვადებს. XV-B დანართით განსაზღვრულ ევროკავშირის ერთ-ერთ სამართლებრივ აქტს წარმოადგენს 2002 წლის 7 მარტის ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2002/21/EC დირექტივა ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და მომსახურებების ზოგადი მარეგულირებელი ჩარჩოს შესახებ (შემდგომში „ჩარჩო დირექტივა“). დანართის თანახმად, საქართველო ვალდებულია, ასოცირების ხელშეკრულების ძალაში შესვლიდან (2016 წლის 1 ივლისიდან) 3 წლის ვადაში (არაუგვიანეს 2019 წლის 1 ივლისისა) უზრუნველყოს მისი კანონმდებლობის ეტაპობრივი დაახლოება ჩარჩო დირექტივის რიგ დებულებებთან, მათ შორის იმ დებულებებთან, რომლებიც აწესრიგებს „ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში ex ante (წინასწარ) რეგულირებას პოტენციურად დაქვემდებარებადი შესაბამისი პროდუქტისა და მომსახურების ბაზრების განსაზღვრასა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორის გამოვლენის მიზნით ამ ბაზრების ანალიზს“.

როგორც თავად კომისია მიუთითებს, საჯარო განხილვის მიზნით წარმოდგენილი დადგენილების პროექტი შემუშავებულია ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ კანონის 21 მუხლის ფარგლებში (ამ მუხლის მე-3 ნაწილის საფუძველზე), რომელიც ადგენს კონკურენციის წინასწარი რეგულირების, მომსახურების ბაზრის კვლევისა და ანალიზის პრინციპებს. თავად დადგენილების პროექტი მიზნად ისახავს, ელექტრონული კომუნიკაციების სფეროში კონკურენციის წინასწარი (ex ante) რეგულირების მიზნით დაადგინოს ბაზრის კონკურენტუნარიანობისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირების განსაზღვრის მეთოდოლოგია და პრინციპები.

ცხადია, რომ დადგენილების პროექტი აწესრიგებს იმავე საკითხებს, რასაც ასოცირების შეთანხმების დანართი XV-B-ით განსაზღვრული, ჩარჩო დირექტივის ის დებულებები, რომლებიც აწესრიგებს „ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში ex ante (წინასწარ) რეგულირებას პოტენციურად დაქვემდებარებადი შესაბამისი პროდუქტისა და მომსახურების ბაზრების განსაზღვრასა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორის გამოვლენის მიზნით ამ ბაზრების ანალიზს“.

შესაბამისად, საქართველო (მოცემულ შემთხვევაში კომისია) ვალდებულია უზრუნველყოს დადგენილების პროექტის მიახლოება ჩარჩო დირექტივის ამ დებულებებთან.

შესაბამისად, დადგენილების პროექტის განმარტებით ბარათში მითითებული ინფორმაცია, თითქოს არ არსებობს ევროკავშირის ის სამართლებრივი აქტი, რომელთან დაახლოების ვალდებულებაც გამომდინარეობს

ასოცირების შეთანხმებიდან, არის მცდარი. უფრო მეტიც, ვინაიდან განმარტებით ბარათში მითითებულია მცდარი ინფორმაცია ასეთი სამართლებრივი აქტის არარსებობის შესახებ, განმარტებითი ბარათი ვერ აკმაყოფილებს ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის მე-5 მუხლის „ა.ბ“ და „ა¹“ მოთხოვნებს. კერძოდ, ამ ნორმების თანახმად, კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტის პროექტზე თანდართული განმარტებითი ბარათი უნდა მოიცავდეს მითითებას ევროკავშირის იმ სამართლებრივი აქტის თაობაზე, რომელთან დაახლოების ვალდებულებაც გამომდინარეობს ასოცირების შეთანხმებიდან და ასეთი აქტის არსებობის შემთხვევაში, ის უნდა შეიცავდეს ასეთ აქტთან შესაბამისობის ცხრილს. შესაბამისობის ცხრილი, რომლის ფორმაც მოცემულია ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონით, უნდა მოიცავდეს ევროკავშირის სამართლებრივი აქტისა და კანონქვემდებარე აქტის თითოეული მუხლისა და ნაწილის შედარების ანალიზს, რაც მოცემულ შემთხვევაში კომისიას არ წარმოუდგენია.

შესაბამისად, გარდა იმისა, რომ დადგენილების პროექტის განმარტებით ბარათი მცდარ ინფორმაციას მიუთითებს ევროკავშირის ისეთი სამართლებრივი აქტის არსებობის თაობაზეც, რომელთან ჰარმონიზაციის ვალდებულებაც გამომდინარეობს ასოცირების შეთანხმებიდან, მას ასევე არ ერთვის ევროკავშირის საკანონმდებლო აქტთან შესაბამისობის ცხრილი, რაც წარმოადგენს ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის დარღვევას.

7. ერთი და იგივე საკითხების მარეგულირებელი ორი დადგენილება

დადგენილების პროექტთან ერთად, კომისიამ გამოაქვეყნა „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის 2007 წლის 31 აგვისტოს N5 დადგენილებაში (შემდგომში „დადგენილება N5“) ცვლილების პროექტი. ცვლილების პროექტისა და თანმხლები განმარტებითი ბარათის თანახმად, დადგენილების პროექტის მიღების პირობებშიც, დადგენილება N5 შეინარჩუნებს ძალას, თუმცა იმისათვის, რომ აღნიშნულ აქტებს შორის „არ მოხდეს ნორმების კოლიზია“, დადგენილება N5-ს დაემატება მუხლი 1¹, რომლის თანახმადაც, „ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებული კონკურენციის წინასწარი რეგულირების მიზნით კონკურენტუნარიანობის კვლევისა და ანალიზის ჩატარება განხორციელდება „ბაზრის კონკურენტუნარიანობისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირების განსაზღვრის მეთოდოლოგიის და პროცედურების დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის დადგენილების შესაბამისად“.

შემოთავაზებული ცვლილებები უფრო მეტად ბუნდოვანს და არაგანჭვრეტადს ხდის არსებულ საკანონმდებლო ჩარჩოს, ვინაიდან დადგენილების პროექტის მიღების პირობებში კონკურენციის წინასწარი რეგულირების მიზნით შესაბამისი ბაზრის ანალიზის საკითხს მოაწესრიგებს ორი თანაბარი იურიდიული ძალის მქონე

ნორმატიული აქტი, ხოლო დადგენილება N5-ში დაგეგმილი ცვლილებები არ არის საკმარისი სამართლებრივი კოლიზიის ან შესაძლო ბუნდოვანების გამოსარიცხად.

ნორმის განჭვრეტადობასთან დაკავშირებით საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო განმარტავს, რომ უფლების შეზღუდვად ნორმა უნდა აკმაყოფილებდეს მატერიალურ ხასიათის მოთხოვნებს, რაც გულისხმობს, რომ „იგი საკმარისად ცხადი უნდა იყოს იმ თვალსაზრისით, რომ, ერთი მხრივ, ადამიანებმა მათ უფლებაში ჩარევისას ზუსტად იცოდნენ, რა მიზნის მისაღწევად, რა წესით და ვის მიერ შეიძლება მოხდეს მათი უფლების შეზღუდვა, ან უკანონო პირებს უნდა უქმნიდეს ცხად წარმოდგენას, როდის და როგორ შეიძლება დაექვემდებაროს მათი უფლება შეზღუდვას. ამასთანავე, მეორე მხრივ, სამართალ შემფარდებელს, კანონის მეშვეობით, უნდა ჰქონდეს მკაფიო ინსტრუქციები, რა საფუძვლების არსებობისას, რომელი მიზნების მისაღწევად, რა გზით, წესით და ინტენსივობით შეუძლია ჩაერიოს ადამიანის კონკრეტულ უფლებაში, რათა გამოირიცხოს პირთა უფლებების თვითნებური შეზღუდვის საფრთხე“ (იხ. გიგა ბარათაშვილი და კარინე შახპარონიანი საქართველოს თავდაცვის მინისტრის წინააღმდეგ. №1/4/614,616, 30 სექტემბერი, 2016). „თავად კანონი დეტალურად, სიცხადის საკმარისი ხარისხით განსაზღვრავდეს კონკრეტულ სფეროში საჯარო ხელისუფლების უფლებამოსილებას. შესაბამისად, კანონი არ უნდა იძლეოდეს შესაძლებლობას, რომ აღმასრულებელმა ხელისუფლებამ დამოუკიდებლად დაადგინოს საკუთარ ქმედებათა დიაპაზონი. თუ უფლებაში ჩარევაზე უფლებამოსილ პირს ზუსტად და კონკრეტულად არ ეცოდინება თავისი შესაძლო მოქმედების ფარგლები, ერთი მხრივ, უნებლიედ გაიზრდება რისკი უფლებაში არასწორი, გადამეტებული ჩარევისა, ხოლო, მეორე მხრივ, ცდუნებაც უფლების შეგნებულად ბოროტად გამოყენებისა, რისი კანონზომიერი შედეგიც არის უფლების დარღვევა“ (იქვე).

ამასთან, სადავო ნორმის კონსტიტუციურობისათვის საკმარისი არ არის მისი ერთ-ერთი განმარტება იყოს შესაბამისი საქართველოს კონსტიტუციასთან. ნორმა ვერ აკმაყოფილებს კონსტიტუციურობის სტანდარტს, თუ მისი ერთ-ერთი ინტერპრეტაციაც კი არის არაკონსტიტუციური - „აუცილებელია, რომ კეთილსინდისიერი განმარტების პირობებში, ნორმა არ იძლეოდეს არაკონსტიტუციური გამოყენების შესაძლებლობას“.⁸

კომისიის მიერ წარმოდგენილი დადგენილების პროექტი და დადგენილება N5-ის ცვლილების პროექტი ვერ აკმაყოფილებენ ზემოაღნიშნულ სტანდარტს. უპირველეს ყოვლისა, სავსებით გაურკვეველია, თუ რატომ აწესრიგებს ელექტრონული კომუნიკაციების დარგში კონკურენციის წინასწარ რეგულირების და შერწყმის/წილების შექმნის საკითხებს ორი ერთმანეთისაგან განსხვავებული წესი და პროცედურა, იმ პირობებში, როდესაც არ არსებობს ამ შემთხვევების განსხვავებულად მოპყრობის საფუძველი. საკითხის ამგვარი მოწესრიგების ლეგიტიმურობის დამადასტურებელი არცერთი არგუმენტი არ წარმოუდგენია.

⁸ პოლიტიკური გაერთიანება „თავისუფალი საქართველო“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, №1/3/538, 24 ივნისი, 2014

გარდა ამისა, გაურკვეველია, კომისიის მიერ კონკურენტუნარიანობის კვლევისა და ანალიზის პროცესში მოხდება თუ არა დადგენილება N5-ის ნორმების გამოყენება, მაშინ, როდესაც ამა თუ იმ საკითხს ამომწურავად არ აწესრიგებს დადგენილების პროექტი (არსებობს ე.წ. სამართლებრივი ვაკუუმი ან საკანონმდებლო ხარვეზი). ნიმუშისათვის, დადგენილება N5-ი განსაზღვრავს წინასწარი რეგულირების მიზნებს, მაშინ, როდესაც ამ მიზნების შესახებ დადგენილების პროექტში საუბარი საერთოდ არაა. აქვე აღვნიშნავთ იმასაც, რომ მოყვანილი მაგალითი არ წარმოადგენს ნორმათა კოლიზიას, ვინაიდან არ არსებობს წინააღმდეგობა ორ თანაბარი ძალის მქონე ნორმატიულ აქტს შორის. შესაბამისად, ამ ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად გამოუსადეგარი იქნება ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის მე-7 მუხლის მე-8 ნაწილით ნორმატიული აქტების კოლიზიის მომწესრიგებელი ნორმაც.

ამასთან ერთად, იმ პირობებში, როდესაც ძალას ინარჩუნებს დადგენილება N5, შერწყმის ან წილების შექმნის წინასწარი რეგულირების შემთხვევებზე გავრცელდება ამ დადგენილებით განსაზღვრული ბაზრის შესაბამის სეგმენტზე კონკურენციის კვლევისა და ანალიზის ჩატარების წესები. ბუნდოვანია, შერწყმის ან წილების შექმნის წინასწარი რეგულირების ფარგლებში ბაზრის კვლევისა და ანალიზის რომელი წესით იხელმძღვანელებს კომისია იმ შემთხვევაში, როდესაც დადგენილება N5-ით განსაზღვრული ბაზრის კვლევისა და ანალიზის წესი ეწინააღმდეგება დადგენილების პროექტით განსაზღვრულ წესს, რაც ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის მე-7 მუხლის მე-8 ნაწილის თანახმად, წარმოადგენს უფრო ახალი ნორმატიული აქტის გამოყენების საფუძველს.

ზემოაღნიშნული მაგალითების ფონზე, ცხადია, რომ ცვლილებების პაკეტში შემოთავაზებული ნორმატიული აქტები ვერ აკმაყოფილებენ განჭვრეტადობის ზემოაღნიშნულ სტანდარტს.

თავის მხრივ, შეკითხვას ბადებს ისიც, თუ რამდენად ლეგიტიმურია ბაზრის შესაბამის სეგმენტზე კონკურენციის კვლევისა და ანალიზის ჩატარების დადგენილება N5-ით განსაზღვრული წესების გამოყენება შერწყმის ან წილების შექმნის წინასწარი რეგულირების მიზნით, მაშინ, როდესაც კომისია თავად აღიარებს, რომ აღნიშნული წესები მოძველებულია, ვინაიდან „2007 წლის შემდეგ სატელეკომუნიკაციო სექტორმა მნიშვნელოვანი ტრანსფორმაცია განიცადა ადგილობრივ, რეგიონალურ და გლობალურ დონეზე“ და თავადვე აღნიშნავს, რომ „როგორც პრაქტიკული, ასევე, მოქმედი სამართლებრივი ჩარჩოს დახვეწის თვალსაზრისით გამოიკვეთა მთელი რიგი მნიშვნელოვანი ცვლილებების განხორციელების საჭიროება“.

8. არაფორმალური კონსულტაციის დროს სილქნეტის მიერ წარმოდგენილი შენიშვნები და მიმდინარე საჯარო კონსულტაციის ვადასთან დაკავშირებული შენიშვნები

მიგვაჩნია, რომ აუცილებელია გახანგრძლივდეს საჯარო კონსულტაციების მიზნით დაწყებული საჯარო ადმინისტრაციული წარმოების ამჟამად დადგენილი 3 თვიანი ვადა „საქართველოს კომუნიკაციების

ეროვნული კომისიის საქმიანობის მარეგულირებელი წესების დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის 2003 წლის 27 ივნისის №1 დადგენილებით დამტკიცებული საჯარო კონსულტაციების მარეგულირებელი წესების მე-6 მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად და საჯარო კონსულტაციების მიმდინარეობის დასრულების ახალ ვადად განისაზღვროს 2024 წლის 20 მაისი.

ვადის გახანგრძლივების შესახებ ჩვენი მოთხოვნა განპირობებულია შემდეგი ძირითადი გარემოებებით:

- (i) დადგენილების პროექტი, რომლის შესამუშავებლად თავად კომისიას თითქმის 7 წელი დასჭირდა, წარმოადგენს უმნიშვნელოვანეს მარეგულირებელ დოკუმენტს. შესაბამისად, იმ შემთხვევაშიც კი თუ სახეზე გვექნებოდა სრულყოფილი ტექსტი (რაც სამწუხაროდ, ასე არ არის), დადგენილების პროექტის შედეგად დაწესებული რეგულაციების ბაზარზე შესაძლო გავლენის მასშტაბი და მნიშვნელოვნება გამართლებულს გახდიდა კომისიის მიერ მაქსიმალური ვადის გამოყენებას მიმდინარე საჯარო წარმოებისთვის.
- (ii) როგორც მოგეხსნებათ, მიმდინარე წარმოების ფარგლებში გამოქვეყნებული დადგენილების პროექტი წარმოადგენს კომისიის მიერ არაფორმალური კონსულტაციის დროს გამოქვეყნებული დადგენილების პროექტის სახეცვლილ, რედაქტირებულ ვერსიას.

დადგენილების პროექტი ნაწილობრივ ასახავს ჩვენს შენიშვნებს და დამოუკიდებელი ექსპერტების პოზიციას, რომელიც წარმოვადგინეთ არაფორმალური კონსულტაციის ფარგლებში, თუმცა ძირითადად ისეთ საკითხებთან დაკავშირებით, რომლებიც ერთი შეხედვითაც კი სრულიად აბსურდული იყო.

დამატებით, კომისიამ საკუთარი ინიციატივით შეიტანა დადგენილების პროექტში მასშტაბური, მათ შორის სტრუქტურული ცვლილებები და ფაქტიურად ახალი დოკუმენტი გამოაქვეყნა, თუმცა კომისიას არ გამოუქვეყნებია დოკუმენტი, რომელიც თვალსაჩინოდ და სისტემატიზებული ფორმით ასახავდა სხვაობებს დადგენილების პროექტების პირველ და მეორე ვერსიებს შორის;

აღნიშნულის გათვალისწინებით, კომისიის მიერ მინიმალური ერთთვიანი ვადის დაწესება, იმისათვის რომ ოპერატორებმა შევძლოთ დადგენილების პროექტის სათანადოდ გაცნობა, პროექტთან დაკავშირებით პოზიციის სრულყოფილად მომზადება და შემდგომ წარდგენა, სრულიად გაუმართლებელი და არასაკმარისია.

რაც კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია, დადგენილების პროექტი კვლავაც მოიცავს მრავალ ისეთ ჩანაწერს (გთხოვთ, დეტალურად იხ. ზემოთ), რომელიც აუცილებლად შესაცვლელია და თუ კომისია გაახანგრძლივებს ვადას, ოპერატორებს შესაძლებლობა გვექნება სამუშაო რეჟიმში გავცნოთ განხორციელებულ ცვლილებებს და დამატებით წარმოვადგინოთ ჩვენი შენიშვნები, ასეთის არსებობის შემთხვევაში.

9. დადგენილების პროექტში მოცემული ნორმების განმარტების საკითხი

როგორც არაერთხელ აღინიშნა მიუხედავად იმისა, რომ დადგენილების პროექტის ნორმები გადმოტანილია ევროკავშირის შესაბამისი კანონმდებლობიდან და სარეკომენდაციო დოკუმენტებიდან თუ სახელმძღვანელო წესებიდან, რიგი ნორმები ბუნდოვანია, არასრულად არის ასახული ან ნათარგმნი და სხვადასხვა ინტერპრეტაციის საშუალებას იძლევა.

მომავალში ორაზროვნებისა და სხვადასხვა ინტერპრეტაციის გამორიცხვის მიზნით, დადგენილების პროექტი უნდა შეიცავდეს ჩანაწერს, რომელიც დადგენილების პროექტის განმარტებას სწორედ ევროკავშირის ჩარჩო კანონმდებლობასა და ევროკავშირის შესაბამისი ორგანოების მიერ განვითარებულ პრაქტიკას დაუკავშირებს⁹.

შესაბამისად აუცილებელია დადგენილების პროექტს დაემატოს შემდეგი ნორმა:

„წინამდებარე პროცედურები განმარტება საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების, ევროკავშირის სამართლისა და საუკეთესო პრაქტიკის გათვალისწინებით“.

⁹ როგორც თქვენთვის ცნობილია, ამ ტიპის ჩანაწერი უკვე არსებობს:

ა) ელექტრონულიკომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონის 2-ე მუხლის მე-5 პუნქტში „მომსახურების ბაზრის კვლევისა და ანალიზის ჩატარების, ავტორიზებული პირების მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონედ დადგენის, ასევე მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირებისათვის სპეციფიკური ვალდებულებების დაკისრების თაობაზე გადაწყვეტილებების მიღებისას კომისია ითვალისწინებს საქართველოს მიერ დადებული საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და შეთანხმებების პირობებს, მათ შორის, მსოფლიო სავაჭრო ორგანიზაციის გენერალურ შეთანხმებას „მომსახურებისა და ვაჭრობის შესახებ“.

ბ) საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის 2003 წლის 27 ივნისის №1 დადგენილებით დამტკიცებული საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონის აღსრულების მარეგულირებელი წესის 1-ელი მუხლის მე-5 პუნქტში -„ეს წესი განმარტება საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების, ევროკავშირის სამართლისა და საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკის გათვალისწინებით („საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის საქმიანობის მარეგულირებელი წესების დამტკიცების თაობაზე“



DLA Piper UK LLP
160 Aldersgate Street
London
EC1A 4HT
United Kingdom
DX: 33866 Finsbury Square
T: +44 (0) 20 7349 0296
F: +44 (0) 20 7796 6666
dlapiper.com

გობთან 2

Memo

To David Mamulaishvili
General Director
Silknet JSC

Your reference

From DLA Piper UK LLP
Frontier Economics

Our reference

MAC/MAC
UKM/129253614.1

Date 20 December 2023

Draft Methodology and Procedures for Determining Market Competitiveness and Authorized Persons with Significant Market Power

We refer to the draft Methodology and Procedures for Determining Market Competitiveness and Authorized Persons with Significant Market Power prepared by the Georgian National Communications Commission (the "Commission") and updated on 20 November 2023 (the "Draft Rules").

Silknet JSC ("Silknet") has shared an unofficial English translation of the Draft Rules with DLA Piper and Frontier Economics, and has asked DLA Piper and Frontier Economics to provide a view on the following three matters:

- **Ladder of Investment**

Is there any obligatory requirement under the EU Framework (old directives, EEC, SMP Guidelines, Commission Recommendations on Markets susceptible to ex-ante regulations) for NRAs to apply the Ladder of Investment principle during the definition of markets susceptible to ex-ante regulations or while determining/imposing SMP obligations?

Under EU regulatory framework, what are the regulatory principles/objectives that NRAs should promote/apply during the definition of markets susceptible to ex-ante regulations or while determining/imposing SMP obligations?

- **Joint SMP:** Are paragraphs 5 to 8 (inclusive) of Article 15 of the Draft Rules consistent with procedure under the EU regulatory framework?

DLA Piper UK LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA No. 401322).

DLA Piper UK LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales (registered number OC307847) which is part of DLA Piper, a global law firm, operating through various separate and distinct legal entities.

A list of members is open for inspection at its registered office and principal place of business, 160 Aldersgate Street, London, EC1A 4HT and at the address at the top of this letter. Partner denotes member of a limited liability partnership.

A list of offices and regulatory information can be found at dlapiper.com.

UK switchboard
+44 (0) 20 7349 0296

- **Sequence and Methodology for defining wholesale markets susceptible to ex-ante regulations:** what is the sequence for defining wholesale markets for the purposes of market review under the EU regulatory framework?

In providing our views we have considered the following EU instruments:

- Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) (“**EU SMP Guidelines**”);
- Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03) (“**1997 Notice**”);
- Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2014/710/EU) (“**2014 Recommendation**”); and
- Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (“**Access Directive**”),
- Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services (“**Amended Access Directive**”)
- Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (“**Electronic Communications Code**”)
- Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (“**2020 Recommendation**”),

(the “**EU Framework**”).

1 Ladder of investment principle

The ladder of investment (LOI) principle is a regulatory concept originally proposed by Professor Martin Cave in 2004.¹ It focused on how national regulatory authorities (NRAs) could seek to promote effective and sustainable competition, whilst recognising the constraints faced by new entrants seeking to invest in infrastructure. That is, the LOI principle recognised that infrastructure-based competition was unlikely to develop organically due to the high sunk costs faced by potential entrants. To reduce barriers to entry, it proposed that NRAs initially focus on facilitating service-based competition based on regulated access to the incumbent’s network. Once service-based competition had emerged, regulatory obligations could be adjusted gradually to incentivise access seekers to invest in their own infrastructure (moving to the next “rung on the ladder”) in order to facilitate the transition to infrastructure-based competition over

¹ Cave (2004). Remedies for Broadband Services. In: *Journal of Network Industries*, 5(1)

time. That is, the LOI concept sees service-based competition as a stepping stone towards infrastructure-based competition.²

To implement the LOI concept, entrants are gradually offered regulated access at different levels of the incumbent's network. The first level of access requires the lowest level of investment by the entrant. Once the entrant starts building their own customer base, the NRA encourages the entrant to gradually deploy its own network infrastructure (focussing initially on less capital intensive parts such as the transmission network) and thereby reduce its dependency on gaining regulated access to the incumbent's network. Key to the principle is that the NRA incentivises entrants to take successive steps on the investment ladder.

In practice, this can be achieved by:

- increasing regulated wholesale access charges over time (or changing the relative balance of charges at different levels of the value chain); and/or
- changing the regulated wholesale services available, by gradually withdrawing wholesale access obligations on lower rungs of the ladder (such as resale products) and introducing obligations on more upstream products at higher rungs (such as, bitstream or passive infrastructure access).

Notably, this would not imply imposing obligations at all levels of the value chain at the same time.

The LOI is, however, not a formal component of the EU Framework, but rather a 'theoretical model' which NRAs considered for the purpose of encouraging infrastructure-based competition. There is no (legal) requirement on NRAs under the EU Framework to apply the LOI principle when setting SMP obligations. In particular, neither the Access Directive, the Amended Access Directive, nor the Electronic Communications Code mention the LOI principle as a framework to determine access obligations. Instead, the Access Directive requires NRAs to take into account, amongst others, (i) the technical and economic viability of using or installing competing facilities, (ii) the feasibility of providing the access proposed, (iii) the initial investment by the facility owner, bearing in mind the risks involved in making the investment and (iv) the need to safeguard competition in the long term.³ The Amended Access Directive updates point (iv) to include a specific mention of infrastructure-based competition.⁴ The Electronic Communications Code restates this access obligation framework in the same terms.⁵

More recently, the focus across Europe has been on the development of very high capacity networks (VHCNs) and a focus on regulated access to passive infrastructure. The 2020 Recommendation states that when defining relevant wholesale markets susceptible to ex-ante regulation, NRAs should start by considering regulation in the most upstream market and analyse whether relevant downstream markets would be effectively competitive in the presence of regulation upstream. This principle is reflected in the Electronic Communications Code which is clear in its preference for restricting ex-ante regulation to passive infrastructure (i.e., the most upstream market possible): *'Where civil engineering assets exist and are reusable, the positive effect of achieving effective access to them on the roll-out of competing infrastructure is very high, and it is therefore necessary to ensure that access to such assets can be used as a self-standing remedy for the improvement of competitive and deployment dynamics in any downstream market, to be considered before assessing the need to impose any other potential remedies'*.⁶

² Bourreau, Dogan and Manant (2010). A Critical Review of the "Ladder of Investment" Approach. In: *Telecommunications Policy* 34(11)

³ Art. 12(2).

⁴ Art.2(8).

⁵ Art. 73(2)

⁶ Recital 187 and Art. 61(4).

Despite this change in regulatory focus, the key regulatory principles for developing ex-ante regulatory remedies remain the following (as restated in the Electronic Communications Code):

- objectivity,
- transparency,
- non-discrimination, and
- proportionality.⁷

2 Joint SMP

Article 15 of the Draft Rules sets out the specific matters that must be established for the Commission to make a finding of Joint SMP.

Paragraphs 5 to 8 of Article 15 of the Draft Rules are not consistent with the EU Framework.

- Under paragraph 5 of Article 15 of the Draft Rules, ComCom provide that when assessing the three cumulative conditions used to establish Joint SMP (as set out at paragraph 4 of Article 15), the Commission “*may*” examine factors such as transparency, sustainability and external factors. However, these factors are the three cumulative conditions themselves that are used to establish Joint SMP.

The references in paragraph 5 of Article 15 to:

- “Transparency” corresponds to paragraph 4(a) of Article 15 (which talks about each party knowing how the other is behaving);
- “Sustainability” corresponds to paragraph 4(b) of Article 15 (which talks about the tacit collusion being sustainable over time); and
- “External factors” corresponds to paragraph 4(c) of Article 15 (which talks about third parties threatening the parties who might otherwise have joint market power).

Paragraph 5 of Article 15 is therefore either wrong (because the three factors referred in that paragraph *must* be considered, ComCom has no choice about it) or else they make no sense or are repetitive. Either way this section should be deleted.

- Under paragraph 6 and 7 of Article 15 of the Draft Rules, ComCom sets out exhaustive criteria which must be evaluated when considering the “transparency” and “sustainability” conditions of the three cumulative conditions used to establish Joint SMP. Such criteria included by the Commission appear to paraphrase parts of the guidance in paragraphs 79 to 88 of the EU SMP Guidelines, but much of that guidance in the EU SMP Guidelines has not been brought across into the Draft Guidelines at all or has been distorted.

For example, paragraph 6(c) of Article 15 seems to say that “transparency” can be evaluated by “examining the amount of investment made and reasonableness of the rate of return on investment taking into account that the authorised person often refuses to provide wholesale access services on reasonable terms”. This seems to be an attempt to transpose paragraph 84 of the SMP Guidelines but that paragraph makes a different point – which is that a refusal to provide wholesale access on reasonable terms might (with evidence) point towards a

7

Art. 61(5).

“common policy” amongst oligopolists. The EU SMP Guidelines do not say that investment levels or the rate of return on investment are themselves relevant.

- As a further example, the Draft Rules state at paragraph 7 of Article 15 that the “sustainability” criterion is to be evaluated based on the presence of punitive mechanisms to punish deviation by one of the operators from coordinated activity – such as the possibility of a price war (paragraph 7(a)) or the possibility of customers to port their services (paragraph 7(b)). However, a price war and high rates of customer churn are not *prima facie* evidence of joint SMP they are the opposite – they are surely evidence of high levels of healthy competition. It appears that the Commission is attempting here to transpose paragraphs 85 to 88 of the SMP Guidelines but these say that the fact that there *could* be a price war or the fact that customers do respond quickly to changes in prices is evidence that there is a “credible threat of retaliation”, which is needed for the “sustainability” criterion to be met. This important element is entirely missing from the Draft Rules.
- Under paragraph 8(e) and (f) of Article 15 of the Draft Rules, the Commission sets out an exhaustive list of criteria that should be considered when evaluating the “external factor” criterion. This includes considering the ability of operators with joint market power to create barriers to: (i) entry to the market of new competitors; or (ii) the expansion of the business of potential competitors.

However, the focus of these two matters is not aligned to the EU regulatory framework. Under the EU SMP Guidelines the focus of the external factors criterion is on whether countervailing factors exist to a finding of joint SMP, including whether a new entrant could enter the relevant market and compete against operators who may be seen to have joint SMP; barriers to entry are one of the factors that establish the ease with which such a competitor could enter and act as a countervailing factor. The way paragraphs 8(e) and (f) are worded, by contrast, suggests that the mere presence of a barrier to entry, would tend towards a finding of Joint SMP. This is wrong and is not aligned to the EU regulatory framework. Mobile telecommunications markets, because of the need for spectrum licences, almost always have high barriers to entry but yet no EU country currently has finding of Joint SMP applicable to the sector (and only two – Spain and Malta - have ever done so successfully, in assessments made almost 18 years ago and subsequently withdrawn).

3 Sequence and Methodology for defining wholesale markets susceptible to ex-ante regulations

The 2014 Recommendation at paragraph 21, provides for the following sequence for market definition:

- 3.1 The starting point for identification of wholesale markets susceptible for ex ante regulation should always be the analysis of corresponding retail market(s).
- 3.2 The retail market is assessed based on Modified Greenfield Approach and if the retail market is not effectively competitive on forward-looking basis, then the market which should be assessed first based on the three-criteria test is the corresponding wholesale market.
- 3.3 Where wholesale markets are vertically linked, the wholesale market which is most upstream from the retail market should be reviewed first.
- 3.4 The NRA should then conduct a gradual analysis of the markets that are downstream from a regulated input, to determine whether they would be effectively competitive in the presence of regulation upstream, until it reaches the final retail market.⁸

⁸ 2014 Recommendation.

The Draft Rules would benefit from a clear outline on the specific sequence and methodology for market definition along the lines set out above. Currently, Article 9 and 10 of the Draft Rules provide some detail on the various assessments that will be undertaken, but not in a clear or logical manner.

Yours sincerely

Mike Conradi



DLA PIPER UK LLP
160 ALDERSGATE STREET
LONDON EC1A 4HT
TEL 020 7349 0298
DX 33866 FINSBURY SQUARE

Mike Conradi, Partner

DLA Piper UK LLP

James Bellis

James Bellis
Director

Frontier Economics Limited

მემორანდუმი

ვის: დავით მამულაიშვილი
გენერალური დირექტორი
სს სილქნეტი

ვისგან: DLA Piper UK LLP
Frontier Economics

MAC/MAC
UKM/129253614.1

თარიღი: 2023 წლის 20 დეკემბერი

ბაზრის კონკურენტუნარიანობისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირების განსაზღვრის მეთოდოლოგიისა და პროცედურების პროექტი

წინამდებარე წერილით მიმოვიხილავთ „ბაზრის კონკურენტუნარიანობისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ავტორიზებული პირების განსაზღვრის მეთოდოლოგიისა და პროცედურების“ პროექტს (შემდგომში, „წესების პროექტი“), რომელიც საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის (შემდგომში, „კომისია“) მიერ მომზადდა და დარედაქტირდა 2023 წლის 20 ნოემბერს.

სს „სილქნეტმა“ („სილქნეტი“) გაგვიზიარა *წესების პროექტის* ტექსტის არაოფიციალური ინგლისური თარგმანი და გვთხოვა, რომ შეგვეფასებინა შემდეგი სამი საკითხი:

- საინვესტიციო კიბის პრინციპი

ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩო (მაგ. ძველი დირექტივები, ელექტრონული კომუნიკაციების კოდექსი, მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირების დადგენის სახელმძღვანელო წესები, კომისიის რეკომენდაციები წინასწარ რეგულირებას პოტენციურად დაქვემდებარებად ბაზრებთან დაკავშირებით) ითვალისწინებს თუ არა სავალდებულო მოთხოვნას ეროვნულმა მარეგულირებელმა ორგანოებმა გამოიყენონ საინვესტიციო კიბის პრინციპი წინასწარ რეგულირებას პოტენციურად დაქვემდებარებადი ბაზრების განსაზღვრის ან მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირებისთვის ვალდებულებების დადგენის/დაკისრების პროცესში?

ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩოს შესაბამისად, რომელი მარეგულირებელი პრინციპები/მიზნები უნდა გამოიყენონ ეროვნულმა მარეგულირებელმა ორგანოებმა წინასწარ რეგულირებას პოტენციურად დაქვემდებარებადი ბაზრების განსაზღვრის ან მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირებისთვის ვალდებულებების დადგენის/დაკისრების პროცესში?

- ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირები: შეესაბამება თუ არა *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის 5-8 ნაწილები ევროკავშირის მარეგულირებელი საკანონმდებლო ჩარჩოთი დადგენილ პროცედურას?

- პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი საბითუმო ბაზრების განსაზღვრის რიგითობა და მეთოდოლოგია: ევროკავშირის მარეგულირებელი საკანონმდებლო ჩარჩოს შესაბამისად როგორია წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი საბითუმო ბაზრების განსაზღვრის რიგითობა?

ჩვენი პოზიციის წარმოსადგენად, ჩვენ გავითვალისწინეთ ევროკავშირის შემდეგი ინსტრუმენტები:

- ბაზრის ანალიზისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების შეფასების შესახებ სახელმძღვანელო მითითებები ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და სერვისების შესახებ ევროკავშირის მარეგულირებელი ჩარჩოს მიხედვით (2018/C 159/01) („EU SMP სახელმძღვანელო წესები“); [Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) (“EU SMP Guidelines”)];
- შესაბამისი ბაზრის განსაზღვრის შესახებ კომისიის შეფასება, ევროკავშირის კონკურენციის კანონმდებლობის მიზნებისათვის (97/C 372/03) („1997 წ. წესები“); [Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03) (“1997 Notice”)];
- კომისიის 2014 წლის 9 ოქტომბრის რეკომენდაცია ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში პროდუქციისა და მომსახურების იმ შესაბამისი ბაზრების შესახებ, რომლებიც ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას „ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და სერვისების საერთო მარეგულირებელი ჩარჩოს შესახებ“ ევროპის პარლამენტისა და საბჭოს 2002/21/EC დირექტივის შესაბამისად (2014/710/EU) („2014 რეკომენდაციის დოკუმენტი“); [Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2014/710/EU) (“2014 Recommendation”)];
- ევროპის პარლამენტის და საბჭოს 2002 წლის 7 მარტის 2002/19/EC დირექტივა ელექტრონული კომუნიკაციების ქსელზე და დაკავშირებულ ინფრასტრუქტურაზე დაშვებისა და ურთიერთჩართვის შესახებ („დაშვების დირექტივა“) [Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (“Access Directive”)];
- ევროპის პარლამენტისა და საბჭოს 2009 წლის 25 ნოემბრის 2009/140/EC დირექტივა ელექტრონული კომუნიკაციების ქსელისა და მომსახურებების შესახებ 2002/21/EC დირექტივის, ელექტრონული კომუნიკაციების ქსელზე და დაკავშირებულ ინფრასტრუქტურაზე დაშვებისა და ურთიერთჩართვის შესახებ 2002/19/EC დირექტივის და ელექტრონული კომუნიკაციების ქსელისა და მომსახურებების ავტორიზაციის შესახებ 2002/20/EC დირექტივის ცვლილებების თაობაზე („დაშვების შეცვლილი დირექტივა“) [Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services (“Amended Access Directive”)];
- ევროპის პარლამენტისა და საბჭოს 2018/1972 დირექტივა ევროპის ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ კოდექსის მიღების შესახებ („ელექტრონული კომუნიკაციების კოდექსი“) [Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (“Electronic Communications Code”)];
- კომისიის 2020 წლის 18 დეკემბრის 2020/2245 რეკომენდაცია (EU) ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში პროდუქციისა და მომსახურების იმ შესაბამისი ბაზრების შესახებ, რომლებიც ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას „ელექტრონული კომუნიკაციის ევროპული კოდექსის დამტკიცების თაობაზე“ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2018/1972 დირექტივის (EU) შესაბამისად („2020 რეკომენდაციის დოკუმენტი“); [Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante

regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (“2020 Recommendation”)];

(ერთად, „ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩო“).

1 საინვესტიციო კიბის პრინციპი

საინვესტიციო კიბის პრინციპი წარმოადგენს მარეგულირებელ კონცეფციას, რომელიც პირველად წარმოადგინა პროფესორმა მარტინა ქეივმა 2004 წელს.¹ აღნიშნული პრინციპი ფოკუსირებულია იმ გზებზე, რომლითაც ეროვნულ მარეგულირებელ ორგანოებს შეეძლოთ ეფექტიანი და მდგრადი კონკურენციის ხელშეწყობა იმ დამატარებელი გარემოებების გათვალისწინებით, რომელიც არსებობს ბაზარზე ინფრასტრუქტურაში ინვესტირების მსურველ ახალ შემსვლელთათვის. შესაბამისად, საინვესტიციო კიბის პრინციპი აღიარებდა, რომ ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებული კონკურენციის ორგანულად განვითარების დაბალი ალბათობა არსებობდა იმ მაღალი ხარჯებიდან გამომდინარე, რომელთაზე გამკლავება უწევთ ბაზარზე პოტენციური შემსვლელებს. იმისათვის რომ შემცირებულიყო ბაზარზე შემოსვლის ბარიერები, აღნიშნული პრინციპი სთავაზობდა ეროვნულ მარეგულირებელ ორგანოებს, რომ თავდაპირველად ფოკუსირებულიყვნენ მომსახურებაზე დაფუძნებული კონკურენციის ხელშეწყობაზე ისტორიული ოპერატორის ქსელზე რეგულირებული დაშვების გზით. მას შედეგ რაც მომსახურებაზე დაფუძნებული კონკურენცია განვითარდებოდა, მარეგულირებელი ვალდებულებები ეტაპობრივად უნდა შეცვლილიყო დაშვების მსურველი პირების წასახალისებლად ინვესტირება მოეხდინათ საკუთარ ინფრასტრუქტურაში (ანუ ასულიყვნენ „კიბის შემდეგ საფეხურზე“), რათა დროთა განმავლობაში მომხდარიყო ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებულ კონკურენციაზე გადასვლა. შესაბამისად, საინვესტიციო კიბის პრინციპი მომსახურებაზე დაფუძნებულ კონკურენციას განიხილავს, როგორც გარდამავალ ეტაპს ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებულ კონკურენციაზე გადასასვლელად.²

საინვესტიციო კიბის პრინციპის კონცეფციის იმპლემენტაციისთვის, ბაზარზე შემსვლელებისთვის ხდება ისტორიული ოპერატორის ქსელის სხვადასხვა დონეზე რეგულირებული დაშვების ეტაპობრივი შეთავაზება. დაშვების პირველი დონე შემსვლელისგან მოითხოვს ინვესტირების ყველაზე დაბალ დონეს. როგორც კი ბაზარზე შემსვლელი დაიწყებს საკუთარი მომხმარებლების ბაზის განვითარებას, ეროვნულმა მარეგულირებელმა ორგანომ ხელი უნდა შეუწყოს შემსვლელს, რომ ეტაპობრივად დაიწყოს მისი ქსელური ინფრასტრუქტურის განვითარებაც (თავდაპირველად ნაკლებ-ხარჯიან ინფრასტრუქტურაზე ფოკუსირებით, მაგ. როგორც არის გადაცემის ქსელი) და შესაბამისად, შეამციროს მისი დამოკიდებულება ისტორიული ოპერატორის ქსელზე რეგულირებული დაშვების უფლებებზე. აღნიშნული პრინციპის ამოსავალი წერტილი არის ეროვნული მარეგულირებელი ორგანოების მიერ ბაზარზე შემსვლელების წახალისება, რათა ისინი თანმიმდევრული ნაბიჯით ავიდნენ საინვესტიციო კიბეზე.

პრაქტიკაში, აღნიშნული შეიძლება მიღწეულ იქნას შემდეგნაირად:

- დროთა განმავლობაში რეგულირებული საბითუმო დაშვების ფასების ზრდა (ან ფასების შესაბამისი ბალანსის ცვლილება ღირებულებათა ჯაჭვის სხვადასხვა დონეზე); ან/და
- ხელმისაწვდომი საბითუმო მომსახურებების ცვლილება კიბის ქვედა საფეხურებზე განთავსებული საბითუმო დაშვების ვალდებულებების ეტაპობრივი მოხსნით (როგორც არის პროდუქციის გადაყიდვა) ან ვალდებულებების დაწესება შედარებით ზემოთ მდგომ პროდუქტებზე, რომლებიც კიბის ზედა საფეხურებზეა განთავსებული (მაგ. ბიტსტრიმ ან პასიურ ინფრასტრუქტურაზე დაშვება).

¹ ქეივი (2004). ფართოზოლავნი მომსახურებების ინსტრუმენტები. იხ. *ქსელური ინდუსტრიების ჟურნალი*, (5(1)).

² ბურო, დოგანი და მანანტი (2010). „საინვესტიციო კიბის“ მიდგომის კრიტიკული შეფასება. იხ. *ტელეკომუნიკაციების პოლიტიკა* 34(11).

მნიშვნელოვანია, იმის ხაზგასმა, რომ აღნიშნული არ გულისხმობს ვალდებულებების ერთდროულ დაკისრებას ღირებულებათა ჯაჭვის ყველაზე დონეზე.

აღნიშნულის მიუხედავად, საინვესტიციო კიბის პრინციპი არ წარმოადგენს *ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩოს* ოფიციალურ კომპონენტს, არამედ წარმოადგენს „თეორიულ მოდელს“, რომელსაც ეროვნული მარეგულირებელ ორგანოები ითვალისწინებდნენ ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებული კონკურენციის ხელშესაწყობად. *ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩოს* შესაბამისად არ არსებობს რაიმე (სამართლებრივი) მოთხოვნა, რომელიც დაავალდებულებდა ეროვნულ მარეგულირებელ ორგანოებს გამოეყენებინათ საინვესტიციო კიბის პრინციპი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირებისთვის ვალდებულებების დაწესების პროცესში. კერძოდ, არც *Access Directive* ან *Amended Access Directive* და არც *Electronic Communications Code* (არ) უთითებს საინვესტიციო კიბის პრინციპს, როგორც საკანონმდებლო ჩარჩოს დაშვების ვალდებულებების განსასაზღვრად. ამის ნაცვლად, *Access Directive* ეროვნულ მარეგულირებელ ორგანოებს უწესებს მოთხოვნას, რომ მათ შორის, გაითვალისწინონ შემდეგი ფაქტორები: (i) კონკურენტული ინფრასტრუქტურის გამოყენების ან ინსტალაციის ტექნიკური და ეკონომიკური მაჩვენებლები; (ii) პოტენციური დაშვების უზრუნველყოფის განჭვრეტადობა; (iii) ინფრასტრუქტურის მესაკუთრის პირველადი ინვესტიცია ინვესტირების რისკების გათვალისწინებით; (iv) კონკურენციის დაცვის აუცილებლობა გრძელვადიან პერსპექტივაში.³ *Amended Access Directive*-მა განაახლა (iv) პუნქტში მოცემული ფაქტორი ინფრასტრუქტურაზე დაფუძნებულ კონკურენციაზე განსაკუთრებული მითითებით.⁴ *Electronic Communications Code* იმავე პირობებით იმეორებს აღნიშნული დაშვების ვალდებულების ჩარჩო მოთხოვნებს.⁵

ბოლო დროს, ევროპის მასშტაბით ფოკუსი მიმართულია განსაკუთრებით მაღალი შესაძლებლობის ქსელების (VHCN-ები) განვითარებასა და პასიურ ინფრასტრუქტურაზე რეგულირებულ დაშვებაზე. 2020 წლის რეკომენდაციის დოკუმენტი აღნიშნავს, რომ წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი საბითუმო ბაზრების განსაზღვრის დროს, ეროვნულმა მარეგულირებელმა ორგანომ პირველ რიგში უნდა განიხილოს რეგულირება ყველაზე ზემოთ მდგომ ბაზარზე და გაანალიზოს, ყველაზე ზემოთ მდგომ ბაზარზე რეგულირების არსებობის პირობებში, იქნებინ თუ არა შესაბამისი ქვემოთ მდგომი ბაზრები ეფექტურად კონკურენტუნარიანი. ეს პრინციპი ასახულია *Electronic Communications Code*-ში, რომელიც ცხადად ანიჭებს უპირატესობას, შეიზღუდოს პასიურ ინფრასტრუქტურაზე წინასწარ რეგულირება (ე.ი. ყველაზე ზემოთ მდგომი შესაძლო ბაზარი). 'სადაც არსებობს საზოგადოებრივი სამშენებლო ქონება და მისი გამოყენება შესაძლებელია არაერთგზის, ასეთ ქონებაზე ეფექტური დაშვების პოზიტიური ეფექტი კონკურენტული ინფრასტრუქტურის გამოშვებაზე ძალიან მაღალია და შესაბამისად, აუცილებელია, ნებისმიერ ქვედა ბაზარზე კონკურენტუნარობისა და განთავსების დინამიკის გაუმჯობესებისათვის, უზრუნველყოფილ იქნეს ასეთ ქონებაზე დაშვების, როგორც თვით-მყოფადი მექანიზმის გამოყენების შესაძლებლობა, რაც განხილულ უნდა იქნეს მანამ, სანამ შეფასდება ნებისმიერი პოტენციური ზომის დაწესების საჭიროება'.⁶

რეგულირების ფოკუსის თვალსაზრისით აღნიშნული ცვლილების მიუხედავად, წინასწარ მარეგულირებელი ზომების მიღების არსებითი მარეგულირებელი პრინციპები რჩება შემდეგი (როგორც ისინი მეორდება *Electronic Communications Code* -ით):

- ობიექტურობა,
- გამჭვირვალობა,
- არადისკრიმინაციულობა, და
- პროპოციულობა.⁷

³ მუხლი 12(2).

⁴ მუხლი 2(8).

⁵ მუხლი 73(2).

⁶ პრეამბულა 187 და მუხლი 61(4).

⁷ მუხლი 61(5).

2 ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლება

წესების პროექტის მე-15 მუხლი განსაზღვრავს კონკრეტულ საკითხებს, რომლებიც უნდა დადასტურდეს იმისათვის, რომ *კომისიამ* დაადგინოს ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების არსებობა.

მე-15 მუხლის ნაწილები 5-იდან 8-ის ჩათვლით არ შეესაბამება *ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩოს*.

- *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის მე-5 ნაწილით კომუნიკაციების კომისია განსაზღვრავს, რომ სამი კუმულატიური პირობის შეფასებისას, რომლებიც გამოიყენება მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების დასადგენად, *კომისიამ* „შესაძლოა“ შეაფასოს ისეთი ფაქტორები, როგორცაა გამჭვირვალობა, მდგრადობა და გარე ფაქტორები. თუმცა, ეს ფაქტორები თავად ის სამი კუმულატიური პირობაა, რომელიც გამოიყენება მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების დასადგენად.

მე-15 მუხლის მე-5 ნაწილში მითითებული:

- „გამჭვირვალობა“ შეესაბამება მე-15 მუხლის მე-4 ნაწილის (ა) პუნქტს (რომელიც საუბრობს თითოეული მხარის უნარზე, იცოდეს მეორე მხარის ქმედების შესახებ);
- „მდგრადობა“ შეესაბამება მე-15 მუხლის მე-4 ნაწილის (ბ) პუნქტს (რომელიც საუბრობს დროის მანძილზე უსიტყვო კოორდინაციის მდგრადობაზე).
- „გარე ფაქტორები“ შეესაბამება მე-15 მუხლის მე-4 ნაწილის (გ) პუნქტს (რომელიც საუბრობს მესამე მხარეებზე, რომელთაც შესაძლოა საფრთხე შეუქმნან მხარეებს, რომლებსაც სხვა შემთხვევაში ექნებოდათ ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლება).

შესაბამისად, *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის მე-5 ნაწილი ან მცდარია (ვინაიდან ამ ნაწილში აღნიშნული სამი ფაქტორი განსახილველად სავალდებულოა და კომუნიკაციების კომისიას ამასთან დაკავშირებით არ აქვს არჩევანი), ან ყოველგვარ აზრს მოკლებული, ან იმეორებს უკვე აღნიშნულს. ნებისმიერ შემთხვევაში, ეს ნაწილი წასაშლელია.

- *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის მე-6 და მე-7 ნაწილებში კომუნიკაციების კომისია ჩამოთვლის ამომწურავ კრიტერიუმებს, რომლებიც უნდა შეფასდეს მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების დადგენისათვის გამოსაყენებელი სამი კუმულატიური პირობიდან „გამჭვირვალობისა“ და „მდგრადობის“ პირობების განხილვისას. როგორც ჩანს, კომისიის მიერ მითითებული ეს კრიტერიუმები წარმოადგენს *EU SMP Guidelines*-ის 79-დან 88-ე პარაგრაფის ჩათვლით გათვალისწინებული სახელმძღვანელო პრინციპების ნაწილს, თუმცა *EU SMP Guidelines*-ის ამ პრინციპების დიდი ნაწილი *წესების პროექტში* ასახული საერთოდ არაა, ან დამახინჯებულია.

მაგალითად, მე-15 მუხლის მე-6 ნაწილის „გ“ პუნქტი თითქოს აღნიშნავს, რომ „გამჭვირვალობა“ შესაძლოა შეფასდეს „განხორციელებული ინვესტიციების ოდენობა და ინვესტიციაზე მიღებული უკუგების მაჩვენებლის გონივრულობა, იმის გათვალისწინებით, რომ ავტორიზებული პირი ხშირად ამბობს უარს გონივრული პირობებით საბითუმო დაშვების მომსახურების მიწოდებაზე“. როგორც ჩანს, ეს წარმოადგენს მცდელობას, [*წესების პროექტში*] გადმოტანილიყო *EU SMP Guidelines*-ის 84-ე პარაგრაფი, თუმცა ეს პარაგრაფი სხვა რამეს ამბობს - კერძოდ კი იმას, რომ გონივრულ პირობებში საბითუმო დაშვებაზე უარი შესაძლოა (მტკიცებულებებთან ერთად) მიუთითებდეს „საერთო პოლიტიკაზე“ ოლიგოპოლისტებს შორის. *EU SMP Guidelines* არ ამბობს, რომ ინვესტიციის დონე ან ინვესტიციაზე მიღებული უკუგების მაჩვენებელი თავისთავად არის რელევანტური.

- კიდევ ერთი მაგალითის სახით, *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის მე-7 ნაწილი ამბობს, რომ „მდგრადობის“ კრიტერიუმის შეფასებისას, უნდა შეფასდეს, რამდენად არსებობს დამსჯელი მექანიზმები, რომლითაც ხდება ერთ-ერთი ოპერატორის მიერ კოორდინირებული ქმედებიდან გადახვევა - როგორცაა, საფასო ომის წარმოების შესაძლებლობა (მე-7 ნაწილია (ა) პუნქტი) ან მომხმარებლის შესაძლებლობა, მოახდინოს მისი მომსახურების პორტირება ((მე-7 ნაწილია (ბ) პუნქტი)). თუმცა, საფასო ომი და მომხმარებელთა ბრუნვის მაღალი მაჩვენებელი არ არის ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების არსებობის *პრიმა ფასი* (ერთი შეხედვით) მტკიცებულება, არამედ მოწმობს საპირისპიროს - ცხადია, რომ ისინი წარმოადგენენ ჯანსაღი კონკურენციის მაღალი დონის დასტურს. როგორც ჩანს, კომისია აქ ცდილობს, გადმოიტანოს *EU SMP Guidelines*-ის 85-88 პარაგრაფები, თუმცა ეს პარაგრაფები ამბობენ, რომ ის გარემოება, რომ შესაძლოა არსებობდეს საფასო ომი ან ის, ფაქტი რომ მომხმარებლები სწრაფად პასუხობენ ფასის ცვლილებას, არის მტკიცებულება, რომ არსებობს „შურისძიების დასაბუთებული საფრთხე“, რაც აუცილებელია იმისათვის, რომ დაკმაყოფილდეს „მდგრადობის“ კრიტერიუმი. ეს მნიშვნელოვანი ელემენტი საერთოდ არ გვხვდება *წესების პროექტში*.
- *წესების პროექტის* მე-15 მუხლის მე-8 ნაწილის (ე) და (ვ) პუნქტებში კომისია განსაზღვრავს კრიტერიუმების ამომწურავ სიას, რომლებიც გათვალისწინებულ უნდა იქნენ „გარე ფაქტორების“ კრიტერიუმის შეფასებისას. ეს მოიცავს იმის შეფასებას, თუ რამდენად შეუძლიათ ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორებს შექმნან: (i) ბაზარზე ახალი შემსვლელი ოპერატორებისთვის ბაზარზე შესვლის ბარიერები; (ii) ბაზარზე არსებული პოტენციური კონკურენტებისთვის ბიზნეს საქმიანობის გაფართოების ბარიერები.

თუმცა, ამ ორი საკითხის ფოკუსი არ შეესაბამება ევროკავშირის მარეგულირებელი საკანონმდებლო ჩარჩოს. *EU SMP Guidelines*-ის თანახმად, გარე ფაქტორების კრიტერიუმის ფოკუსს წარმოადგენს ის, თუ რამდენად არსებობს ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების დადგენის საპირისპირო ფაქტორები, მათ შორის შეუძლია თუ არა ახალი მონაწილეს შევიდეს ბაზარზე და კონკურენცია გაუწიოს ოპერატორებს, რომლებიც შესაძლოა აღიქმებოდნენ, როგორც ერთობლივი მნიშვნელოვანი ძალაუფლების მქონე; შესვლის ბარიერები არის ერთ-ერთი ფაქტორი, რომელიც განსაზღვრავს თუ რამდენად მარტივად შეუძლია ასეთ კონკურენტს, შევიდეს ბაზარზე და იმოქმედოს, როგორც საპირისპირო ფაქტორმა. ამის საწინააღმდეგოდ, მე-8 ნაწილის (ე) და (ვ) პუნქტების ფორმულირება იმგვარად იკითხება, თითქოს შესვლის ბარიერების არსებობის ფაქტი მიუთითებს ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების არსებობაზე. აღნიშნული არის მცდარი და ევროკავშირის საკანონმდებლო ჩარჩოსთან შეუსაბამო. სატელეკომუნიკაციო ბაზრები, სიხშირულ ლიცენზიების საჭიროების გამო, ყოველთვის ხასიათდება ბაზარზე შესვლის მაღალი ბარიერებით, თუმცა, ამის მიუხედავად, დღესდღეობით არცერთ ევროკავშირის ქვეყნას ამ სექტორში არ აქვს დადგენილი ერთობლივი მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლება (მხოლოდ ორმა ქვეყანამ - ესპანეთმა და მალტამ - შეძლო წარმატებით ამის გაკეთება, 18 წლის წინ ჩატარებული შეფასებების ფარგლებში და შემდგომ, უკან გაიხმო ისინი).

3 წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი საბითუმო ბაზრების განსაზღვრის თანმიმდევრობა და მეთოდოლოგია

2014 წლის რეკომენდაციის დოკუმენტის 21-ე პარაგრაფი ითვალისწინებს ბაზრების განსაზღვრის შემდეგ თანმიმდევრობას:

3.1 წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებადი საბითუმო ბაზრების განსაზღვრის საწყისი წერტილი ყოველთვის უნდა იყოს შესაბამისი საცალო ბაზრ(ებ)ის ანალიზი.

- 3.2 საცალო ბაზარი ფასდება მოდიფიცირებული გრინფილდ მიდგომის საფუძველზე და თუ საცალო ბაზარი არ არის ეფექტურად კონკურენტუნარიანი სამომავლო პერსპექტივაში, მაშინ პირველ რიგში, უნდა შეფასდეს შესაბამისი საბითუმო ბაზარი სამ კრიტერიუმთან ტესტზე დაყრდნობით.
- 3.3 თუ საბითუმო ბაზრები ვერტიკალურად დაკავშირებულია, პირველ რიგში უნდა შეფასდეს ის საბითუმო ბაზარი, რომელიც არის საცალო ბაზრის ყველაზე ზემოთ მდგომი საბითუმო ბაზარი.
- 3.4 შემდგომ, იმისათვის, რათა დაადგინოს, იქნებიან თუ არა ასეთი ბაზრები ეფექტურად კონკურენტუნარიანი ზემოთ მდგომ ბაზარზე რეგულირების არსებობის პირობებში, ეროვნულმა მარეგულირებელმა ორგანომ უნდა ჩაატაროს იმ ბაზრების ეტაპობრივი ანალიზი, რომლებიც არიან რეგულირებული [ბაზრის] ქვემოთ, ვიდრე ის მიაღწევს საბოლოო, საცალო ბაზარს.⁸

უმჯობესი იქნებოდა, *წესების პროექტით* რომ განისაზღვროს ბაზრების განსაზღვრის კონკრეტული თანმიმდევრობის და მეთოდოლოგიის ნათელი სტრუქტურა, ზემოთ მითითებულის მსგავსად. დღესდღეობით, *წესების პროექტის* მუხლები 9 და 10 მცირედ დეტალებს იძლევიან არაერთი შეფასების შესახებ, რომელიც უნდა განხორციელდეს, თუმცა არა ნათელი და ლოგიკური სახით.

პატივისცემით,

[ხელმოწერა]
[კომპანიის ლოგო]

[ხელმოწერა]

დი ელ ეი ფაიფერ იუ ქეი ელ ელ ფი
160 ალდერსგეით სთრით
ლონდონი ე სი 1 ეი 4 ეიზ თი
ტელ 020 7349 0296
დი ექს 33866 ფინსბური სქუეარ

მაიკ კონრადი, პარტნიორი

ჯეიმს ბელის,
დირექტორი

DLA Piper UK LLP

Frontier Economics

⁸ 2014 წლის რეკომენდაციის დოკუმენტი.

№ 5179/05-8

„ 20 „ 09 2023

საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნულ კომისიას

წარმოგიდგენთ სს „სილქნეტი“ შენიშვნებს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის (შემდგომში, „კომისია“) მიერ გამოქვეყნებულ „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების“ შესახებ დადგენილების პროექტზე (შემდგომში „დადგენილების პროექტი“).

პირველ რიგში უნდა აღინიშნოს, რომ კომისიის მიერ შემუშავებული დადგენილების პროექტი, რომელზეც კომისია 2017 წლიდან (უკვე 6 წელია) მუშაობს, ერთგვარ ჰიბრიდს წარმოადგენს, სადაც:

(ა) ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონიდან (შემდგომში, „კანონი“) და „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების“ დამტკიცების თაობაზე კომისიის 2007 წლის 31 აგვისტოს №5 დადგენილებიდან (შემდგომში „მოქმედი დადგენილება“) გადმოტანილია ისეთი ნორმები, რომლებიც წინააღმდეგობაში მოდის წინასწარი რეგულირების ევროპულ ნორმებთან;

(ბ) ის ნორმები, რომლებიც გადმოტანილია ევროკავშირის ფარგლებში მოქმედი შესაბამისი კანონმდებლობიდან ან არასწორად არის ნათარგმნი, ან მოდიფიცირებულია იმგვარად რომ სხვა შინაარსს იძენს და რაც უმნიშვნელოვანესია, დადგენილების პროექტს აკლია ევროპული რეგულაციებით განსაზღვრული უმნიშვნელოვანესი მრავალი დებულება, რაც შემთხვევით თუ მიზანმიმართულად ხელოვნურად აშორებს საქართველოს კანონმდებლობას ევროპულ რეგულაციებს.

შესაბამისად, კომისიის მიერ შემუშავებული დადგენილების პროექტი:

- (ა) წინააღმდეგობაში მოდის ევროკავშირში მოქმედ შესაბამის კანონმდებლობასთან;
- (ბ) არასრული და ბუნდოვანია (ზოგიერთი დებულება უბრალოდ აბსურდულია) და მრავალ საკითხზე სხვადასხვა ინტერპრეტაციის საშუალებას იძლევა;
- (გ) შესაძლებლობას მისცემს კომისიას წინასწარი რეგულირება, მათ შორის შესაბამისი ბაზრების განსაზღვრა, პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრების განსაზღვრა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე პირის დადგენა ისევ განახორციელოს ევროპული ნორმების უგულვებელყოფით.

იმისათვის, რომ კომისიამ თავად დაინახოს შემუშავებული დადგენილების პროექტის შეუსაბამობა ევროპულ რეგულაციებთან, აუცილებელია კომისიამ შეიმუშაოს და დადგენილების პროექტს თან დაურთოს ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის N1 დანართით განსაზღვრული ევროკავშირის შესაბამის სამართლებრივ აქტთან/აქტებთან შესაბამისობის ცხრილი, რომლის ვალდებულებაც კომისიას გააჩნია ამავე კანონის 17(5) მუხლის თანახმად.

დასკვნის სახით უნდა აღინიშნოს, რომ იმისათვის, რომ წინასწარი რეგულირების ნაწილში საქართველოში დაინერგოს ევროკავშირის რეგულაციებთან შესაბამისი კანონმდებლობა, რომლის ვალდებულებაც საქართველოს ნაკისრი აქვს ასოცირების შესახებ შეთანხმებით, აუცილებელია:

(ა) ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონში შევიდეს შესაბამისი ცვლილებები და წინასწარ რეგულირებასთან დაკავშირებული ყველა ნორმა თანხვედრაში მოვიდეს ევროპულ კანონმდებლობასთან;

(ბ) დადგენილების პროექტი სრულ შესაბამისობაში მოვიდეს ევროკავშირში მოქმედ შესაბამის კანონმდებლობასთან, მათ შორის დადგენილების პროექტიდან ამოღებულ უნდა იქნეს ის ნორმები, რომელიც წინააღმდეგობაში მოდის ევროპულ ნორმებთან, უნდა გასწორდეს და ევროკანონმდებლობაში არსებული ფორმით უნდა ჩამოყალიბდეს ყველა ის ნორმა რომელიც პროექტში მოდიფიცირებულია და/ან შემოკლებულია და დადგენილების პროექტს უნდა დაემატოს ევროკავშირის შესაბამისი კანონმდებლობით განსაზღვრული ყველა ის მნიშვნელოვანი ნორმა, რომელიც გამოტოვებულია.

შესაბამისად, მას შემდეგ რაც ევროკავშირში მოქმედ ნორმებთან შესაბამისობაში მოყვანის მიზნით კომისია უზრუნველყოფს შესაბამისი ცვლილებების შეტანას დადგენილების პროექტში, სილქნეტი მზად არის აქტიური მონაწილეობა მიიღოს საჯარო კონსულტაციების პროცესში.

დადგენილების პროექტსა და ევროკავშირის ნორმებს შორის შეუსაბამობების მაგალითები (არასრული ჩამონათვალი/მაგალითები):

(ა) ნორმები, რომლებიც გადმოტანილია კანონიდან ან მოქმედი დადგენილებიდან და წინააღმდეგობაში მოდის ევროკავშირში მოქმედ ნორმებთან, ხოლო ზოგიერთი მათგანი იმდენად შინაარსს მოკლებულია, რომ რთულად დასაჯერებელია, რომ კომისიამ 16 წლის შემდეგ ამგვარი ნორმები ისევ უცვლელად გადმოიტანა მოქმედი დადგენილებიდან

მაგალითად:

(i) მე 2 მუხლის მე-10, მე-11, მე-12 და მე-16 პუნქტები

- (ii) მე-3 მუხლის მე-2, მე-3 და მე-4 პუნქტები
- (iii) მე-8 მუხლი
- (iv) მე-9 მუხლი
- (v) მე-11 მუხლის 1-ლი პუნქტი
- (vi) მე-12 მუხლის მე-3 პუნქტი
- (vii) მე-15 მუხლი

(ბ) ნორმები, რომლებიც გადმოტანილია ევროკავშირის შესაბამისი კანონმდებლობიდან მაგრამ ან არასწორად არის ნათარგმნი, ან მოდიფიცირებულია იმგვარად, რომ სხვა შინაარსს იძენს და/ან აკლია ევროპული რეგულაციებით განსაზღვრული უმნიშვნელოვანესი მრავალი დებულება

მაგალითად:

- (i) მე-2 მუხლის მე-19 პუნქტი
- (ii) მე-5 მუხლი
- (iii) მე-6 მუხლი
- (iv) მე-10 მუხლი (ბ და გ ქვეპუნქტები-მეორე და მესამე კრიტერიუმი)
- (v) მე-12 მუხლის მე-6 პუნქტი.

(გ) დადგენილების პროექტს აკლია ევროპული რეგულაციებით განსაზღვრული შემდეგი უმნიშვნელოვანესი ნორმები:

- (i) რეგულირების პრინციპები;
- (ii) მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების განმარტება/კონცეფცია და მისი მიმართება კონკურენციის სამართალთან და დომინირებულ (ერთპიროვნულ და ერთობლივ) მდგომარეობასთან;
- (iii) შესაბამისი ბაზრისა და მომსახურების ბაზრის განსაზღვრის უმნიშვნელოვანესი ნორმები;
- (iv) პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრების განსაზღვრის მეთოდოლოგიური ნორმები.

(დ) დამატებით დადგენილების პროექტში ადგილი აქვს ევროპულ კანონმდებლობასთან შემდეგი სახის შეუსაბამობებს

- (i) დადგენილების პროექტში ისევ მითითებულია „წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრები“, რაც ევროკავშირის კანონმდებლობით განსაზღვრული „markets susceptible to ex-ante regulation“- ის ქართულ ინტერპრეტაციას წარმოადგენს, რაც ეჭვს აჩენს, რომ ევროკომისიის მიერ განსაზღვრული, პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრები წარმოჩენილი იქება როგორც „სავალდებულოდ“ წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრები.

- (ii) კომისიას „tacit collusion“-ი ნათარგმნი აქვს, როგორც „ფარული შეთანხმება“, რაც განვითარებული მსოფლიოსა და ევროკავშირში დანერგილი კონცეფციისაგან განსხვავებულ შინაარს ანიჭებს ერთობლივი საბაზრო ძალაუფლებას.
- (iii) სამი კრიტერიუმის ტესტის მეორე კრიტერიუმი და მისი განმარტება ისეა მოდიფიცირებული, რომ პირდაპირ ამოღებულია ინფრასტრუქტურულ/ქსელურ დონეზე (infrastructure-based) კონკურენციის საკითხი.

წერილს თან ერთვის DLA Piper UK LLP-ის 2023 წლის 20 სექტემბერის წერილი მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების პროექტთან დაკავშირებით (წერილი წარმოდგენილია მის არაოფიციალურ ქართულ თარგმანთან ერთად).

პატივისცემით,



გენერალური დირექტორი

დავით მამულაიშვილი



DLA Piper UK LLP
160 Aldersgate Street
London
EC1A 4HT
United Kingdom
DX: 33866 Finsbury Square
T +44 (0) 20 7349 0296
F +44 (0) 20 7786 6666
diapiper.com

Your reference

David Mamulaishvili
General Director
Silknet JSC
7 Heydar Aliyev Embankment
0160, Tbilisi

Our reference

20 September 2023

Dear David

Draft Methodological Rules for the Definition and Competitive Analysis of Relevant Service Market Segments

We refer to the draft Methodological Rules for the Definition and Competitive Analysis of Relevant Service Market Segments (the "Draft Rules") prepared by the Georgian National Communications Commission (the "Commission").

Silknet JSC ("Silknet") has shared an unofficial English translation of the Draft Rules with us and have requested that we review the Draft Rules against the established regulatory framework for market review and identification of significant market power ("SMP") in communications markets in the European Union ("EU").

In undertaking our review, we have considered the following EU instruments:

- Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) ("EU SMP Guidelines");
- Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03) ("1997 Notice");
- Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2014/710/EU) ("2014 Recommendation"); and
- Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code ("2020 Recommendation").

DLA Piper UK LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA No. 401322).

DLA Piper UK LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales (registered number OC307847) which is part of DLA Piper, a global law firm, operating through various separate and distinct legal entities.

A list of members is open for inspection at its registered office and principal place of business, 160 Aldersgate Street, London, EC1A 4HT and at the address at the top of this letter. Partner denotes member of a limited liability partnership.

A list of offices and regulatory information can be found at diapiper.com.

UK switchboard
+44 (0) 20 7349 0296

We understand the Draft Rules have been prepared by the Commission to align the framework for market review (identification of markets susceptible to ex-ante regulation) and identification of SMP in Georgia with the framework in the EU ("EU Framework").

We have begun a review of the Draft Rules and have already identified several inconsistencies between the Draft Rules and the EU Framework. A non-exhaustive list of the inconsistencies that we have found so far include the following:

1. **Article 2 (Terms/Definitions):** A number of the defined terms set out in Article 2 of the Draft Rules appear out of date, incapable of practical application, or inconsistent with the broader principles and concepts set out in the Draft Rules.

For example, "monopolistic market structure" and "oligopolistic market structure" are defined as an *assessment* of a market segment. This does not appear to match the relevant terms being defined. The definition of "monopolistic market structure" proposed also establishes that a monopolistic market structure is a market where competitive demand is from a single user, which is incorrect.

2. **Article 3 (Conditions for conducting research and analysis during ex-ante regulation of competition):** Article 3 of the Draft Rules is inconsistent with the EU Framework as it appears that anyone can make a "request" for market review as the article states that the Commission will undertake market review on "specific request". In addition, the Commission can decide to conduct market review of whole, partial or closely related market segments.

3. **Article 5 (Definition of markets subject to ex-ante regulation):**

Under the EU SMP Guidelines, until a market analysis is undertaken and there has been a finding of SMP, a market is only "susceptible" to ex-ante regulation (not "subject" to ex-ante regulation). Under the Draft Rules, the Commission makes references to markets "subject to ex-ante regulation", which should be reviewed and revised against the above principle. This includes:

- Paragraph 1 of Article 5, which states that market segments which meet the three criteria requirements will be subject to ex-ante regulation.
- Paragraph 2(a) of Article 5, which states that that when defining markets subject to ex-ante regulation the Commission will consider markets already subject to ex-ante regulation by the date of adoption of the Draft Rules.
- Paragraph 2(b) of Article 5 states that markets should be considered for market review where such markets were already defined by the EU as relevant segments of the market "subject to ex-ante regulation".

We note that the EU does not identify markets subject to ex-ante regulation, and rather identifies markets where ex-ante regulation may be warranted subject to further market analysis by NRAs. The important distinction between "subject" to ex-ante regulation and "susceptible" to ex-ante regulation must be reflected in the Draft Rules, as the decision to subject a market to ex-ante regulation (i.e. impose ex-ante regulation) should only occur after a market analysis has been undertaken and there has been a finding of SMP.

Further to the above, the Commission has adopted a three criteria test in Article 10 of the Draft Rules, which it will use to determining whether a relevant market segment is susceptible to ex-ante regulation. Article 5 should make it clear that any review of markets outside of those recommended by the EU must first be subject to, and pass, the three criteria test, to align the position with that under the EU SMP Guidelines.

4. **Article 6 (Interchangeability of supply and demand):** Under the EU SMP Guidelines, the first stage of a market analysis is defining product and geographic markets through assessing

demand and supply substitutability. This is undertaken by considering the effects of applying a small and significant but non-transitory increase in the price of a product or service, assuming the prices of all other products or services remain constant (i.e. the "SSNIP" test). We note that the Draft Rules do not include a proposal to use the SSNIP test as part of defining product and geographic markets.

5. **Process of market definition and product market definition:** The Draft Rules do not identify the approach to defining a market, especially product market in a clear or defined manner and would benefit from a more structured explanatory outline of the applicable process and where each relevant article of the Draft Rules fall within that process.

The Draft Rules do not expressly include a section applicable to definition of Product Markets, however we assume that Article 6 of the Draft Rules titled "Interchangeability of supply and demand" is intended to apply in respect of defining the product market.

A further example is under paragraph 26 the EU SMP Guidelines, where market analysis is undertaken at the retail market level first. Where it has been established that, without regulatory intervention in wholesale markets, a risk of consumer harm would arise due to lack of competition in the retail market, then the corresponding wholesale market is assessed to verify whether it is susceptible to ex-ante regulation.

6. **Evidence for defining product and geographic markets:** Under the EU SMP Guidelines, market analysis is an evidence-based exercise, rather than an abstract exercise and the 1997 Notice identifies specific forms of evidence which the European Commission considers relevant to defining the product and geographic market. This is missing from the Draft Rules.
7. **Article 8 (Definition of closely related market segments):** Article 8 of the Draft Rules proposes that when defining a market segment, a closely related market segment could be also defined. The EU SMP Guidelines do not appear to directly include consideration of closely related market segments, and so Article 8 should be removed to align the Draft Rules to the EU SMP Guidelines.
8. **Article 9 (Defining the capacity of the relevant market segment and the relative market shares of the authorised persons):** Paragraph 4 of Article 9 of the Draft Rules sets out further matters which the Commission proposes to take into account when assessing the volume of services provided by an undertaking and a forecast of market share. These matters do not appear to be reflected in the EU SMP Guidelines and, as drafted, appear to confuse market definition concepts with those applicable to assessment of SMP.
9. **Article 10 (Three Criteria Test):**

Infrastructure competition: Under the 2020 Recommendation, it is noted that: (a) for the purposes of the second criteria of the three criteria test (i.e. identifying whether a market has a tendency towards effective competition within the relevant time horizon), regard will be taken to the state and prospect of infrastructure-based competition; and (b) for the purposes of the third criteria of the three criteria test (i.e. the adequacy of general competition law to address market failures) general competition rules in markets characterised by sustainable and effective infrastructure-based competition should be sufficient and such markets will not require ex-ante regulation.

Unfortunately, this important position (regarding infrastructure based competition) is not included in the Draft Rules in respect of the second criteria or in respect of the third criteria, which makes the Draft Rules inconsistent with the EU Framework.

Under the EU framework, the three criteria test is supported by a variety of other recommendations and precedent to guide its application, including the 2014 Recommendation and the 2020 Recommendation.

10. **Alignment of Georgian communications law to EU communications law:** In preparing the Draft Rules, we acknowledge that the Commission must ensure the Draft Rules are consistent with underlying Georgian communications and competition law. To ensure the greatest possible alignment between the Draft Rules and the EU regulatory framework on market analysis and SMP, the Georgian communications law should be updated to ensure alignment to the EU regulatory framework, including a review of any prior transposition of EU regulatory framework.

For example, under Article 71 of the European Electronic Communications Code (EU) 2018/1972 (ECC), a NRA can, following a market review which concludes that an operator has SMP, impose obligations requiring accounting separation in relation to activities related to interconnection or access, including making wholesale prices and internal transfer prices transparent, to prevent unfair cross subsidy where necessary. However, we understand that under Article 33 of the Law of Georgia on Electronic Communications, Article 71 of the ECC has been transposed into local law in such a way as to mean that the Commission may require an undertaking to not cross subsidise tariffs of any group of end users at the expense of other authorised persons or groups of other end users.

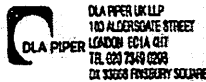
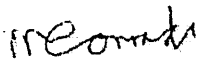
Conclusion

We are of the view that the Draft Rules require major revisions to align the proposed market review process with that under the EU Framework.

We also understand that the underlying Georgian communications law is not consistent with the EU regulatory framework in a number of respects. We believe it is important to update the underlying Georgian communications law to allow the principles in the EU Framework to be implemented in Georgia, including under the Draft Rules. Such updates should ideally be made prior to the Draft Rules being released for consultation with the industry.

We recommend that the Commission address the issues set out in this letter before the Draft Rules are released for consultation with the industry.

Yours sincerely



DLA Piper UK LLP

დავით მამულაიშვილი
გენერალური დირექტორი
სს სილქნეტი
ჰეიდარ ალიევის სახ. სანაპირო 7,
0160, თბილისი

2023 წლის 20 სექტემბერი

ბ-ნო დავით,

მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების პროექტი

წინამდებარე წერილით მიმოვიხილავთ „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სეგმენტების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების“ პროექტს (შემდგომში, „წესების პროექტი“), რომელიც მომზადდა საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის (შემდგომში, „კომისია“) მიერ.

სს „სილქნეტმა“ („სილქნეტი“) გაგვიზიარა წესების პროექტის ტექსტის არაოფიციალური ინგლისური თარგმანი და გვთხოვა, რომ შეგვეფასებინა იგი ევროკავშირის ტელეკომუნიკაციების ბაზარზე არსებული ბაზრის ანალიზისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების („SMP“) დადგენის შესახებ მარეგულირებელი ჩარჩოს ჭრილში.

ჩვენი პოზიციის წარმოსადგენად, ჩვენ გავითვალისწინეთ ევროკავშირის შემდეგი ინსტრუმენტები:

- ბაზრის ანალიზისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების შეფასების შესახებ სახელმძღვანელო მითითებები ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და სერვისების შესახებ ევროკავშირის მარეგულირებელი ჩარჩოს მიხედვით (2018/C 159/01) („EU SMP სახელმძღვანელო წესები“); [Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) (“EU SMP Guidelines”)];
- შესაბამისი ბაზრის განსაზღვრის შესახებ კომისიის შეფასება, ევროკავშირის კონკურენციის კანონმდებლობის მიზნებისათვის (97/C 372/03) („1997 წ. წესები“); [Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03) (“1997 Notice”)];

- კომისიის 2014 წლის 9 ოქტომბრის რეკომენდაცია ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში პროდუქციისა და მომსახურების იმ შესაბამისი ბაზრების შესახებ, რომლებიც ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას „ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებისა და სერვისების საერთო მარეგულირებელი ჩარჩოს შესახებ“ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2002/21/EC დირექტივის შესაბამისად (2014/710/EU) („2014 რეკომენდაციის დოკუმენტი“); [Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2014/710/EU) (“2014 Recommendation”)]; და
- კომისიის 2020 წლის 18 დეკემბრის 2020/2245 რეკომენდაცია (EU) ელექტრონული კომუნიკაციების სექტორში პროდუქციისა და მომსახურების იმ შესაბამისი ბაზრების შესახებ, რომლებიც ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას „ელექტრონული კომუნიკაციის ევროპული კოდექსის დამტკიცების თაობაზე“ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2018/1972 დირექტივის (EU) შესაბამისად („2020 რეკომენდაციის დოკუმენტი“); [Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (“2020 Recommendation”)].

როგორც ჩვენთვის ცნობილია, კომისიის მიერ შემუშავებული წესების პროექტი მიზნად ისახავს ბაზრის ანალიზისა (პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრების განსაზღვრა) და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მარეგულირებელი ქართული კანონმდებლობის ევროკავშირის შესაბამის სამართლებრივ ჩარჩოსთან დაახლოებას.

ჩვენ დავიწყეთ პროექტის ანალიზი და ამ ეტაპისთვის უკვე აღმოვაჩინეთ რიგი შეუთავსებლობები პროექტსა და ევროკავშირის შესაბამის მარეგულირებელ ჩარჩოს შორის. ამ ეტაპისთვის განსაზღვრული შეუთავსებლობების არაამომწურავი ჩამონათვალი მოიცავს შემდეგს:

1. მუხლი 2 (ტერმინთა განმარტება): წესების პროექტის მე-2 მუხლით განსაზღვრული რიგი ტერმინები მოძველებულია, პრაქტიკასთან მისადაგების კუთხით შეუფერებელია ან შეუსაბამოა პროექტის ზოგად პრინციპებსა და სულისკვეთებასთან. მაგალითისთვის, „მონოპოლიური ბაზრის სტრუქტურა“ და „ოლიგოპოლიური ბაზრის სტრუქტურა“ განმარტებულია, როგორც ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის შეფასება. ეს განმარტება არ შეესატყვისება დადგენილ სხვა (შესაბამის) ტერმინებს. „მონოპოლიური ბაზრის სტრუქტურის“ განმარტება ადგენს, რომ მონოპოლიური ბაზრის სტრუქტურა არის ისეთი

ბაზარი, როდესაც ჩამოყალიბებულია კონკურენტული მოთხოვნა მხოლოდ ერთი მომხმარებლის მხრიდან, რაც არასწორია.

2. მუხლი 3 (კონკურენციის წინასწარი რეგულირებისას კვლევისა და ანალიზის ჩატარების პირობები): წესების პროექტის მე-3 მუხლი შეუსაბამოა ევროკავშირის ჩარჩოსთან, მოიაზრებს რა, რომ ნებისმიერ პირს აქვს უფლებამოსილება „მოითხოვოს“ ბაზრის მოკვლევა, რადგან მუხლი ადგენს კომისიის ვალდებულებას, დაიწყოს ბაზრის მოკვლევა „კონკრეტული მოთხოვნის“ საფუძველზე. ამასთან, კომისიას აქვს დისკრეცია მიიღოს გადაწყვეტილება მომსახურების მთლიანი ბაზრის, ან მისი ცალკეული ან მჭიდროდ დაკავშირებული სეგმენტის კვლევის შესახებ.

3. მუხლი 5 (წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრების განსაზღვრა): *EU SMP სახელმძღვანელო წესების* მიხედვით მანამ, სანამ განხორციელდება ბაზრის მოკვლევა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების განსაზღვრა, ბაზარი მიჩნეულია მხოლოდ წინასწარ რეგულირების „პოტენციურად დაქვემდებარებულად“ (და არა წინასწარ რეგულირებას „დაქვემდებარებულად“). წესების პროექტის მიხედვით, კომისია აკეთებს მითითებას ბაზრებზე, რომლებიც „ექვემდებარება წინასწარ რეგულირებას“, რაც განხილული და გადასინჯული უნდა იქნას ზემოთ მოხმობილი პრინციპის მიხედვით. აღნიშნული მოიცავს:

- მე-5 მუხლის პირველ პუნქტს, რომელიც ადგენს, რომ წინასწარ რეგულირებას ექვემდებარება ბაზრის ის სეგმენტები, რომლებიც აკმაყოფილებს მეთოდოლოგიური წესებით განსაზღვრულ სამი კრიტერიუმის მოთხოვნებს;
- მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის ა) ქვეპუნქტი ადგენს, რომ კომისიის მიერ წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული ბაზრის სეგმენტების განსაზღვრისას მხედველობაში მიიღება ის შესაბამისი სეგმენტებიც, რომლებიც მეთოდოლოგიური წესების მიღების თარიღისთვის უკვე ექვემდებარებოდა წინასწარ რეგულირებას;
- მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის ბ) ქვეპუნქტი ადგენს, რომ მოკვლევის მიზნებისთვის, მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული ის ბაზრები, რომლებიც ევროკავშირში განისაზღვრებოდნენ, როგორც „წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებული“ ბაზრის შესაბამისი სეგმენტები.

უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკავშირი თავის მხრივ არ ადგენს ბაზრებს, რომლებიც წინასწარ რეგულირებას ექვემდებარება, არამედ გამოკვეთს ბაზრებს, რომელთან მიმართებითაც შესაძლოა დადგინდეს წინასწარი რეგულირება, შესაბამისი ეროვნული მარეგულირებელი ორგანოების მხრიდან დამატებითი მოკვლევის საფუძველზე. ამრიგად, ტერმინთა შორის ეს მნიშვნელოვანი განსხვავება, კერძოდ, წინასწარ რეგულირებას „დაქვემდებარებულსა“ და „პოტენციურად დაქვემდებარებულს“ შორის, აუცილებლად უნდა აისახოს წესების პროექტში, რადგან ბაზრის წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარება (ე.ი. წინასწარი რეგულირების დაკისრება) უნდა განხორციელდეს მხოლოდ მას შემდეგ, რაც ბაზარი იქნება მოკვლეული და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლება განსაზღვრული.

წესების პროექტის მე-10 მუხლში კომისიამ შეიმუშავა სამი კრიტერიუმის ტესტი, რომელსაც ის გამოიყენებს შესაბამისი საბაზრო სეგმენტის წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებულობის განსაზღვრად. მნიშვნელოვანია, მე-5 მუხლმა მკაფიოდ განსაზღვროს, რომ იმ ბაზრების მოკვლევა, რომელიც არ შედის ევროკავშირის მიერ რეკომენდებულ ბაზართა სიაში, პირველ ყოვლისა უნდა დაექვემდებაროს და დააკმაყოფილოს სამი კრიტერიუმის ტესტი, რათა მიდგომა შესაბამისობაში მოვიდეს *EU SMP სახელმძღვანელო წესებთან*.

4. მუხლი 6 (მიწოდებისა და მოთხოვნის ურთიერთჩანაცვლებადობა): *EU SMP სახელმძღვანელო წესების* თანახმად, ბაზრის მოკვლევის პირველი ეტაპი არის პროდუქტის და გეოგრაფიული ბაზრების განსაზღვრა მოთხოვნისა და მიწოდების ურთიერთჩანაცვლებადობის შეფასების გზით. ამის განსაზღვრა ხდება ე.წ. SSNIP ტესტის („ჰიპოთეტური მონოპოლისტის ტესტი“) გამოყენებით, რაც მოიაზრებს პროდუქტის ან მომსახურების ფასის მცირე, მაგრამ არსებითი და მუდმივი არაგარდამავალი მატების შედეგის შეფასებას იმ ფონზე, როდესაც სხვა პროდუქტის ან მომსახურების ფასები რჩება უცვლელი. უნდა აღინიშნოს, რომ *წესების პროექტი* არ მოიცავს მითითებას პროდუქტის და გეოგრაფიული ბაზრების განსაზღვრისას გამოყენებულ იქნას ე.წ. SSNIP ტესტი.

5. შესაბამისი ბაზრისა და მომსახურების ბაზრის განსაზღვრის პროცესი:

წესების პროექტით არ არის განსაზღვრული შესაბამისი ბაზრის განსაზღვრის, განსაკუთრებით მომსახურების/პროდუქტის ბაზრის განსაზღვრის მკაფიო და ნათელი მიდგომები და საჭიროა პროცესის სტრუქტურულიზებული ახსნა-განმარტება, რომელშიც მოცემული იქნება *წესების პროექტის* ყველა შესაბამისი მუხლი.

წესების პროექტში პირდაპირ არ არის მოცემული მომსახურების/პროდუქტის ბაზრის განსაზღვრის თავი. თუმცა ჩვენ ვვარაუდობთ, რომ *წესების პროექტის* მე-6 მუხლი სახელწოდებით „მიწოდებისა და მოთხოვნის ურთიერთჩანაცვლებადობა“ გამიზნულია მომსახურების/პროდუქტის ბაზრის განსაზღვრისათვის.

შემდეგი მაგალითია *EU SMP სახელმძღვანელო წესების* 26-ე პარაგრაფი, რომლის თანახმადაც ბაზრის ანალიზი ჯერ საცალო ბაზრის დონეზე უნდა განხორციელდეს. იმ შემთხვევაში თუ დადგინდება, რომ საბითუმო ბაზრებზე მარეგულირებელი ჩარევის გარეშე, კონკურენციის არარსებობის გამო, ადგილი ექნება საცალო ბაზარზე მომხმარებლებისათვის ზიანის დადგომას, მაშინ შესაბამისი საბითუმო ბაზარი ფასდება, რათა განისაზღვროს წარმოადგენს თუ არა შესაბამისი საბითუმო ბაზარი პოტენციურად წინასწარ რეგულირებას დაქვემდებარებულ ბაზარს.

6. მომსახურებისა და გეოგრაფიული ბაზრების განსაზღვრის მტკიცებულებები

EU SMP სახელმძღვანელო წესების თანახმად, ბაზრის ანალიზი წარმოადგენს მტკიცებულებებზე დაფუძნებულ და არა აბსტრაქტულ შეფასებას და 1997 წ. წესებით განსაზღვრულია მტკიცებულებების კონკრეტული ფორმები, რომელსაც ევროკომისია

რელევანტურად მიიჩნევს მომსახურებისა და გეოგრაფიული ბაზრების განსაზღვრისას. ეს საკითხი არ არის გათვალისწინებული *წესების პროექტში*.

7. მე-8 მუხლი (ბაზრის მჭიდროდ დაკავშირებული სეგმენტების განსაზღვრა)

წესების პროექტის მე-8 მუხლის თანახმად ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის განსაზღვრის ეტაპზე შესაძლოა დადგინდეს მჭიდროდ დაკავშირებული ბაზრის სეგმენტების საზღვრებიც. *EU SMP სახელმძღვანელო წესებით* არ არის განსაზღვრული მჭიდროდ დაკავშირებული სეგმენტების განსაზღვრის საკითხი. შესაბამისად მე-8 მუხლი ამოღებულ უნდა იქნეს, რათა *წესების პროექტი* შესაბამისობაში მოვიდეს *EU SMP სახელმძღვანელო წესებთან*

8. მე-9 მუხლი (ბაზრის შესაბამისი სეგმენტის ტევადობის და ავტორიზებული პირების ფარდობითი საბაზრო წილების განსაზღვრა)

წესების პროექტის მე-9 მუხლის მე-4 პარაგრაფი განსაზღვრავს დამატებით საკითხებს, რომელსაც *კომისია* განიხილავს მიწოდებული მომსახურების მოცულობის (აგრეთვე, გაფართოების საპროგნოზო მოცულობის) და საბაზრო წილების საპროგნოზო მონაცემების შეფასებისას. ამგვარი საკითხები არ არის განსაზღვრული *EU SMP სახელმძღვანელო წესებით* და როგორც ჩანს ერთმანეთშია არეული ბაზრის განსაზღვრისა და მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების შეფასების საკითხები.

9. მე-10 მუხლი (სამი კრიტერიუმის ტესტი)

ინფრასტრუქტურული კონკურენცია. *2020 რეკომენდაციის დოკუმენტით* განსაზღვრულია რომ (ა) სამი კრიტერიუმის ტესტის მეორე კრიტერიუმის მიზნებისათვის (ანუ ახასიათებს თუ არა ბაზარს დროის შესაბამისი მომავალი პერიოდის განმავლობაში ეფექტური კონკურენციის განვითარების ტენდენციები) ყურადღება უნდა მიექცეს ინფრასტრუქტურულ დონეზე არსებულ და სამომავლო კონკურენციას და (ბ) სამი კრიტერიუმის ტესტის მესამე კრიტერიუმის მიზნებისათვის (ანუ არის თუ არა საკმარის კონკურენციის კანონმდებლობა კონკურენციის პრობლემების აღმოსაფხვრელად) ისეთი ბაზრებისათვის რომლებსაც ახასიათებს ეფექტური და მდგრადი ინფრასტრუქტურული კონკურენცია კონკურენციის კანონმდებლობა საკმარისია და ამგვარი ბაზრები არ უნდა დაექვემდებაროს წინასწარ რეგულირებას. სამწუხაროდ ეს უმნიშვნელოვანესი საკითხი (ინფრასტრუქტურულ დონეზე კონკურენცია) არ არის გათვალისწინებული *წესების პროექტით* არც მეორე და არც მესამე კრიტერიუმისთვის და *წესების პროექტი* წინააღმდეგობაში მოდის *EU SMP სახელმძღვანელო წესებთან*.

EU კანონმდებლობის ფარგლებში სამი კრიტერიუმის ტესტის საკითხები განმარტებულია სხვადასხვა დოკუმენტებში, მათ შორის *2014 და 2020 რეკომენდაციების დოკუმენტებში*.

10. ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონის ევროკავშირის კომუნიკაციების კანონთან შესაბამისობაში მოყვანა

ჩვენ გვესმის რომ *კომისიამ წესების პროექტის* შემუშავებისას უნდა უზრუნველყოს მისი შესაბამისობა ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონსა და კონკურენციის კანონთან. იმისათვის რომ მაქსიმალურად უზრუნველყოფილი იყოს *წესების პროექტის* შესაბამისობა ევროკავშირში მოქმედ ბაზრის ანალიზისა და SMP მარეგულირებელ ნორმებთან ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონი შესაბამისობაში უნდა მოვიდეს ევროკავშირში მოქმედ კანონმდებლობასთან.

მაგალითად, ევროპული ელექტრონული კომუნიკაციების კოდექსის (EU) 2018/1972 (ECC) 71 მუხლის თანახმად მარეგულირებელი უფლებამოსილია, ბაზრის ანალიზის შედეგად გამოვლენილ მნიშვნელოვანი საბაზრო ძალაუფლების მქონე ოპერატორის ქსელთან დაშვების და/ან ურთიერთჩართვის საქმიანობასთან დაკავშირებით დააკისროს დანახარჯებისა და შემოსავლების განცალკევებულად აღრიცხვის ვალდებულება, მათ შორის მოსთხოვოს საბითუმო ტარიფების და მისი შიდა ტრანსფერული ტარიფების გამჭვირვალობა, საჭიროების შემთხვევაში არასამართლიანი კროს-სუბსიდირების თავიდან აცილების მიზნით. თუმცა როგორც ჩანს ევროპული კოდექსის 71-ე მუხლი ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონის 33-ე მუხლში ისეთი ფორმით იქნა გადატანილი, რომ *კომისიას* შეუძლია დაავალდებულოს ოპერატორი არ განახორციელოს მომხმარებელთა რომელიმე ჯგუფის სატარიფო შეღავათების სუბსიდირება სხვა ავტორიზებულ პირთა ან მომხმარებელთა ჯგუფების ხარჯზე.

დასკვნა

ჩვენი აზრით *წესების პროექტი* საჭიროებს მნიშვნელოვან შესწორებებს/ცვლილებებს რათა ბაზრის ანალიზის პროცესები შესაბამისობაში მოვიდეს ევროკავშირის ფარგლებში მოქმედ ნორმებთან.

დამატებით ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონი რიგ საკითხებში არ არის შესაბამისობაში ევროკავშირის მარეგულირებელ ბაზასთან.

ჩვენ დარწმუნებული ვართ რომ საჭიროა ელექტრონული კომუნიკაციების შესახებ საქართველოს კანონში შევიდეს შესაბამისი ცვლილებები, იმისათვის რომ ევროკავშირის კანონმდებლობით განსაზღვრული პრინციპები აისახოს საქართველოს კანონმდებლობაში, მათ შორის *წესების პროექტში* ამასთან ამგვარი საკანონმდებლო ცვლილებები უნდა განხორციელდეს იქამდე, ვიდრე *კომისია წესების პროექტს* გამოიტანს საჯარო კონსულტაციაზე.

ჩვენი რეკომენდაციაა *კომისიამ* გაითვალისწინოს ამ წერილში მოცემული საკითხები ვიდრე იგი *წესების პროექტს* გამოიტანს საჯარო კონსულტაციაზე ბაზრის მონაწილეებისათვის.

პატივისცემით,

[ხელმოწერა]

DLA Piper UK LLP

№ 5916/05-8

„ 31 „ 10 _____ 2023

საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიას

წარმოგიდგენთ DLA Piper UK LLP-ის 2023 წლის 26 ოქტომბრის მემორანდუმს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ გამოქვეყნებულ „მომსახურების ბაზრის შესაბამისი სერვისების განსაზღვრისა და კონკურენტუნარიანობის ანალიზის მეთოდოლოგიური წესების“ შესახებ დადგენილების პროექტთან დაკავშირებით.

მემორანდუმი წარმოდგენილია ორიგინალ ინგლისურ ენაზე. დოკუმენტის ქართულ თარგმანს მოგაწვდით მომდევნო 10 დღის ვადაში.

პატივისცემით,



გენერალური დირექტორი

დავით მამულაიშვილი

დანართი: DLA Piper UK LLP-ის 2023 წლის 26 ოქტომბრის მემორანდუმი.



DLA Piper UK LLP
160 Aldersgate Street
London
EC1A 4HT
United Kingdom
DX: 33866 Finsbury Square
T: +44 (0) 20 7349 0296
F: +44 (0) 20 7796 6666
dlapiper.com

Memo

To David Mamulaishvili
General Director
Silknet JSC **Your reference**

From DLA Piper UK LLP **Our reference**

MAC/MAC
UKM/129253614.1

Date 26 October 2023

Draft Methodological Rules for the Definition and Competitive Analysis of Relevant Service Market Segments

We refer to the draft Methodological Rules for the Definition and Competitive Analysis of Relevant Service Market Segments (the "Draft Rules") prepared by the Georgian National Communications Commission (the "Commission").

Silknet JSC ("Silknet") has shared an unofficial English translation of the Draft Rules with us and have requested that we review the Draft Rules against the established regulatory framework for market review and identification of significant market power ("SMP") in communications markets in the European Union ("EU").

This memo is structured as follows:

- **Section 1** sets out an executive summary and our recommendations in respect of the Draft Rules;
- **Section 2** sets out the background to our review of the Draft Rules; and
- **Section 3** sets out our analysis of the Draft Rules.

1 Executive summary and recommendation

We understand the Draft Rules have been prepared by the Commission to align the framework for market review (identification of markets susceptible to ex-ante regulation) and identification of SMP in Georgia with the framework in the EU ("EU Framework").

DLA Piper UK LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA No. 401322).

DLA Piper UK LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales (registered number OC307847) which is part of DLA Piper, a global law firm, operating through various separate and distinct legal entities.

A list of members is open for inspection at its registered office and principal place of business, 160 Aldersgate Street, London, EC1A 4HT and at the address at the top of this letter. Partner denotes member of a limited liability partnership.

A list of offices and regulatory information can be found at dlapiper.com.

UK switchboard
+44 (0) 20 7349 0296

We are of the view that the Draft Rules require major revisions to align the proposed market review process with that under the EU Framework.

We also understand that the underlying Georgian communications law is not consistent with the EU regulatory framework in a number of respects. We believe it is important to update the underlying Georgian communications law to allow the principles in the EU Framework to be implemented in Georgia, including under the Draft Rules. Such updates should ideally be made prior to the Draft Rules being released for consultation with the industry.

We recommend that the Commission address the issues set out in section 3, before the Draft Rules are released for consultation with the industry.

2 Background to review

In undertaking our review, we have considered the following EU instruments:

- Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services (2018/C 159/01) ("EU SMP Guidelines");
- Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03) ("1997 Notice");
- Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2014/710/EU) ("2014 Recommendation"); and
- Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code ("2020 Recommendation").

3 Review of inconsistencies between the EU Framework and the Draft Rules

In this section 3, we set out the inconsistencies between the EU Framework and the Draft Rules.

3.1 Article 2 (Terms/Definitions):

A number of the defined terms set out in Article 2 of the Draft Rules appear out of date, incapable of practical application, or inconsistent with the broader principles and concepts set out in the Draft Rules.

These inconsistencies include the following:

- "Monopolistic market structure" and "oligopolistic market structure" are defined as an *assessment* of a market segment. This does not appear to match the relevant terms being defined. The definition of "monopolistic market structure" proposed also establishes that a monopolistic market structure is a market where competitive demand is from a single user, which is incorrect.
- "Determining boundaries of the relevant segment of the service market" is defined as a determination of the group of interchangeable types of services within the relevant segment of the market and relevant geographical boundaries, based on research and analysis conducted during "ex-ante regulation of competition on the relevant market segment". This seems to be wrong - determination of the service

market is not undertaken "during ex-ante regulation", as ex-ante regulation can only apply after an SMP finding has been made.

- "Interchangeable service types" is defined under the Draft Rules to be service types that are functionally similar by nature, quality, price and other characteristics. However, under the EU SMP Guidelines, interchangeability is not just based on the functional interchangeability of services, but also in terms of the conditions of competition or the structure of supply and demand in the market in question. These important elements are missing from the definition in the Draft Rules.
- "Hypothetical monopolist test" is defined under the Draft Rules to be a test based on applying a small but significant and non-transitory relative change in tariff levels. This definition suggests that the Georgian analysis will simply examine changes in income received by the relevant operator – but under the EU SMP Guidelines the "relative change" being assessed is whether, following an increase in prices, any sales lost would be offset by any increased profits from the increase in rates.
- "Demand side substitution cost" is defined to include endogenous substitution costs and exogenous replacement costs. The EU Framework does not appear to expressly identify endogenous and exogenous costs, and the 1997 Notice suggests that it is not possible to provide an exhaustive list of all possible switching costs that could be paid by an end user. Further, we note that the example of an endogenous cost is not relevant to the retail telecoms sector, as most retail telecom services are provided to the end user's location/device, rather than the end user having to travel to the service provider.

To avoid limiting the interpretation of "demand side substitution cost" for the purposes of assessing demand side substitutability, we recommend that the definition of "demand side substitution cost" be removed from the Draft Rules, and that the Draft Rules refer more generally to "switching costs".

We recommend that the definitions used in the Draft Rules be updated to more directly align to the definitions and principles as set out in the EU Framework.

3.2 Article 3 (Conditions for conducting research and analysis during ex-ante regulation of competition):

Under the EU Framework, national regulatory authorities ("NRAs") conduct market analysis against markets recommended for review by the European Commission. Under the EU Framework, there is scope for NRAs to review markets that are not set out in a recommendation, but only where the "three criteria test" is met.

Article 3 of the Draft Rules is inconsistent with the EU Framework as it appears that anyone can make a "request" for market review as the article states that the Commission will undertake market review on "specific request". In addition, the Commission can decide to conduct market review of whole, partial or closely related market segments.

The process for commencing a market review under the Draft Rules should be aligned to the EU Framework, and market analysis should be undertaken in respect of markets: (1) where a recommendation has been made by the European Commission for review, or (2) which otherwise meet the "three criteria" test. No reviews should be undertaken on request from third parties.

3.3 Article 4 (Practical Approaches of the Commission regarding the Definition and competitive analysis of the relevant segments of the service market):

Under the EU Framework, market analysis should be carried out within three years from adoption of a revised recommendation on markets, or within five years from adoption of a

previous market power determination. The five year period can be extended by one additional year where a NRA notifies the European Commission.

Paragraph 12 of Article 4 of the Draft Rules suggests that the Commission will carry out the process of market analysis not more than three years after completion of a market analysis conducted under the Draft Rules.

The Draft Rules should be updated to align the timeframes for market review to those under the EU Framework.

3.4 Article 5 (Definition of markets subject to ex-ante regulation):

Markets "susceptible" to ex-ante regulation: Under the EU SMP Guidelines, until a market analysis is undertaken and there has been a finding of SMP, a market is only "susceptible" to ex-ante regulation (not "subject" to ex-ante regulation). Under the Draft Rules, the Commission makes references to markets "subject to ex-ante regulation", which should be reviewed and revised against the above principle. This includes:

- Paragraph 1 of Article 5, which states that market segments which meet the three criteria requirements will be subject to ex-ante regulation.
- Paragraph 2(a) of Article 5, which states that that when defining markets subject to ex-ante regulation the Commission will consider markets already subject to ex-ante regulation by the date of adoption of the Draft Rules.
- Paragraph 2(b) of Article 5 states that markets should be considered for market review where such markets were already defined by the EU as relevant segments of the market "subject to ex-ante regulation".

We note that the EU does not identify markets subject to ex-ante regulation, and rather identifies markets where ex-ante regulation may be warranted subject to further market analysis by NRAs. The important distinction between "subject" to ex-ante regulation and "susceptible" to ex-ante regulation must be reflected in the Draft Rules, as the decision to subject a market to ex-ante regulation (i.e impose ex-ante regulation) should *only* occur after a market analysis has been undertaken and there has been a finding of SMP.

Further to the above, the Commission has adopted a three criteria test in Article 10 of the Draft Rules, which it will use to determining whether a relevant market segment is susceptible to ex-ante regulation. Article 5 should make it clear that any review of markets outside of those recommended by the EU must first be subject to, and pass, the three criteria test, to align the position with that under the EU SMP Guidelines.

3.5 Article 6 (Interchangeability of supply and demand):

Demand and Supply Side substitutability: Under the EU SMP Guidelines, the first stage of a market analysis is defining product and geographic markets through assessing demand and supply substitutability. This is undertaken by considering the effects of applying a small and significant but non-transitory increase in the price of a product or service, assuming the prices of all other products or services remain constant (i.e the "SSNIP" test). We note that the Draft Rules do not include a proposal to use the SSNIP test as part of defining product and geographic markets.

The Commission proposes to define product and geographic markets by assessing the extent to which a service/product is subject to competitive restriction from substitutable services and products but does not apply the SSNIP test. While there is a reference to this concept under paragraph 11 of Article 6, it has not been identified as an overriding test of competitive restriction. The SSNIP test is a well established test for the purposes of assessing demand

and supply side substitutability and it is essential that the Commission formally adopt this test under the Draft Rules as a defining measure of competitive restriction.

Under the EU SMP Guidelines, the ability for other authorised persons to provide substitutable services will be taken into account in defining the product and geographic market, only where such supply occurs in response to a SSNIP. The relevant timeframe for entry of such authorised persons should be decided on a case by case basis, dependent on each relevant market, but in any case must be within the immediate to short term.

The Commission proposes under Paragraph 3 of Article 5 to also identify authorised persons who potentially have the ability to provide substitutable services within the boundaries of the market segment, but adopts a fixed timeframe for market entry at within the period of less than a year, and does not specify that such supply must be in response to a SSNIP.

The Draft Rules should be updated to more closely reflect the approach taken in the EU SMP Guidelines to assessing demand and supply side substitutability. While the Commission has included a definition of a "hypothetical monopolist test" in the Draft Rules (and which we discuss above), this is not included for the purposes of assessing demand and supply side substitutability, and rather, is only used by the Commission under Article 9 for the purposes of defining market share.

Potential competition: Under the EU SMP Guidelines "potential competition" is not taken to be a competitive constraint on price setting behaviour for the purposes of defining a product or geographic market. Paragraph 28 of the EU SMP Guidelines states that potential competition is equivalent to supply side substitution, but potential entrants require more time before supplying the market (as opposed to supply side substitution where the effect is quicker following a price increase).

Paragraph 13 of Article 6 of the Draft Rules reflect the EU SMP Guidelines by stating that "potential competition" should not be taken into account for market definition. However, the Draft Rules do not define "potential competition". We recommend that the Commission adopt the definition included in the EU SMP Guidelines and include this definition in the Draft Rules for clarity.

Process of market definition and product market definition: The Draft Rules do not identify the approach to defining a market, especially a product market, in a clear manner and they would benefit from a more structured explanatory outline of the applicable process and where each relevant article of the Draft Rules fall within that process.

The Draft Rules do not expressly include a section on the definition of Product Markets, however we assume that Article 6 of the Draft Rules titled "Interchangeability of supply and demand" is intended to apply in respect of defining the product market.

A further example is under paragraph 26 the EU SMP Guidelines, where market analysis is undertaken at the retail market level first. Where it has been established that, without regulatory intervention in wholesale markets, a risk of consumer harm would arise due to lack of competition in the retail market, then the corresponding wholesale market is assessed to verify whether it is susceptible to ex-ante regulation.

Further, findings of SMP can only be made in respect of an operator's position in a specific market which has been identified. The Draft Rules do not appear to logically connect product and geographic market definition to each assessment of SMP.

The Commission should update the Draft Rules to specify the logical flow of the relevant stages of the market review process which the Commission will engage in, and what test and other considerations will apply at each stage.

Evidence for defining product and geographic markets: Under the EU SMP Guidelines, market analysis is an evidence-based exercise, rather than an abstract exercise. The 1997 Notice identifies specific forms of evidence which the European Commission considers relevant to defining the product and geographic market. This is missing from the Draft Rules and should be added.

3.6 Article 7 (Definition of the relevant geographic boundaries of the market):

Under the EU SMP Guidelines the geographical scope of a relevant market in the electronic communications sector determined based on the area covered by a network, and the existence of other legal and regulatory instruments (for example operations may be limited to the geographical area authorised under a relevant licence).

Under Paragraph 2 of Article 7 of the Draft Rules, the Commission proposes to define a geographic market based on a number of additional criteria including the number and size of competitors, distribution of market shares, price differences or price variations in different geographic areas, nature of demand, and differences in commercial offers or marketing strategies. We recommend that the Commission align the approach to defining the scope of the geographic market to the approach under the EU SMP Guidelines.

3.7 Article 8 (Definition of closely related market segments):

Article 8 of the Draft Rules proposes that when defining a market segment, a closely related market segment could also be defined. The EU SMP Guidelines do not directly include consideration of closely related market segments and so Article 8 should be removed to align the Draft Rules to the EU SMP Guidelines.

3.8 Article 9 (Defining the capacity of the relevant market segment and the relative market shares of the authorised persons):

Paragraph 4 of Article 9 of the Draft Rules sets out matters which the Commission proposes to take into account when assessing the volume of services provided by an undertaking and a forecast of market share. These matters do not appear to be reflected in the EU SMP Guidelines.

Under paragraph 54 of the EU SMP Guidelines, market share is calculated by reference to value, volume, number of connection lines and subscriber numbers, as appropriate, in a given market. Article 9 of the Draft Rules proposes matters which can be used to calculate market share, including a number of specific measures that are not included in the EU SMP Guidelines such as traffic, transmitted volume of data, loaded or free capacity. We query whether such specific criteria should be included, as they would fall under the general "volume" measure under the EU SMP Guidelines. We recommend aligning such matters to be used to calculate market share to those included in the EU SMP Guidelines.

Further, paragraph 4(b) of Article 9 suggests that the hypothetical monopolist test can be used to calculate the capacity of the relevant market segment and the relative market shares of authorised persons. We note that the hypothetical monopolist test should be used for the purposes of measuring demand and supply side substitutability as part of the definition of relevant markets. Paragraph 4(b), as drafted, appears to suggest instead that a market can be re-defined where any anti-competitive effects would be resolved in the medium to long term and such re-definition can include potential competition. This is not a concept which is used in the EU Framework, and this is directly inconsistent with the principle included at paragraph 13 of Article 6 that provides that potential competition is not taken into account for the purposes of defining a market.

3.9 Article 10 (Three Criteria Test):

Infrastructure competition: Under the 2020 Recommendation, it is noted that: (a) for the purposes of the second criteria of the three criteria test (i.e identifying whether a market has a tendency towards effective competition within the relevant time horizon), regard will be taken to the state and prospect of infrastructure-based competition; and (b) for the purposes of the third criteria of the three criteria test (i.e the adequacy of general competition law to address market failures) general competition rules in markets characterised by sustainable and effective infrastructure-based competition should be sufficient and such markets will not require ex-ante regulation.

Unfortunately, this important position (regarding infrastructure based competition) is not included in the Draft Rules in respect of the second criteria or in respect of the third criteria, which makes the Draft Rules inconsistent with the EU Framework. The Draft Rules should be updated to directly recognise that infrastructure based competition will be considered for the purposes of the second and third criterion of the three criteria test.

Supporting material: Under the EU framework, the three criteria test is supported by a variety of other recommendations and precedent to guide its application, including the 2014 Recommendation and the 2020 Recommendation. The Commission should seek to also implement such recommendations and precedent.

3.10 Article 11 (Criteria for assessing the market power of an authorized person):

Market share thresholds: Under the EU SMP Guidelines, a finding of SMP can be made on the basis of meeting a market share threshold. A market share of 50% is stated as usually being determinative in itself of a person having SMP. However, the EU SMP Guidelines recognise that undertakings that meet this threshold may not in fact be able to act independently of customers with sufficient bargaining strength and also may be subject to reducing market share. As such meeting the market share threshold may not support a finding of SMP in all circumstances under the EU SMP Guidelines.

Under Paragraph 1 of Article 11 of the Draft Rules, the Commission has proposed that a person who holds a minimum of 40% of the relative market share in a relevant market segment will be "single-handedly defined as having significant market power". However, paragraph 2 then states that further structural considerations should be taken into account as "secondary evaluation criteria".

The Draft Rules should clarify that the market share threshold is a preliminary marker for SMP, but is not always determinative of SMP.

Structural criteria: Under the EU framework, structural criteria are taken into account to assess whether an undertaking has SMP in a market where an undertaking's market share percentage is "high" but below 50%. Under the EU SMP Guidelines, such structural criteria presented are non-exhaustive and a finding of SMP must be based on a combination of these structural criteria being present.

The Draft Rules include structural criteria (at paragraph 2 of Article 11) which should be taken into account in addition to the market share thresholds proposed. However, there is no express recognition that such criteria are non-exhaustive markers of SMP nor that more than one factor must be present for a finding of SMP to be made on the basis of such structural criteria. We recommend that the Draft Rules be updated to reflect such positions, to align with the approach taken in the EU SMP Guidelines.

Further to this:

1. the Draft Rules at paragraph 1(b) suggest that secondary criteria include technological advantages, and states that possession of any expensive patents and licences may

significantly contribute to the gain or consolidation of significant market power by an authorised person and that the Commission should identify intellectual property rights held by an authorised person and assess their significance for the existence of market power. We note that the possession of expensive patents and licences, in itself, does not automatically mean a person will have significant market power and a further assessment must be made as to whether such possession of intellectual property rights would allow an undertaking to behave independently of its competitors, customers and consumers. The Draft Rules should be updated to reflect this further assessment that is required; and

2. the Draft Rules at paragraph 1(e) suggest that an operator with a diversified set of services may be seen to have market power, as it may have the ability to cross-subsidise lower costs in one market segment with higher prices in another market where it holds significant market power. But cross-subsidisation of itself should not be seen as a marker of SMP – rather an operator with SMP may have the incentive to engage in anti-competitive cross-subsidisation. We recommend that the Draft Rules be updated to remove paragraph 1(e).

The EU SMP Guidelines include additional non-exhaustive examples of structural criteria which have been left out of the Draft Rules. These additional examples should be added to the Draft Rules, e.g the relative size of the undertaking and direct and indirect network effects.

Article 12 (Definition of Joint Market Power): The Commission proposes that a market share threshold of 60% can establish a finding of joint SMP between two undertakings, and a market share threshold of 80% can establish a finding of joint SMP between three undertakings. These market share thresholds do not appear in the EU SMP Guidelines, and we recommend that they be removed from the Draft Rules to align the rules to the EU SMP Guidelines.

3.11 Alignment of Georgian communications law to EU communications law:

In preparing the Draft Rules, we acknowledge that the Commission must ensure the Draft Rules are consistent with underlying Georgian communications and competition law. To ensure the greatest possible alignment between the Draft Rules and the EU regulatory framework on market analysis and SMP, the Georgian communications law should be updated to ensure alignment to the EU regulatory framework, including a review of any prior transposition of the EU regulatory framework.

For example, under Article 71 of the European Electronic Communications Code (EU) 2018/1972 (ECC), an NRA can, following a market review which concludes that an operator has SMP, impose obligations requiring accounting separation in relation to activities related to interconnection or access, including making wholesale prices and internal transfer prices transparent, to prevent unfair cross subsidy where necessary. However, we understand that under Article 33 of the Law of Georgia on Electronic Communications, Article 71 of the ECC has been transposed into local law in such a way as to mean that the Commission may require an undertaking to not cross subsidise tariffs of any group of end users at the expense of other authorised persons or groups of other end users.

Yours sincerely


DLA Piper UK LLP

 DLA PIPER UK LLP
160 ALDERSGATE STREET
LONDON EC1A 4HT
TEL 020 7349 0298
DX 33866 FINSBURY SQUARE