

**ENERJİ SEKTÖRÜNÜN LİBERALİZASYONUNDA
REKABET OTORİTELERİ İLE
SEKTÖR DÜZENLEYİCİ KURULUŞLARIN
KOORDİNASYONU**

Prof. Dr. Franz Jürgen SACKER

Berlin Freie Üniversitesi Avrupa ve Alman Ekonomi Regülasyon ve
Rekabet Hukuku Enstitüsü Başkanı

•••

Sayın Başkan, Sayın Oturum Başkanı, değerli katılımcılar; beni davet ettikleri için Türk Rekabet Kurumuna teşekkürlerimi sunuyorum. Burada bulunmaktan büyük mutluluk duyuyorum. Sizlere düzenleyici hukuk ve rekabet hukukunun ilkeleri ile ilgili bir konuşma yapmak benim için büyük bir onur ve zevktir.

Serbest rekabet sisteminin amacı, mal ve hizmetlerin tüketicilere olabilecek en iyi şekilde temin edilmesini sağlamaktır. Tarih bize rekabetin devlet tarafından kurumsal olarak korunmasının gerekli olduğunu göstermiştir çünkü serbest piyasa sisteminin katılımcıları piyasa ekonomisinin imajını tersine çevirebilmektedirler ve bu çabalar açık bir şekilde başarı olarak kabul edilmiştir. Rekabet kanunlarının yürürlüğe girmesinden uzun yıllar sonra, rekabeti sınırlama ve ekonomik güç haline gelme fırsatının ortaya çıktığı her yerde günahın tatlı ve erdemin acı gelmeye başladığı görülmüştür. Rekabeti düzenleyici kanunlar, rekabetin herhangi bir şekilde sınırlandırılmasını veya bozulmasını engelleyerek ve mevcut sınırlama veya bozulmaları ortadan kaldırarak piyasa ekonomisinin yapısında var olan yanlışlıkları düzeltmeye çalışmaktadır.

Enerji hukuku ve telekomünikasyon hukuku, rekabet hukuku ile aynı hedefe ulaşmayı amaçlamaktadır. Enerji hukuku ve telekomünikasyon hukukunun amacı, rekabeti korumak ve desteklemektir. Burada nihai hedef, hâkim durum ve kötüye kullanma uygulamalarından belirgin biçimde etkilenen mal ve hizmet piyasalarında sözleşme serbestisinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, hem tüketiciler hem de rakipler, kötüye kullanma, engelleme veya ayrımcılık yapma yoluyla uygunsuz hareket eden şebeke işletmecilerine karşı tazminat veya ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmektedirler. Uygunsuz şekilde yüksek fiyatlandırma içeren sözleşmeler, ahlaka uygun olmayan şekilde yüksek fiyatlandırma içeren

sözleşmeler kadar geçersiz kabul edilmektedir. Düzenleyici kurumlar ve antitröst kurumları hukuki davalarda yer almamaktadır.

Telekomünikasyon ve enerji kanunlarının amacı, tüketicilerin yararına olacak şekilde etkin, rekabet odaklı ve güvenli enerji ve telekomünikasyon piyasaları sağlamaktır. Ayrımcı olmayan, rekabetçi ve etkin piyasaları garanti eden kanunların uygulanması düzenleyici kurumların görevidir. Şebeke işletmecilerinin sektörde güvenli, güvenilir ve etkin bir şebeke temin etmeleri gerekmektedir. Etkin ve güvenli şebekelerde gerçek rekabetin sağlanması, şebeke işletmecisinin şebeke işletmesinden tekel kaynaklı kar elde ederek kendi şebekesi dışındaki enerji ve telekomünikasyon hizmeti sunan diğer işletmelere üstünlük sağlamadığı durumlarda mümkün olmaktadır. Şebeke işletmesinden elde edilen tekel kaynaklı karın hizmet sunucunun yıkıcı fiyatlama stratejisi için kullanılması, gerçek rekabetin ortaya çıkmasını engellemektedir.

Şebekelerin yasal olarak açılması gerekmektedir çünkü tüketici talebinin arz edilmesi yalnızca yerel hizmet şebekelerinin doğal tekeli ile mümkün olmaktadır. Tüm hizmet sunucuların şebekelere erişimi sağlanmalıdır. Doğal tekel, tek bir şirketin, sırasıyla ölçek ekonomisi veya kapsam ekonomisi nedeniyle, bir hizmet talebini birden fazla şirketin sağladığından daha düşük bir fiyata sağladığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Elektrik, doğalgaz, su, kanalizasyon ve elektronik şebekelerinin yanı sıra raylı sistemler doğal tekel oluşturabilmektedir çünkü bu şebekeler için birden fazla altyapı sağlanması ekonomik açıdan kabul edilemez maliyetlere yol açacaktır. Bir doğal tekelin sahibi olan bir şebeke işletmecisinin sunduğu hizmetler başka işletmeler tarafından sunulamaz ve dolayısıyla böyle bir işletmeci, başka şebeke işletmecileri ile rekabet eden bir şebeke işletmecisinden daha fazla sosyal hesap verme yükümlülüğüne sahiptir.

Şebeke altyapısına ilişkin düzenlemelerin amacı, tüketicilerin yararına olacak şekilde etkin ve rekabet odaklı piyasalar sağlamaktır. Buradaki ilke budur. Sistem işletmecilerinin kendi sektörlerinde mallar için işleyen bir rekabet ortamına koşul olarak güvenli ve etkin bir şebeke sağlanması gerekmektedir. Gerçek rekabet yalnızca, şebeke sahibinin şebeke dışındaki diğer enerji tedarikçilerine üstünlük sağlayamadığı durumlarda mümkün olmaktadır.

Düzenleyici hukuk tarafından engellememesi halinde, şebeke işletmesinden elde edilen karlar dikey olarak bütünleşmeyen enerji teşebbüslerine karşı yıkıcı fiyatlandırma stratejisini finanse etmek amacıyla kullanılabilir. Bu nedenle, her hizmet tedarikçisinin şebekelere erişiminin sağlanması ve hizmet tedarikçilerinin hepsinin ayrımcı olmayan eşit koşullara sahip olmaları gerekmektedir.

Enerji hukuku, devletin genel ekonomik yarar sağlayan hizmetlerin kamu yararına sunumuna ilişkin sorumluluklarını yerine getirdiğinden emin olmalıdır. Bunun yanı sıra, enerji hukuku özel şirketlerin kamuya karşı görevlerini yerine getirmeleri ve devletin yükünü hafifletmeleri için yeterli teşviki sağlamalıdır.

Bu temelde, şebeke sektörlerine ilişkin düzenlemelerin bir yandan özel şirketlerin kamuya karşı görevlerini yerine getirmelerini sağlarken bir yandan da hizmetlerin kamu yararına sunumunu sağlamalıdır. Avrupa’da etkin ve aynı zamanda güvenli ve güvenilir şebeke altyapılarının garanti edilmesine ilişkin bu iki kutuplu işlev, “düzenleyici hukuk” terimi veya bazı kişilerin deyimleriyle “özelleştirme sonrası hukuk” terimi ile ifade edilmektedir. Devletin şebeke altyapısını düzenleme görevi, özel bir şirketteki dönüşüm süreçlerini içeren kısa süreli bir görev değildir. Bu görev, devletin etkin bir altyapının garantörlüğünü üstlendiği uzun süreli bir görevdir. Bu gerçekten yola çıkarak, düzenleyici hukuk ve rekabet hukukunun aynı hedefe ulaşmayı amaçlayan ikiz kardeşler oldukları söylenebilir. Düzenleyici hukuk ve rekabet hukukunun ulaşmak istediği bu hedef, şebeke işletmecilerinin kötüye kullanımına karşı korunan adil ve özerk çıkar dengesinin sağlanmasıdır. Düzenleyici hukuk kötüye kullanımı engelleyici, koruyucu, ön (*ex-ante*) düzenleyici önlemler kullanırken, rekabet hukuku kötüye kullanımı bastıran uygulama sonrası (*ex-post*) bir yaklaşım kullanmaktadır. Düzenleyici hukuk, altyapı şebekelerinin kullanımına yönelik rekabetçi bir tasarım ortaya koymayı amaçlayan özel bir tür rekabet hukuku değildir. Düzenleyici hukuk, ilkeleri şebekeler yoluyla aktarılan malların mantığı tarafından değil, şebekelerin mantığı tarafından belirlenen şebeke ekonomisini yasal yünden tamamlamaktadır.

Devlet, genel yarar sağlayan hizmetlere yönelik karmaşık bir hükümet politikaları sistemi niteliğindeki ve Almanya’da *Erfüllungsverantwortung* olarak isimlendirilen “doğru uygulama sorumluluğundan” gittikçe daha fazla uzaklaşmaktadır. Bu durum, etkinliğin iyileştirilmesine ilişkin nedenlerken kaynaklanmaktadır ve etkinliğin iyileştirilmesinin yalnızca özel şirketler yoluyla sağlanabileceği düşünülmektedir. Devlet, yalnızca genel kamu yararını olumsuz etkileyecek bir sorunun tehlikeli boyutlara ulaşması durumunda, denetleme ve destek sağlama sorumluluğunu üstlenmektedir. Bu kavramın uygulanması sırasında, çağdaş devlet kolaylaştırıcı ve garantör devlet haline gelmektedir. Bu durum, devletin rolünün değiştirdiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır ve devletin mimarisindeki değişimi içeren devletin rolüne ilişkin bir değişim yasasını ortaya koymaktadır. İlgili AB Yönergeleri üzerine temellendirilmiş ulusal telekomünikasyon ve enerji hukuku, devletin rolündeki değişimi ortaya koymaktadır. Devletin kamu hizmet taleplerini karşılama sorumluluğunu

azaltmasına rağmen, devletin tüm vatandaşların temel kamu hizmetlerine ulaşmalarını garanti etme sorumluluğu devam etmektedir.

Enerji hukuku devletin sorumluluklarını yerine getirdiğinden emin olmalıdır. Enerji tedarik sistemlerinin işletmecilerinin erişim ücretlerinin bir teşvik düzenlemesi tarafından belirlenmesi durumunda, aynı ilke düzenleyici hukuk için de fiyatların benzer olması hali nde fiyat rekabetinin sağlanması anlamında geçerlidir. Bu uygulama, hizmetlerin etkin bir şekilde sunulması amacıyla teşviklerin belirlendiği ikinci bir yöntemdir.

Üçüncü şemada işletmecilerin sistemlerine erişim için belirlenen ücret ve koşullar yer almaktadır. İkinci maddede belirtildiği üzere, ücretler etkin ve yapısal olarak karşılaştırılabilir bir sistem işletmecisine uygun işletme yönetim maliyetleri üzerine temellendirilir. Burada ilke olarak, etkin ve yapısal olarak karşılaştırılabilir bir işletim sisteminden bahsedilmektedir.

Teşvik düzenlemesi, bir düzenleme dönemi için etkinlik standartları dikkate alınarak sistem erişim ücretleri veya sistem erişim ücretlerinden elde edilen toplam gelir için belirlenen üst sınırlar şeklindeki kılavuz ilkeleri içermektedir.

Etkinlik standartları, bir düzenleme dönemi süresince, ilgili sistem işletmecisi veya ilgili sistem işletmecileri grubunun olası ve makul önlemleri kullanarak kılavuz ilkelerin gerekliliklerini yerine getirmesi veya bunların üzerine çıkmasını sağlayacak şekilde oluşturulmalı ve dağıtılmalıdır. Bu şekilde, mallardan sorumlu olan şirketlerin etkinliği güçlendirilmektedir.

Gerekliliklere uygunluk yasal açıdan ister *ex-ante* ister *ex-post* olarak izlensin, fiyatların *ex-ante* ve *ex-post* kontrollerine ilişkin standartlar değişmemektedir çünkü rekabet odaklı bir kontrolün söz konusu olduğu durumlarda her zaman rekabetçi ve benzer fiyatların uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, ekonomik açıdan, bazı durumlarda genel *ex-ante* kontrol rekabet kurumunun gerçekleştirdiği *ex-post* kontrolden daha anlamlı ve etkili olmaktadır. Düzenleyici kurumlar uzun süre için oluşturulan altyapı şebekesinin etkili ve güvenilir bir şekilde işleminin yanı sıra eş zamanlı olarak ayrımcılık yapılmamasını, doğru rekabeti ve piyasaların etkin bir şekilde işleminin garanti etmekten sorumludur. Bu durumun mümkün olmadığı darboğaz zamanlarında, fiyat artışlarının *ex-ante* kontrolünün yapılması uygun olmaktadır.

Rekabet hukuku, daha fazla rekabetin etkin bir şekilde desteklenmesini veya piyasalarda daha fazla etkinlik veya rekabetin sağlanmasını değil, gerçekte var olan somut bir rekabetin sağlanması hedefini korumaktadır.

Düzenleyici kurumların görev kapsamı daha geniştir. Bu kurumlar, doğal tekellerin sahiplerinin şebekelerini ayrımcılık yapmadan erişime açma ve Avrupa ortak piyasalarında ve iklim değişikliği nedeniyle rekabetin desteklenmesi için gerekli olması halinde yeni ve akıllı şebekelere yatırım yapma yükümlülüklerini yerine getirdiklerinden emin olmalıdır.

Şebeke sektörlerinin rekabetçi bir şekilde düzenlenmesi için neye gereksinim vardır? Burada etkin hizmet sunumunun maliyeti kavramı ortaya çıkmaktadır. Ücretlerin rekabete atıfta bulunulmaksızın ve bir kıyaslama yaklaşımı benimsenmeden yalnızca maliyet odaklı bir şekilde kontrol edilmesi, bu kavram ile uyumsuzdur. Mevcut duruma odaklanması ne etkili bir rekabet sağlar ne de piyasaların AB kılavuz ilkeleri açısından etkin bir şekilde işlemlerini sağlar. Kötüye kullanımın denetlenmesi bağlamında rekabete atıfta bulunulmaması ve taban maliyetlerde etkinliği olup olmadığına bakılmaksızın sektörde süregelen maliyet standartlarının takip edilmesi, doğru ve gerçek rekabetin sağlanmasına ilişkin AB Yönergelerinin ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle, bu kavramın doğrulanması tarafsız ve piyasa yapısını dikkate almayan standartların karşılaştırılması yoluyla yapılamamaktadır. Bu yüzden, şebeke sektörlerine ilişkin düzenlemelerin bir yandan kamuya karşı görevlerini yerine getiren özel şirketlerin rekabet odaklı hareket etmelerini sağlarken, bir yandan da hizmetlerin kamu yararına olacak şekilde sunulduğundan emin olması gerekmektedir.

Enerji hukukunda belirlenen standartlar Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 102. Maddesine karşılık gelmektedir. Bunların ortak amacı, kötüye kullanımın ve ayrımcılığın önlenmesidir. Bu kavram, karşılaştırılabilir piyasa yaklaşımı ile işlerlik kazanmakta ve maliyet esaslı ama aynı zamanda etkinlik odaklı bir yaklaşım ile uygulanır hale gelmektedir. Ücretlerin rekabet odaklı bir şekilde kontrol edilmesinin amacı, güvenli şebekeler için etkin bir şekilde gerçekleşen maliyetler üzerine temellendirilmiş fiyatlar oluşturmaktır. Maliyetlerin etkin ve yapısal olarak karşılaştırılabilir bir işletmecinin maliyetlerine denk olması gerekmektedir.

Almanya'da *ex-ante* olarak kontrol edilen fiyatların *ex-post* olarak kontrol edilen fiyatlardan daha yüksek olduğuna yönelik bir görüş söz konusudur. Fiyatların *ex-post* olarak kontrol edildiği yöntemlerde fiyatların daha düşük olduğuna ilişkin kuramın doğru olmadığına inanıyorum çünkü hem *ex-ante* hem de *ex-post* kontrollerin temeli 102. Maddedir. *Ex-ante* ve *ex-post* kontrollerin temelini hâkim durumun kötüye kullanımı oluşturmaktadır. Bu nedenle, piyasaların karşılaştırılması yöntemi ve etkinlik odaklı kontrol yaklaşımı, 102. Maddenin uygulanmasında ve rekabet hukukunun *ex-post* kontrolü ve düzenleyici

hukukun *ex-ante* kontrolünde kullanılan iki yöntemdir. Bunların ikisi için de ölçütler aynıdır. Bu yüzden, işletmeler için geçerli olan fiyat aynı olmalıdır. Rekabet hukuku daha düşük bir fiyattan sorumlu olmamalıdır. Bu kavramsal çerçevede, rekabetçi fiyat Fransız kamu hizmeti doktrini bağlamındaki adil fiyat değil, AB’de mevcut bir karşılaştırılabilir piyasanın yardımıyla belirlenen ve etkin rekabetçiler tarafından uyulan fiyattır.

Rekabet kurumlarının ve sektöre özel düzenleyici kurumların sorumlulukları yalnızca Avrupa’da ve özellikle Almanya’da değil, aynı zamanda ABD’de de sorunlu bir konudur. Bu açıdan ABD örneğinden pek çok şey öğrendik.

Öncelikle ABD’deki yasal durumu açıklamak istiyorum. Federal Enerji Yasası, Amerikan Antitröst Kanununun enerji ve telekomünikasyon işletmeleri tarafından uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Amerikan Telekomünikasyon Yasasına göre, “Yasadaki hiçbir açıklama antitröst kanunlarının hiçbirisini değiştirmez, ihlal etmez veya yerini almaz”. ABD mahkemeleri tarafından getirilen ve istisnai durumlarda sektöre özel düzenlemenin antitröst kanunun yerini almasını mümkün kılan “Üstü Kapalı Dokunulmazlık Doktrini”, bu nedenle elektronik iletişim sektörü için geçerli olmamaktadır. Yalnızca bir siyasi merci tarafından alınan doğrudan, bağlayıcı ve açık bir şekilde dile getirilmiş bir düzenleme kararı antitröst kanunun yerini alabilmektedir.

Bununla birlikte, antitröst kanununa ilişkin yasal süreç, düzenleyici kurum konuyla yakından ilişkili ve yeterli uzmanlık bilgisi ile donatılmış bir kurumun süreci tamamlamasını sağlayana kadar askıya alınmalıdır. Bu uygulama “İlk Yargı Yetkisi Doktrini” olarak isimlendirilmektedir. Bununla birlikte, şirketler açısından, düzenleyici kurumların idari uygulamaları süresince elde edilen olumlu bulgular, antitröst kurumlarının uygulamaları üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahip değildir çünkü düzenleyici kurumlar için temel oluşturan gerçek ve yasal bulgular kararın bağlayıcı etkisi üzerinde bir rol oynamamaktadır. Yargı yetkisi bulunan bir mahkemenin yasal etkisi olan bir kararı üzerine temellendirilen “*Collateral Estoppel* Doktrini” böylesi bir durumda geçerli olmamaktadır. ABD’nin “Kamusal Müdahale Doktrininin” uygulanmadığı durumlarda, bir düzenleyici kurum kararına yapılan itiraz rekabeti kısıtlayan bir davranışın kabul edilmesi için gerekçe olmamaktadır. Buna karşın, Verizon Communications ve Pacific Bell Telephone kararında, Yüksek Mahkeme konuya ilişkin gereklilikleri Sherman Yasasının 2. Bölümünde ele alınan tekelleşme ile ilgili olarak ve büyük oranda düzenlenen tekeller alanında belirlemiştir. Yüksek Mahkeme bu kararı verirken bir tekelin güvenliği için anlaşmanın reddinin şebeke işletmecisinin sunduğu temel hizmetlere erişim için yeterli bir neden olarak kabul etmemiştir.

Almanya'daki durum nedir? Alman düzenleyici kurumun (*Bundesnetzagentur*) sektöre özel sorumluluğu ve Federal Alman Kartel Ajansının (*Bundeskartellamt*) sorumluluğu nedir? Almanya'da erişim ücretleri tüketicilerin enerji için ödedikleri toplam miktarın üçte birinden fazlasını oluşturmaktadır. Bu durum *ex-ante* kontrol yapılmasını gerektirmektedir çünkü dağıtım sistemlerinin sahibi bir doğal tekel sahibidir. Üretim ve ticaret maliyetleri gibi diğer maliyetler kartel kurumları tarafından *ex-post* olarak kontrol edilmektedir. İkinci maddede belirtildiği üzere, 111. Madde gereğince, düzenleyici kurumlar tarafından onaylanan sistem erişim ücretleri kartel kurumları tarafından denetlenememektedir.

Rekabetin Kısıtlanmasını Engellemeye Yönelik Alman Yasasının 19. ve 29. Bölümleri gereğince, enerji ücretleri izlenirken, özel uygulama sürecinde kartel kurumları ve tüketiciler yalnızca 21. ve 21(8). Bölüm gereğince düzenleyici kurumlar tarafından onaylanan erişim ücretlerini kabul etmektedir. Buna karşın, kartel kurumları dağıtım sistemlerine erişim ücretlerini izleyebilir. Bu durum Avrupa Rekabet Hukukuna uygundur. Ulusal hukuk, kartel kurumunun AB tarafından sağlanan bu yetkisini göz ardı edemez. Enerji dağıtım sistemi kullanıcıları, enerji dağıtım sağlayıcılarına sistem işletmecisi tarafından verilen yanlış bilgiler nedeniyle enerji fiyatlarının bir parçası olan sistem erişim ücretlerinin çok yüksek olduğu ve AB Antlaşmasının 102. Maddesine göre bunun kötüye kullanım olduğu konusunda şikâyetle bulunabilmektedir.

Elektronik iletişim alanındaki durum enerji hukukundaki durumdan kuramsal olarak farklıdır. Fiyatların *ex-ante* olarak düzenleyici kurumlar tarafından onaylanması gerekse de, rekabet hukuku da geçerliliğini korumaktadır. İletişim Yasasının 2. Paragrafında belirtildiği üzere, "Yasada kesin bir ayarlama yapılmadığı takdirde, Rekabet Yasasının hükümleri geçerli sayılır. Kartel kurumlarının görevleri ve sorumlulukları değişmez."

Avrupa Adalet Divanı, bazı kararlarında telekomünikasyon düzenleme kurumları tarafından belirlenen fiyatların rekabet hukukunun kontrollerinden muaf olmadığını belirtmiştir. Avrupa Adalet Divanının Aralık ayı 2010 yılında aldığı karar bunu destekler niteliktedir. Telekomünikasyon kurumlarının yüksek fiyatlar için kısmen sorumlu sayılması, AB Antlaşmasının 102. Maddesinin ihlali ile para cezalarının düşürülmesini kabul edilebilir hale gitmektedir. Kararda cezalar yüzde 10 oranında düşürülmüştür.

En yüksek Alman mahkemesi bir düzenleyici kurumun bir sabit şebekeden bir mobil şebekeye yapılan uzun mesafe aramaların aktarılması için alınan ücreti iki mobil şebeke arasındaki aramalar için alınan ücretten çok daha yüksek belirlemek zorunda kaldığı bir davada karar vermiştir. Bir kullanıcı, sabit

aramaları diğer mobil şebekeye aktarmadan önce mobil aramalara dönüştüren yeni bir teknik evrensel sistem kullanarak bu uygulamaya tepki göstermiştir. Mobil şebeke alanında tekel olan mobil şebeke işletmecisi, aramaları şebekeye daha düşük bir fiyattan aktarmaya itiraz etmiştir. Bunun sonucunda, Alman Adalet Divanı ilgili düzenleyici hukuk hükümlerinin yanı sıra 102. Madde ve Rekabetin Kısıtlanmasını Engellemeye Yönelik Alman Yasasının 19. Bölümünün geçerli olduğu kararına varmıştır. Bunun yanı sıra, Alman Adalet Divanı, piyasa gücünün kötüye kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesinde düzenleyici kurumun mobil şebekeye erişim için kabul edilebilir bir sabit şebeke erişim ücreti belirlemiş olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu temelde, yeni bir küresel sistem ile mobil iletişime erişimin kabul edilmemesi, piyasa gücünün kötüye kullanımı olarak görülemez. Böylece Alman Adalet Divanı fiyatları kendisi incelememiştir.

Başka bir davada, Federal Adalet Divanı rekabet hukukunun yalnızca girişimcilik ile ilgili kararları kartel kurumlarının düzenlemesine tabi tuttuğu kararını almıştır. Bu nedenle, AB Antlaşmasının 102. Maddesi devlet tarafından alınan idari kararlar için geçerli değildir. Devlet tarafından alınan kararın teşebbüs tarafından verilen yanlış bilgiler üzerine temellenmesi durumunda, bu şekilde yanlış bilgi sağlanması uygunsuz davranış olarak kabul edilmektedir. Bu durum, 102. Maddenin ihlalidir ve Alman Yasası bunun için tazminat yükümlülüğü getirmektedir.

Bu örnekler rekabet hukukunun tüketicileri ve rakipleri uygunsuz sistem erişim ücretlerine karşı kapsamlı bir şekilde korumadığını göstermektedir. Burada amaç uygulamada olası çift düzenlemekten kaçınmaktır. Rekabet hukuku ve rekabet kurumları yalnızca arka sırada gözetleyici kurum rolünü üstlenmektedir. Bunlar, düzenleyici kurumlar etkin bir şekilde çalışmadığı ve bu kurumların çalışmalarının işlevlerini yerine getirmeye yetmediği durumlarda devreye girmektedir.

Konuşmamı burada tamamlamak istiyorum. Böylece bu temel bileşenleri tartışabiliriz ve daha sonra sizlere kartel kurumunun soruşturmasına konu olan işletmenin fiyatı ile karşılaştırılabilir fiyat ile ilgili yöntemler hakkında bilgi verebilirim çünkü soruşturma sürecindeki işletmenin fiyatı ile yapısal olarak karşılaştırılabilir fiyatın belirlenmesinde çok fazla sorun yaşanmaktadır.

COORDINATION BETWEEN COMPETITION AUTHORITIES AND SECTOR REGULATORS IN THE LIBERALIZATION OF ENERGY SECTOR

Prof. Dr. Franz Jürgen SACKER

Berlin Freie University and Head of the Institute for German and European
Economy, Regulation and Competition Law

•••

Dear President, Dear Chairman, dear participants of this lecture; many thanks for the invitation to your office. I am very happy to be here. It is a big honor and pleasure for me to give you a lecture about some principles of regulatory law and of competition law.

The system of free competition aims to achieve the best possible supply of goods and services to consumers. Historically we know that the state-sponsored institutional protection of competition has proved to be necessary because the participants of a free market system turn the image of the market economy upside down and the effort is called unmistakable success. Many years after the competition laws came into force, it was noted that wherever there is an opportunity given to restrict competition and to implement economic position of power, sin turns out to be sweet and virtue bitter. Competition regulatory law tries to correct the faults inherent in the construction of the market economy by preventing and removing any limitations or distortions of competition.

Energy law and telecommunications law have the same goal as the competition law. They wish to protect and promote competition. The ultimate goal is to ensure that freedom of contract exists in markets for goods and services that are typically affected by domination and exploitation. For this reason, both consumers and competitors can claim for damages and injunctive relief from network operators who act improperly in forms of exploitation, obstruction and distortion and discrimination. And agreements containing improperly excessive charges is as invalid as any other agreement containing immorally excessive charges. Regulatory or antitrust authorities are not involved in civil actions.

Telecommunication and energy law aims at efficiency, establishing competitively oriented and safe energy and telecommunication markets in the

interest of consumers. It is a regulatory task to implement laws securing non-discrimination, effective competition and efficient markets. Network operators have to maintain the secure, reliable and efficient network in the sector. Real competition -in efficient and secure networks- only exists if the network operator cannot achieve an advantage over other energy or telecommunication service providers without an own network, by drawing on monopoly-based profits from the network operations. True competition does not exist, for example, if monopoly-based network operation profits can be used to finance the service providers predatory pricing strategy.

Opening of networks in a legal sense was necessary because the supply to consumer is only possible via the natural of monopoly of local service networks. Every service provider must receive access to the networks. A natural monopoly exists when a single company -for reasons of economies of scale or economies of scope respectively- can satisfy the demands for service at a lower price than multiple companies could. Public electricity, gas, water, sewage, and electronic networks as well as a railway system constitute national monopolies since duplication of network infrastructure would cause economically unjustified costs. The owner of a natural monopoly in form of a network cannot be duplicated and therefore bears greater obligations and social accountability than the owner of a network in competition with other networks.

The network infrastructure regulation aims to efficiently establish competitively orientated markets in the interest of consumers. This is the principle. System operators have to maintain a secure and efficient network in their sector as a condition for workable competition of the goods which are depended upon. Real competition only exists if the network owner cannot achieve an advantage over other energy service providers without a network.

Network operation profits can be used to finance a predatory pricing strategy against other non-vertically integrated energy undertakings if regulatory law doesn't inhibit it. Every service provider must therefore receive access to the networks through the same nondiscriminatory conditions.

Energy laws must ensure that the state meets its responsibilities for the public benefit of the services of general economic interest. At the same time, the energy laws must create a sufficient incentive for private companies to fulfill public duties and to relieve the state of the burden.

Therefore the regulation of the network industries has to ensure the competitive orientation of private individuals fulfilling public duties on the one hand; on the other hand it has to ensure the public benefit of services. This bipolar function of guaranteeing efficient as well as reliable and secure networks

infrastructure in Europe is expressed by the term “regulatory law” or as some people say “post-privatization law”. The governmental task of regulating the network infrastructure is not a transitory, short-term task accompanying the processes of transformation in private company. It is a long-term task of the state to be a guarantor of efficient infrastructure. In the light of this fact, regulatory law and competition law appear as twin sisters pursuing the same goal to achieve a fair, autonomous balance of interests protected against misuse of network operators. Whereas regulatory law applies an abuse-preventing, prophylactic ex ante regulation method, competition law employs an expost abuse-repressive approach. Regulatory law is not a specialized type of competition law on the way to competitive design for the use of infrastructural networks. It is the judicial complementation of the network economy the principles of which are defined by the logic of the network principles, not by the logic of the goods that are transported by the network.

The state is withdrawing more and more from the responsibility of true, real implementation, *Erfüllungsverantwortung* as we say in German, which is characterized by a complex system of governmental policies for services on behalf of general good. This is due to reasons pertaining to the importance of efficiency which can only be expected of private individuals. The state is increasingly only accepting the responsibility of supervision and support which becomes relevant if an issue that is detrimental to the general good becomes threatening in the precise implementation of this concept. So modern state becomes an enabling and guarantor state. This concept obviously expresses the state’s transition to a new role and a code for a change in the state’s role which involves a changed architecture of statehood. National telecommunication and energy laws based on the respective European directives are an expression of the state’s reduced law. Although the state reduces its responsibility to fulfill public service demands itself, it continues to guarantee that all citizens receive essential public services.

The energy laws must make sure that the state meets its responsibilities. The same principle is true for the regulatory law to ensure price competition for analogous prices, if the access fees of the operators of energy supply systems may too be determined by incentive regulations. This is a second method that sets incentives for the efficient provision of services.

You will see on the chart three, the condition and fees for the access to the systems of operators. Point two, the fees shall be based upon the costs of operations management that must comport with an efficient, structurally comparable system operator. This is the principle here: efficient and structurally comparable operating system.

Incentive regulation involves guidelines as to upper limits that are usually set before the amount of system access fees or total revenues from system access fees for a regulation period, taking into account efficiency standards.

The efficiency standards must be formulated and distributed across a regulation period in such a way that the system operator concerned or the group of system operators concerned can achieve or exceed the guidelines using its on the possible and reasonable measures. It is an instrument to strengthen the efficiency of the companies which are responsible for the goods.

There is a legal requirement, monitored ex ante or ex post from a legal point of view, the standards for ex ante or ex post control of prices cannot be different because in competition oriented control it is always about ascertainment and implementation of standards of competitively analogous prices. However, from a practical, economic point of view, general ex ante control is more significant and more effective than ex post, softer control of competition office in individual cases. So regulatory authorities have the task of guaranteeing nondiscrimination, true competition, and efficient functioning of markets. There is a simultaneous assurance of an effective and reliable operation of the infrastructure networks created for the long-term. If this is not the case, as during bottleneck situations, an ex ante control of prices is appropriate.

The object protected by competition law is tangible competition existing in reality and not active promotion of more competition and responsibility for more efficiency and more competition in the market.

The scope of the regulatory authorities task is more. They permanently have to secure that owners of natural monopolies fulfill their obligations to open their networks without any discrimination and to invest in new and smart networks if it is necessary for promotion of competition, the single European markets and for climate change.

What is needed for the competitive regulation of networked industries? That is a workable concept of the cost of efficient service provision. A purely cost-oriented control of these without reference to competition and without a benchmark approach is incompatible with this concept. An orientation towards a respective status quo would ensure neither effective competition nor efficient functioning of the markets in terms of the EU guidelines. Eliminating the reference to competition in connection with the supervision of abuse and following the cost standards customary in the industry regardless of whether or not there are no efficiency in the base costs would be a violation of the EU Directives to establish true and real competition. Therefore, a substantiation of the concept cannot be attained by a comparison with impartial, market-structure-blind standards.

Therefore, the regulation of networked industries has to ensure the competitive orientation of private individuals fulfilling public duties on the one hand; on the other hand it has to ensure the public benefit of services.

The standards set in the Energy Law correspond to Article 102 of the Treaty of European Community. The common objective is the prevention of abusive practices, exploitation and discrimination. This concept is operational with the help of the comparable market standard as well as feasible with the help of a cost-based efficiency controlling approach. The purpose of the competitive control of fees is to establish prices that are based upon efficient and good costs for secure networks. Costs must correspond to those of an efficient and structurally comparable operator.

In Germany they say that the ex ante controlled price is harder and lower than an ex-post controlled price. The Cartel Office says these are the same methods. I think that the theory that the method of controlling the price in an ex-post proceeding, that these proceedings are softer than an ex-post proceeding is not correct in theoretical words, because Article 102 has the same basis for two proceedings. The misuse of dominant position is the basis for an ex-post and ex-ante control. Therefore the method of comparison of markets and the efficiency controlling approach are two methods in application of Article 102. In the ex-post control of the competition law and in the ex-ante control of the regulatory law we find the same criteria. Therefore price which is valid for the enterprises must be the same. The competition law should not be held responsible for a soft price. In this conceptual design the competitive price is not a "fair price" in the French service public doctrine, but rather a price that is to be determined with the help of an existing comparable market in the EU, which can be acted upon by efficient competitors.

The responsibilities of the competition agencies and the sector-specific regulation authorities are not only problematic in Europe, especially in Germany, but also in the USA. We have learned a lot from the USA in this respect. In the following, I will therefore first describe the legal situation in the USA.

The Federal Power Act explicitly allows application of US antitrust law by Energy and Telecommunication Utilities. The American Telecommunications Act declares that "Nothing in this Act shall be construed to modify, impair or supersede the applicability of any of the antitrust laws." So the doctrine of "Implied Immunity," which was developed by US Courts and under which, in exceptional cases, a sector-specific regulation replaces the application of the antitrust law, cannot therefore be carried over to the electronic communications

sector. Only a direct, binding and clearly articulated regulation decision, made by a political authority ousts the antitrust law.

However, the antitrust court proceedings have to be suspended until the regulatory authority has the agency closest to the matter and equipped with specialized expert knowledge complete its proceedings: the so-called "Primary Jurisdiction Doctrine". For the corporations, however, favorable findings during the regulatory authority's administrative proceedings do not have any binding effect for the antitrust authority's proceedings. Because the actual legal findings used as the basis by the regulatory authorities do not play a role in the binding effect of the decision. The additional "Collateral Estoppel Doctrine" which attributes the decisions of a court of competent jurisdiction with material legal effect is therefore not applicable in this case. When the "US State Action Doctrine" is not applicable, the appeal to a decision made by a regulatory authority is not a reason for justifying anticompetitive behavior. But in its judgment "Verizon Communication and Pacific-Bell Telephone," the Supreme Court set the requisites for the matters of fact in relation to monopolization in Section 2 of the Sherman Act and also in the area of regulated monopolies at a very high level. And it did not consider out of hand a refusal to deal for the safety of a monopole as sufficient reason for access to essential facilities of the network operator.

What is the situation in Germany? The sector-specific responsibility of the German regulatory authority *Bundesnetzagentur* and the responsibility of the Federal German cartel agency, *Bundeskartellamt*? Access fees make up one third and more of the total amount the consumers pay in Germany for energy. This requires ex-ante monitoring because the owner of the distribution systems has a natural monopoly. The other costs, production and trading costs that determine the amount, are monitored ex-post by the cartel authorities. The cartel authorities cannot audit system access fees approved by the regulatory authorities – Article 111, if you read the point 2.

When monitoring energy prices under Section 19 and 29 of the German Act against Restriction of Competition, cartel authorities and consumers in private enforcement proceedings must accept must accept the access fees only approved under Section 21 and 21(8) of the Energy Act by the regulatory authorities. The cartel authorities can, however, monitor distribution system access fees in conformity with European competition law. National law cannot eliminate this EU-based competence of the cartel agency. Users of energy distribution systems can therefore address energy suppliers with the objection that system access fees as a component of the all-inclusive energy price are too high,

for example because of wrong information given by the system operator and therefore abusive under Article 102 of the EU Treaty.

This situation in the area of electronic communication is theoretically different from the situation in energy law. Also prices must be approved ex-ante by regulatory authorities. The competition law remains applicable. You'll see it in paragraph 2 of Communications Act, "Unless this Act expressly makes definite arrangements, the provisions of the Competition Act remain applicable. The duties and responsibilities of the cartel authorities remain unaffected."

In numerous rulings the European Court of Justice has established that prices determined by telecommunication regulation authorities are not exempt from control under competition law per se. The Court confirms its position in a ruling of December 2010. The telecommunication authorities' partial responsibility for prices set too high, however, justify reducing fines, in part by a bridge of Article 102 of the EC Treaty. In the ruling the fines were lowered by 10 per cent.

The highest German court had to rule in a case in which the regulatory authority had set a significantly higher price for transfers of long distance calls from a fixed to a mobile network and for the connection of two mobile networks. The user reacted by converting landline calls to mobile calls using a new technical global system for mobile communications before transferring the calls to another mobile network. The operator of the mobile network, who has a monopoly in relation to this mobile network refused to add protocols into the network at a lower price. So German Court of Justice ruled that Article 102 and Section 19 of the German Act against Restraints on Competition are generally applicable alongside the relevant regulatory law provisions. The Court also ruled, however, that in this specific case, the assessment of whether market power had been abused must take into account the fact that the regulation authority had already granted a fixed network access to the mobile network. Any justifiable conditions denying further access, as a new global system for mobile communications, could therefore not be constructed as an abuse of market power. So the Court did not view the prices themselves.

In a different case, The Federal Court of Justice ruled that competition law only subjects entrepreneurial decisions to regulation by the cartel authorities "The State Action Doctrine". Article 102 of the European Treaty can therefore not be applied to administrative decisions made by the state. If the decision made by the state is based on false information given by the undertaking, the supply of false information must be deemed a tortuous act. It's a breach of Article 102 and the German Tort law establishes damages liability.

These examples show that competition law does not comprehensively protect competitors and consumers against improper system access fees. The intention is to avoid possible double regulation in practice the competition law and the competition authorities only play the role of watchdog on the backseat. They have to work when the regulation authorities don't work efficiently or when they don't work enough to fulfill their functions.

I think I should, first of all, end my lecture. Because we can discuss about this principle components and then I can give you some information about the methods for the comparable price of the same structure as enterprise which is the object of the investigation of the cartel authority. Because we have a lot of detailed problems to define the price which is structurally comparable with the price of the enterprise in the investigation proceedings.