



REKABET DERNEĞİ

REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Aralık 2015

Sayı: 98

Aylık elektronik dergi

Sahibi: Rekabet
Derneği adına
Dr. Ahmet Fatih Özkan

Editör:

Yrd. Doç. Dr. Şirin Güven
GSM:+90 545 902 80 58

e-posta:

sguven@cankaya.edu.tr

Yazı Kurulu:

Erdal Türkkkan, Uğur Emek,
İbrahim Gül, Gönem
Gürkaynak, Nejdet
Karacehennem, Nurkut
İnan, Ercan Kumcu,
Gamze Öz, Hamdi Pınar,
Kubilay Atasayar, Müfit
Sonbay, Nahit Töre, Uğur
Özgöker, Yavuz Ege,
Yılmaz Aslan

Genel Merkez:

Tuna Caddesi No: 27/2
Kızılay, Çankaya ANKARA

GSM:+90.534 202 6574

Tel:+ 90.312 435 6813

Faks:+90 312 4356816

e-posta:

rekabetgenel@gmail.com

İstanbul Şubesi:

Başkan: Av. Dr. Kemal
Erol

Adres: Süleyman Seba
Caddesi, Spor Apt. No:
62/4 Akaretler/Valideçeşme
Beşiktaş İSTANBUL
Tel:+90 212 236 53 00

WEB:

www.rekabetdernegi.org

İLK YAZI

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN

DEVLETİN MÜLKİYET ÖZGÜRLÜĞÜ

İHLÂLLERİNİN REKABET SÜRECİNE

ETKİLERİ.....s.2

MAKALELER

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANIMI...s.6

Dr. Burçak TATLI

AVRUPA ENERJİ SEKTÖRÜNDE

ULUSLARARASI İLETİM HATLARININ

İMTİYAZLI OLARAK KULLANILMASI

PROBLEMİ.....s.13

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür.

Derneğin amacı Türkiye'de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Derneğin üyeleri arasında Rekabet Kurumu ve diğer bağımsız idari otoritelerin eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon ile ilgilenen öğretim üyeleri, bağımsız araştırmacılar, avukatlar, hukukçular, iktisatçılar, bankacılar ve sanayiciler bulunmaktadır.

Derneğin Yönetim Kurulu; **Dr. Ahmet Fatih Özkan (Başkan), Prof. Dr. Erdal Türkkkan (İl.Başkan), Av. Dr. İbrahim Gül, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yrd. Doç. Dr. Gamze Öz, Yrd. Doç. Dr. Şirin Güven, Doç. Dr. Uğur Emek, Sadık Burak Gelir ve Onur Arı'dan oluşmaktadır.**

Derneğin İstanbul Şubesi **Av. Dr. Kemal Erol** başkanlığında faaliyet göstermektedir. Dernek Rekabet Forumu'nu aylık olarak elektronik ortamda yayınlamakta ve düzenli bilimsel toplantılar düzenlemektedir.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği'ni bağlayıcı değildir.

DEVLETİN MÜLKİYET ÖZGÜRLÜĞÜ İHLÂLLERİNİN REKABET SÜRECİNE ETKİLERİ

Prof. Dr. Erdal Türkkan (erdalturkkan@hotmail.com)

Türkiye’de mülkiyet özgürlüğünün iyi korunmadığı ve ihlâl edildiği, uluslar arası endekslere yansımış bir olgudur. Bu durum, taşınmaz mülkler yanında sınaî ve fikri mülkiyet için de söz konusudur. Türkiye’de 2014-2015 yıllarında mülkiyet hakkının ağır biçimde ihlâli sayılabilecek bazı gelişmeler olmuştur. Bu durumun rekabet süreçlerini kalıcı bir biçimde olumsuz olarak etkilemesi olasılığı büyüktür. Bu yazıda özel mülkiyet hakkının rekabet süreçlerindeki rolü, rekabetin özel mülkiyete etkisi, devletin özel mülkiyeti koruma yükümlülüğü, bu hakkın sınırlandırılma ve ihlâl edilme yolları, Rekabet Kurumu’nun bu alandaki sorumluluğu ve bu ihlâlleri önleme imkânları üzerinde ana başlıklarıyla durulacaktır.

Özel mülkiyet, rekabet sürecinin işleyebilmesinin olmazsa olmaz bir koşuludur. İlk olarak özel mülkiyet, rekabet etme ve kazanma motivasyonunun temel kaynağıdır. Yani özel mülkiyetin, çalışma, kazanma ve daha iyiye yönlendirme motivasyonu yaratma gibi, önemli bir işlevi vardır. İkinci olarak özel mülkiyet, girişimcilerin risk alma süreçlerinde ellerini taşın altına koyarak sorumlu ve dikkatli bir biçimde hareket etmelerini sağlama gibi bir işlevi yerine getirir. Üçüncü olarak özel mülkiyet, diğer ekonomik özgürlüklere işlevsellik kazandırır. Mülkiyet hakkının olmadığı veya sınırlandırıldığı bir ülkede girişim özgürlüğü, akit özgürlüğü, vs. de sınırlandırılmış demektir. Bütün bu nedenlerle, mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı bir ülkede rekabet süreçlerinin de etkin bir biçimde işleyemeyeceği açıktır. Bu bağlamda mülkiyet özgürlüğü ihlâli, açık ve ağır bir rekabet ihlâli olarak değerlendirilebilir.

Rekabet ortamında özel mülkiyet ile rekabetin olmadığı bir ortamda özel mülkiyet arasında büyük farklar vardır. İlk olarak rekabet, özel mülkiyete hak edilmişliğe dayalı bir meşruiyet kazandırır. Adil rekabet kurallarına uyularak elde edilen kazanç, mülkiyetin toplum yararına kullanılması sonucunda elde edildiği için hak edilmiş bir kazançtır. İkinci olarak rekabet sürecinde özel mülkiyet, ülke kaynaklarının onu en iyi değerlendirecek olanların eline geçmesini sağlayarak toplumsal etkinliği artırıcı bir işlev görür. Yani rekabet sürecinde özel mülkiyet el değiştirebilmektedir. Rekabet ortamında mülkiyete konu olan servetin daha hızlı bir biçimde artması söz konusudur. Rekabet süreçleri mülkiyeti atıl tutma yerine değerlendirme etkisi yapar. Atıl tutulan

mülkiyetin zamanla azalması veya el değiştirmesi kaçınılmazdır. Bu çerçevede rekabetin korunması, mülkiyet hakkının korunmasının olmazsa olmaz bir koşuludur.

Özel mülkiyetin korunması, devletin en temel işlevleri arasında yer alır. Devletin oluşmasında bireylerin can güvenliğinin korunması yanında mal güvenliğinin korunması da önemli bir faktördür. Özel mülkiyeti gerektiği gibi koruyamayan ve özellikle de hâkim gücünü kullanarak bizzat kendisi özel mülkiyeti tehdit eden bir devletin varlık nedeni sorgulanır hale gelir.

Şüphesiz tüm hak ve özgürlükler gibi mülkiyet hakkına da bazı sınırlamalar getirilmesi söz konusudur. Kendi mülkiyet hakkını kullanarak başkalarına zarar verme veya başkalarının bu haktan veya ilişkili başka haklardan yararlanmasını engelleme en önemli sınırlama nedenidir. Bu açıdan sorunlu olan husus, mülkiyet hakkına, “kamu yararı” gerekçesiyle el konulması veya sınırlama getirilmesidir. Burada sakıncalı olan husus, kamu yararının bireysel yararların toplamından bağımsız olarak, salt “devletin yararı” olarak tanımlanmasıdır. Örneğin bir yol yapılması için özel mülkiyetin sınırlandırılması toplumsal yararlarla bağdaştırılabilir. Ancak devleti veya rejimi korumak gibi gerekçelerle özel mülkiyetin kısıtlanması sorunlu bir yaklaşımdır.

Mülkiyet hakkının ihlâli çeşitli şekillerde yapılabilir. Şüphesiz bunlardan en ağır olanı devletin özel mülkiyete karşılıksız el koyması, yani müsadere. Devletin ederinden küçük bir karşılıkla kamulaştırma yapması da ağır ihlaller kapsamındadır. Devletin kamulaştırma bedellerini zamanında ödememesi şüphesiz önemli bir ihlâldir. Devletin mülk sahiplerini haberdar etmeden kamulaştırma yapması da vahim bir ihlâl niteliğindedir. Çünkü bu durumda itiraz hakkı kullanılmadığı gibi, tespit edilen değerin alınması bile riske girmektedir. Çünkü kamulaştırma bedeli tahsil edilmediği takdirde belli bir süre sonunda hazineye gelir kaydedilmektedir.

Mülkiyet hakkının kayyumlar aracılığıyla ihlâl edilmesi de mümkündür. Zayıf hukukî gerekçelerle (makul şüphe gibi) kayyım tayini, kayyımların tarafsız ve ehil olmaması, kayyımların icraatının şirketin fizikî ve beşerî kaynaklarına zarar vermesi, kayyımların şirketleri üçüncü kişilerin menfaatlerini ön plana çıkararak yönetmesi de mülkiyet hakkının önemli bir ihlâli niteliğindedir. Bu alanda 2014-2015 yıllarında çeşitli tartışmalı uygulamalar olmuştur.

Devletin özel girişimcilere çeşitli yasaklar getirerek, zorluklar ve engeller çıkararak belli alanlarda elde edilen mülkiyetin değerlendirilmesini engellemesi de söz konusu olabilmektedir. Türkiye’de dershanelerin özel bir yasa ile yasaklanmaya çalışılması veya idari baskılarla kapatılmaya zorlanması mülkiyete el koyma kadar vahim sonuçlar doğurabilen bir ihlâldir. Aynı şekilde, çok sayıda TV ve radyo kanallarının platformlardan ve uydudan çıkarılması da önemli bir mülkiyet hakkı ihlâlidir.

Kamu mülkiyeti de mülkiyet hakkını sınırlandırıcı etki yapar. Kamu mülkiyeti bazı hallerde özel sektöre tanınmayan bir kullanım hakkı ve ayrıcalığına dayalı olabilir (Yasal kamu tekelleri). Özel mülkiyeti sınırlandıran diğer bir neden, kamunun rasyonel hareket etmemesidir. Örneğin, kamu şirketlerinin ürettikleri malları maliyetinin altında satması, özel sektörün mülkiyet hakkını verimli bir şekilde kullanmasına engeldir.

Özellikle toprak mülkiyetinde mülkiyetin aşırı bölünmesi ve ortak mülkiyet müessesesi de mülkiyet hakkının ciddi boyutta sınırlandırılmasına neden olabilir. 2014'te toprakların daha fazla bölünmesini engelleyici düzenlemeler yapılması (5403 sayılı kanunda değişiklik) yetersiz kalsa bile önemlidir.

Prensip olarak mülkiyet hakkı ihlalleri diğer özel kişilerden gelir. Devlet ise bu hakkın koruyucusudur. Ancak Türkiye'de ve bazı gelişmekte olan ülkelerde mülkiyet hakkı ihlallerinin büyük bir bölümü devlet tarafından yapılmaktadır. Bireylerin başka kişilerden kaynaklanan ihlalleri kendi imkânlarıyla önlemesi mümkün olabilir (özel güvenlik). Ancak bireylerin devletten kaynaklanan ihlalleri doğrudan önlemeleri mümkün değildir.

Türkiye'de, diğer ülkelerde olduğu gibi mülkiyet hakkı yasalarla korunmuş ve garanti altına alınmıştır. Ancak aynı yasalar bu alanda pek çok sınırlama getirmekte ve gri alan yaratmaktadır. Bundan da önemlisi, Türkiye'de özel mülkiyet hakkına saygı çok sınırlıdır. Bu nedenle yargıçlar kamu yararını çok geniş yorumlayabilmekte, bir savcı ve bir hâkim kararıyla yargılama yapılmadan makul şüphe üzerine milyar dolarlık özel mülke taraflı kayyım atanıp fiilen el konulabilmektedir.

Türkiye'de özel mülkiyete sınırlama ve saygısızlık, Osmanlı geleneğidir. Osmanlı'nın sık sık yaptığı müsadereler bir kapitalist sınıfın oluşmasını engellemiş, gayri Müslimlerin yabancı ülke himayesine girerek üstünlük kazanmasına neden olmuştur. Cumhuriyet döneminde de varlık vergisi ve vakıf mallarına yönelik kitlesel kamulaştırma gibi mülkiyet hakkına darbe denilebilecek uygulamalar yapılmış, 1950'lerde gayrimüslimlerin malları yağma edilmiştir. 2015 yılında yapılan kayyım ataması yoluyla mülke fiilen el koyma uygulamaları, yapılan çeşitli baskınlar vs. mülkiyet hakkının önemsenmemesi eğiliminin devam ettiğini göstermektedir.

Mülkiyet özgürlüğünün yeterince korunmaması, özellikle de devletin bu özgürlüğü ihlâl etmesinin on yıllar süren etkileri vardır. Yabancı sermaye de mülkiyet özgürlüğünün korunması konusunda çok duyarlıdır. Fikrî ve sınaî mülkiyetin etkin korunmaması da bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi frenleyen etkiler yaratmaktadır. Türkiye'de gerek yargıda, gerekse yürütme ve yasamada karar alıcıların mülkiyet hakkının korunmasının ve geliştirilmesinin bir ülkenin iktisadi ve sosyal gelişmesi açısından hayatî önem taşıdığı konusunda tam bir görüş birliğine ulaşamadığı anlaşılmaktadır.

Türkiye’de mülkiyet hakkının kısıtlanması konusunda endişe verici bir kolaylık vardır. El koyma ve kısıtlama kararları bazen bir sulh ceza hâkimi ve savcı, bazen de tek bir savcının makul şüpheye dayalı kararı ve yazısıyla mümkün olabilmektedir. Bürokrasinin alt kademelerinin bile keyfi kararlarla mülkiyet hakkına geçici de olsa sınırlamalar getirmesi söz konusu olabilmektedir. Mülkiyet hakkının beklenen işlevleri yapabilmesi için bu hakkın etkin şekilde korunması, devlet dâhil, mülkiyet hakkının elden alınamayacağına inanılması, yani bu hakkın güvence altında olması gerekir.

Özel mülkiyet hakkının olmadığı veya kolayca kısıtlandığı veya etkin korunmasının sağlanamadığı ülkelerde, adil rekabet sürecinin etkin işleyebilmesi ve iktisadî gelişmenin sürdürülebilir bir temelde geliştirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bu konuda Rekabet Kurumu’nun sorumluluğunun tartışılması yararlı olacaktır.

Mülkiyet hakkının kısıtlanmasının veya etkin korunmasının sağlanmasında Rekabet Kurumu’nun doğrudan bir sorumluluğu yoktur. Ancak özel sektör ve kamudan kaynaklanan rekabet ihlallerinin engellenmesi, mülkiyet özgürlüğünü geliştirici ve güven sağlayıcı sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, TV kanallarının platformlardan ve uydudan çıkarılmasının engellenmesi, mülkiyet hakkının korunması bağlamında değerlendirilebilecek bir husustur. Rekabet Kurumu’nun bu konuda sessiz kalması rekabeti koruma işlevinde stratejik bir hata anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, mülkiyet özgürlüğünün doğrudan veya dolaylı olarak sınırlandırılmasına yol açan veya bu sınırlandırmayı kolaylaştıran tüm kamu düzenlemeleri konusunda da Rekabet Kurumu’nun en azından uyarma görevini yerine getirmesi gerekmektedir.

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANIMI

Prof. Dr. Erdal Türkkkan (erdalturkkan@hotmail.com)

Hâkim durum (*dominant position*) kavramı, bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün rakiplerinden veya tüketicilerin tepkilerinden önemli ölçüde etkilenmeden yapısal ve konjonktürel değişkenleri (rekabetin koşullarını ve sonuçlarını) istediği doğrultuda etkileyebilmesini ifade eder.^{1 2 3} Bu kavram önemli bir pazar gücüne sahip olmaktan öte, rekabet koşullarını belirlemeyi de kapsayan bir anlam taşımaktadır. Hâkim durumun kötüye kullanımı (*abuse of dominant position*) ise teşebbüslerin sahip oldukları hâkim gücü, rekabeti azaltacak veya tüketicileri istismar edecek şekilde kullanmasını ifade eder. Hâkim durumun kötüye kullanımı kavramı, bazı ülkelerde pazar gücünün kötüye kullanımı (*misuse of market power*) veya tekelleşme teşebbüsü (*attempt to monopolize*) gibi kavramlarla da ifade edilmektedir.

Rekabet hukukunda hâkim durumda olmak veya bu yönde çaba sarf etmek, bir rekabet ihlâli değildir. Ancak hâkim durumun kötüye kullanımı bir ihlâl niteliğindedir. Ayrıca bazı ihlâller de ancak hâkim durumda olan teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde bir yasaklamaya veya cezaya konu olmaktadır. Bu çerçevede karşımıza çıkan sorular, hâkim durumun nasıl tespit edileceği, kötüye kullanımın ne gibi istenmeyen etkiler yaratabileceği, hâkim durumun hangi koşullarda ortaya çıkabileceği, hâkim durumun hangi şekillerde ve hallerde kötüye kullanılmış sayılacağı ve sayılmayacağı ve rekabet otoritelerinin hâkim durum karşısında hangi tedbirlere başvurabileceğidir. Şüphesiz her biri ayrı bir yazının konusu olabilecek olan bu konulara burada ana hatlarıyla değinmek söz konusu olacaktır. Diğer taraftan hâkim durum, tekelleri de içermekle birlikte, tekellerin ayrı bir kategori olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Hâkim durumun tespiti, hâkim durumun kötüye kullanımı analizi açısından önemli bir işlemdir. Hâkim durumun tespiti için öncelikle ilgili pazarın tanımlanması gerekmektedir. İlgili ürün pazarının iki boyutu vardır. Bunlardan birincisi, ilgili mal ve hizmetlerin tespiti, ikincisi de ilgili coğrafî pazarın tespitidir. Bu tespitlerde uygulanacak kıstas ve yöntemler, bir teşebbüsün hâkim durumda sayılmasına veya sayılmamasına neden olabilecektir. Hâkim durumun tespitinde ikinci aşama, ilgili pazar içinde bir hâkim durum

¹ OECD: "Abuse of Dominance and Monopolization", OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)131, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>

² Bkz. Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara 2009.

³ Bkz. M. Ramachandran, Comparative Study: Law on Abuse of Dominant Position (Research Paper), January-May 2006.

olgusunun olup olmadığının belirlenmesidir. Bu açıdan, hangi testlerin hangi eşikler çerçevesinde uygulanacağı da hâkim durum olup olmadığını etkileyen sonuçlar doğurabilecektir. Bu konuda ilgili teşebbüsün veya teşebbüslerin pazar payları, giriş zorlukları en çok başvuru ölçütlerdir. Pazar payları konusundaki eşikler ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, genellikle yüzde 33-70 arasında değişebilmektedir.⁴ Bazı ülkelerde pazar payına birinci derecede ağırlık verilirken, bazılarında fiilî ve potansiyel rekabet düzeyi, teşebbüsün finansal gücü ve pazarlama gücü, diğer teşebbüslerle ilişkileri gibi diğer kriterlere de başvurulmaktadır.

Genellikle her rekabet otoritesi, ilgili pazarın ve hâkim durumun nasıl tespit edileceği ile ilgili bir kılavuz yayınlamıştır. Bu kılavuzlarda hangi testler yapılarak sonuca ulaşılabileceği tanımlanmıştır. Ancak bu kılavuzlar ve önerilen testler, her zaman herkesin üzerinde mutabık kalacağı sonuçlara ulaşılması imkânını veremeyebilmektedir. Bu çerçevede hâkim durumun, ancak kötüye kullanım olduğu zaman var sayılabileceği yönünde yeni yaklaşımlar da söz konusu olmaktadır.^{5 6 7}

Hâkim durumun kötüye kullanımı tek başına olduğu gibi, birlikte hâkimiyet (*collective dominance*) biçiminde, yani başka teşebbüsler ile yapılan anlaşmalar ve birlikte davranışlar yoluyla da söz konusu olabilmektedir. Hem birlikte hâkimiyet durumunun tanımı, hem de birlikte hâkim durumun kötüye kullanımının (*abuse of joint dominant position*) ispatı, tek başına hâkim durumdan daha zor ve tartışmalı bir konudur. Bu çerçevede hâkim durumun kötüye kullanımı, birleşme ve devralma izinlerinin verilmesinde de ortaya çıkan bir sorundur. Burada bir birleşme veya devralmanın hâkim durumu güçlendirmeye ve kötüye kullanmaya zemin hazırlama amacıyla yapılmasının engellenmesi söz konusudur.

Hâkim durumun kötüye kullanımının yaratabileceği istenmeyen sonuçları, esas itibarıyla, doğrudan doğruya toplumsal refah kayıplarına yol açan sonuçlar ve rekabeti azaltan ve bozan sonuçlar çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Toplumsal refah kayıplarına dayalı olarak tanımlanabilen istenmeyen durumlar, esas itibarıyla, iki şekilde ortaya çıkabilmektedir.

⁴ A. Neil Campbell, Jeffrey P. Roode: Cut-Throat Competition or Abuse of Dominant Position? Challenges to the Conduct of Firms in a New Technological Era – National Report for Canada, 39th Annual Congress of the International Association of Young Lawyers, August 2001.

⁵ Bkz. M. Ramachandran, Comparative Study: Law on Abuse of Dominant Position (Research Paper), January-May 2006.

⁶ Bkz. Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels, 3 December 2008.

⁷ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, September 2008.

İlk olarak daha yüksek fiyattan (aşırı fiyat) daha az üretim yapılması sonucunda ortaya çıkan iki istenmeyen durum söz konusudur. Bu istenmeyen durumun birinci şekli, bazı tüketicilerin (genellikle düşük gelirli olanlar) tüketim yapmasının engellenmesi veya daha kısıtlı bir tüketim yapmaya zorlanmasıdır. Ancak hâkim durumdaki teşebbüs, fiyat farklılaştırmasının mümkün olduğu bazı piyasalarda (elektrik, şehir içi taşıma vs.), özellikle düşük gelirli tüketicilerin de tüketim yapmasını sağlayabilir. Aslında yüksek fiyat uygulaması nedeniyle bizi tekelin veya hâkim durumdaki firmanın da bir üretim ve hâsılat kaybına uğraması söz konusudur. Hâkim durumdaki firmanın bu hâsılat kaybına razı olmasının sebebi, kısıtlı ürettiği miktarı çok daha yüksek bir fiyattan satarak kaybını fazlasıyla telafi edebilmesidir. Aşırı fiyat belirlenmesinin yaratabileceği ikinci istenmeyen sonuç, bazı tüketicilerin (özellikle daha yüksek gelirli tüketiciler) rekabetçi koşullarda ödeyeceklerinden daha fazlasını ödemek durumunda olmaları sonucu refah kaybına uğramalarıdır. Burada tüketici artığının üreticiye transferi, yani gelir dağılımında üreticiler lehine bir değişme söz konusudur.

İkinci olarak hâkim durumun rekabeti azaltacak veya ortadan kaldıracak veya etkisiz hale getirecek şekillerde kullanımı söz konusudur. Bu bağlamda teşebbüsler hâkim durumlarını piyasaya girişleri engellemek veya diğer yerleşikleri piyasayı terk etmeye mecbur etmek için kullanabilirler. Bunu yapmak için kısa vadede bazı kayıplara uğramayı göz önüne almaları da söz konusu olabilir. Teşebbüsler, hâkim durumlarını kendilerine bağlı bazı teşebbüsleri daha güçlü kılmak, piyasayı başka teşebbüslere kapatmak, pazar güçlerini veya hâkim güçlerini daha da güçlendirmek ve teknolojik gelişmeleri sınırlandırmak amacıyla da kullanabilir.

Hâkim gücün kötüye kullanımının tanımında iki yaklaşım söz konusudur. Şekle dayalı yaklaşım (*form-based approach*) olarak adlandırılan birinci yaklaşımda, hangi davranış ve eylemlerin kötüye kullanım sayılabileceği sorusuna verilecek cevaplara göre bir uygulama yapılması söz konusudur. Etkiye dayalı yaklaşım (*effect-based approach*) olarak adlandırılan ikinci yaklaşımda ise, kötüye kullanımın tanımında bazı etkilerin ortaya çıkması esastır. Örneğin, fiyatın uzun süre rekabetçi fiyatın üzerinde seyrederek tüketicinin kayba uğramasına neden olması, etkiye dayalı bir kötüye kullanım tanımlamasıdır. Aslında şekle dayalı yaklaşımda da bazı istenmeyen etkilerin esas alınması söz konusu olabilmektedir. Hangi davranış veya eylemin kötüye kullanım sayıldığı konusunda ucu kapalı bir liste sunulması mümkün değildir. Bu listenin kapsamının belirlenmesinde de, şüphesiz, istenmeyen etkiler önemli bir hareket noktası oluşturmaktadır. Bu nedenle, rekabet

yasalarında bu konuda bazı örneklerin tadat edilmesi söz konusudur. Bu konuda en sık rastlanılan kötüye kullanım şekilleri şunlardır.^{8 9 10}

- Satışlarda makul olmayan veya aşırı fiyat (tekelci fiyat) uygulamaları: Bu eylem bazı rekabet yasalarında hâkim durumun kötüye kullanımı örnekleri arasında sayılmasa da hâkim durumun kötüye kullanımının en önemli unsurudur. Bu konudaki tedbirli yaklaşım, genellikle fiyat müdahaleciliğinin yaygın olduğu ülkelerde rekabet yasalarının bir fiyatlara müdahale yasası gibi algılanmasını engelleme amaçlıdır. Aslında nasıl kartellerin cezalandırılmasının asıl nedeni, birlikte hâkimiyet sağlanarak aşırı fiyat (tekelci fiyat) uygulanması ise, tekeller veya hâkim durumdaki firmalar için de aynı durum söz konusudur.

- Girdi satıcılarını aşırı düşük fiyat uygulamaya zorlamak da alıcı konumunda hâkim durumun kötüye kullanımı kapsamındadır.

- Rakiplerin piyasaya girişini engellemeye veya mevcut rakipleri piyasa dışına çıkarmaya yönelik eylemler, yaygın bir kötüye kullanım biçimidir. Bu amaçla en çok başvurulan eylemler, yıkıcı fiyatlandırma (*predatory pricing*), fiyat sıkıştırması (*price squeezing*) ve tesislerin önceden alınması (*pre-emption of facilities*) kavramı ile ifade edilen aşırı kapasite yaratılmasıdır. Anlaşma yapmayı reddetme (*refusal to deal/sell*), sadakat indirimleri de girişleri engelleme ve mevcut rakipleri piyasa dışına çıkarma amacıyla kullanılabilir.

- Piyasada rekabeti bozucu, azaltıcı ve kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirici eylemler de hâkim durumun kötüye kullanımı kapsamında değerlendirilebilir. Bu açıdan en çok başvurulan yöntemlerden birisi, aynı konumdaki hak ve yükümlülükler konusunda farklı şartlar ileri sürülmesi yoluyla yapılan ayrımcılıktır. Bağlı satış (*tied selling*) veya bağlı mal (*product bundling*), münhasırlık anlaşması (*exclusive dealing*), pazar kısıtlaması (*market restriction*) uygulamaları da piyasalarda rekabeti bozucu etkiler yapabilen uygulamalardır. Bağlı satışlarda, satın alınmak istenmeyen bir malın zorla satılması söz konusudur. Bu şekilde bir satış anlaşmasına o anlaşma ile ilgili olmayan başka yükümlülüklerin baskı yaparak konulması söz konusudur.

- Nihayet piyasalarda rekabetin beklenen işlevlerini yerine getirmesinin engellenmesi yönündeki çabalar da hâkim gücün kötüye kullanımı bağlamında değerlendirilebilir. Bu açıdan en fazla üzerinde durulan eylemler, teknolojik gelişmelerin engellenmesi veya uygulanmasının geciktirilmesi

⁸ OECD: "Abuse of Dominance and Monopolization", OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)131, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>

⁹ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels, 3 December 2008.

¹⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, September 2008.

biçiminde olabilmektedir. Bu durum, özellikle patentlerle korunan hâkim durumdan daha uzun bir süre yararlanılması çerçevesinde anlam kazanmaktadır.

Hâkim durumun ortaya çıkması ve kötüye kullanılabilmesi her zaman mümkün değildir. Çok sayıda faktör, hâkim durumun oluşmasını veya kötüye kullanımını engelleyici veya caydırıcı rol oynayabilir. Genellikle yakın ikame mallarının varlığı, hâkim güç oluşumuna veya bu gücün kötüye kullanımına engeldir. Çünkü örneğin, aşırı fiyat uygulamak isteyen bir teşebbüs, müşterilerinin ikame malına yöneleceğini bilerek ve görerek bu tür girişimlerden kaçınacaktır. Aynı şekilde, böyle bir durumda bir teşebbüsün gelecekte kazanç sağlamak amacıyla bazı rakiplerini tasfiye etmesi, onun işini kolaylaştırmış olmayacaktır. Etkin ithalat imkânının varlığı da, teşebbüslerin hâkim gücünü kötüye kullanma eğilimini azaltıcı etki yaratacaktır. Giriş engellerinin çok yüksek olmaması, hâkim güce sahip olan teşebbüsü, pazar stratejisini belirlerken çok dikkatli olmaya ve girişleri tetikleyecek davranışlardan kaçınmaya itecektir. Hızlı teknolojik gelişmelere konu olan piyasalarda, her an teknolojik değişimler sonucunda hâkim gücün kaybedilmesi söz konusudur. Böyle bir durumda hâkim gücün kötüye kullanımı, ancak teknolojik gelişmeleri engelleyebilecek veya yönlendirebilecek bir malî ve teknolojik güce ve yasal desteğe sahip olmak ile mümkün olabilecektir. Aynı şekilde hâkim gücün kötüye kullanılabilmesi için, hâkim gücün kötüye kullanımından zarar görecektir olan tüketicilerin veya teşebbüslerin dengeleyici veya üstün bir karşı güce sahip olmamaları gerekmektedir. Aksi halde, hâkim gücü kötüye kullanma teşebbüsü başarısız olduğu gibi, teşebbüs böyle bir girişim sonucunda kayıplı çıkan taraf olma gibi bir durumla da karşı karşıya olabilecektir. Nihayet rekabet politikalarının etkin uygulanmasının da, hâkim gücün kötüye kullanımını caydırıcı olduğu muhakkaktır. Tüm bu faktörler, hâkim gücün oluşması ve kötüye kullanımı imkânlarının olmadığı veya çok sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir.

Hâkim gücün kötüye kullanımı kapsamında değerlendirilebilecek bazı durumların, patent hakkının korunması bağlamında değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir.^{11 12} Bu durumda hâkim durumun bazı şekillerde kullanımı ile ilgili bir muafiyet alınması yoluna gidilebilecektir. Ancak bu muafiyetin verilebilmesi için yapılan uygulamaların patent hakkının yasal kullanımı sınırları içinde kalması ve bu bağlamda toplumsal refaha katkıda bulunabilecek nitelikte olması gerekmektedir.

¹¹ Bkz. M. Ramachandran, Comparative Study: Law on Abuse of Dominant Position (Research Paper), January-May 2006.

¹² Daha ayrıntılı bilgi için bkz. A. Neil Campbell, Jeffrey P. Roode: Cut-Throat Competition or Abuse of Dominant Position? Challenges to the Conduct of Firms in a New Technological Era – National Report for Canada, 39th Annual Congress of the International Association of Young Lawyers, August 2001.

Hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti başlı başına önemli bir konudur. Hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit için iki yaklaşım söz konusudur. Bunlardan birisi şekle dayalı yaklaşım, diğeri de etkilere dayalı yaklaşımdır.^{13 14} Şekle dayalı yaklaşımda kötüye kullanım olarak kabul edilen bir durumun (bağlı anlaşma, fiyat sıkıştırması, aşırı kapasite vs.) varlığının tespiti kötüye kullanım olduğunun ispatı açısından yararlı olabilmektedir. Etkiye dayalı yaklaşımda ise, varlığı tespit edilen eylemin toplumsal refah ve rekabet üzerindeki istenmeyen (olumsuz) etkilerinin, olumlu etkilerden daha fazla olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Şekle dayalı yaklaşım, “per se” ihlâl anlayışına daha yakındır. Etkilere dayalı yaklaşım ise, haklı sebep (*rule of reason*) kuralına göre bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Rekabet politikası uygulamalarında ABD ve AB’nin^{15 16} öncülük ettiği genel eğilim, hâkim durumun kötüye kullanımının haklı sebep kuralına veya etki analizine göre değerlendirilmesi ve bu açıdan ekonomik analize giderek daha fazla başvurulmasıdır.

Hâkim gücün kötüye kullanımının tespit edilmesi durumunda nasıl hareket edileceği de önemli bir husustur. Şüphesiz burada çok çeşitli seçenekler söz konusudur. Bu seçeneklerden hangisinin devreye sokulacağı, her şeyden önce ihlâl niteliğine göre değişecektir. Bu açıdan hâkim durumun kötüye kullanımının engellenmesi, sadece davranışsal değişikliklerle sağlanabildiği gibi, bazı yapısal değişiklikleri de gerektirebilir. Sadece davranışsal değişikliğin gerekli olduğu durumlarda, teşebbüse genellikle cironun yüzde 10'una kadar çıkabilen caydırıcı bir ceza verilmesi ve davranıştan men etme yeterli olabilir. Aynı şekilde, örneğin anlaşma yapmayı reddeden bir teşebbüsün anlaşma yapmaya zorlanması, aksi halde cezalandırılması da söz konusu olabilir. Ancak bazı hallerde yapısal bir çözüm gerekli olacaktır¹⁷. Bu yapısal çözüm, teşebbüsün hukukî olarak bölünmesi veya ayrıştırılmasından, malî ayrıştırmaya, bazı faaliyetlerin üçüncü şahıslara devrine kadar çeşitli şekiller alabilir. Burada karşılaşılan önemli sorun, bu yapısal koşulların hangi hallerde devreye sokulabileceğidir. Burada uygulanacak yapısal tedbirin gerekli hatta kaçınılmaz olması, ihlâl ile orantılı olması ve etkili olabilmesi çok önemlidir. Çünkü yapısal tedbir, hem hukukî hem de ekonomik boyutları olan bir konudur ve piyasalardaki yapısal

¹³ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels, 3 December 2008.

¹⁴ Bkz. U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, September 2008.

¹⁵ Bkz. Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels, 3 December 2008.

¹⁶ U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, September 2008.

¹⁷ Daha detaylı bilgi için bkz. Tajana, Alessandro: “Structural Remedies and Abuse of Dominant Position”, Tilburg University, Tilburg Law and Economic Center in its series Discussion Paper with number 33.

rekabetin idarî bir kararla ikame edilmesi anlamına gelmektedir. Bu açıdan, ekonomik analizin onaylayacağı bir çözüm olması ve bu yola istisnâ olarak başvurulması büyük önem taşımaktadır.

Hâkim durumun kötüye kullanımı ile ilgili olarak değerlendirilmesi en zor olan husus, hâkim durumun etkinliğe dayalı bir adil rekabet sürecinde de kazanılabilmesidir. Bu durum, özellikle yeni teknolojilerin egemen olduğu alanlarda kendisini göstermektedir. Dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanımı davaları değerlendirilirken en önemli husus, rakibin değil, rekabetin korunması ilkesine bağlı kalınabilmesi ve etkin çalışmanın ve meşru rekabet üstünlüğü kazanma çabalarının cezalandırılmamasıdır. Bunu sağlamak için, hâkim durumun kötüye kullanımı değerlendirilirken “eş etkin rakip testi” (*equally efficient competitor test*) gibi yeni yaklaşımlar uygulanmaktadır.

AVRUPA ENERJİ SEKTÖRÜNDE ULUSLARARASI İLETİM HATLARININ İMTİYAZLI OLARAK KULLANILMASI PROBLEMİ

Dr. Burçak TATLI (burcaktatli@gazi.edu.tr)*

Giriş

Avrupa Birliği'nde (AB) enerji pazarındaki düzenleyici reformların en önemli hedeflerinden biri, tek ve rekabete açık bir enerji pazarı yaratmaktır. Uluslararası iletim hatlarının yüksek kapasitede kullanılması bu hedefin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan girdilerden birisidir, çünkü uluslar arası iletim hatlarının yüksek kapasite ile kullanılması hem pazara giren rakip sayısını arttıracak, hem de enerji akışının artması sebebi ile ülkeler arası bütünleşmeyi pekiştirecektir.

Enerji pazarının tarihsel gelişimi göz önüne alındığında uluslararası iletim hatlarının yetersiz kaldığı görülmektedir. Enerji pazarında liberalleşme hareketleri başlamadan önce, enerji üretimi ve arzı millî bir faaliyet olarak değerlendirilmiş ve üye ülkeler tarafından gerçekleştirilmiştir. Enerji ithalatı ise (özellikle elektrik enerjisi için) sadece enerji güvenliğinin gerektirdiği ölçüde gerçekleşmiştir. Bunun sonucu olarak, iletim hatları kapasiteleri bugünün ihtiyacını karşılamaktan çok uzak bir şekilde inşa edilmiştir. Liberalleşme hareketlerinin başlaması ile birlikte, özellikle üye ülkelerden daha ucuza elektrik tedarik edilebilmesi durumu ortaya çıktığından, uluslar arası iletim hatlarına ulaşım talebi artış göstermiştir. Böylece yetersiz olan iletim hatları kapasiteleri daha da yetersiz hale gelmiştir.

Bu yetersizliğin, pazarın işleyişini en az düzeyde etkilemesi için, AB bir takım sektöre özgü regülatif düzenleyici kurallar aracılığıyla önlemler geliştirmiştir. Bu kuralların temel amacı, iletim hatlarının şeffaf ve ayrımcılığa izin vermeyecek şekilde işletilmesi, pazarda faaliyet gösteren şirketlerin iletim hatlarına erişiminin sağlanması ve iletim hatlarının uzun süreli rezerve edilmesinin yolunun kesilmesidir. Kuralların başında; (i) şirketlerin dikey ayrıştırılmasını sağlayan ve (ii) üçüncü kişilerin iletim hattına erişimini düzenleyen kurallar gelmektedir. Ancak uygulamada şirket yapılarının istenildiği şekilde oluşturulmadığı ve iletim hatlarına erişimin istenilen şekilde sağlanmadığı gözlemlenmektedir.

İletim hatlarının fiziksel yetersizliğinin yanı sıra, iletim hattı işletenlerinin (çoğunlukla dikey bütünleşik enerji şirketleri) sahip oldukları hâkim durumu

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. Bu yazı, yazar'ın 24 Kasım 2015 tarihinde Rekabet Derneği'nin düzenlediği 'Enerji Sektöründe Uzun Dönemli Kapasite Kullanım Sözleşmeleri' konulu panelinde yapılan sunumun özeti niteliğinde oluşturulmuştur.

sömürücü faaliyetler içerisine girmeleri (iletim hatlarını rekabete aykırı bir şekilde rezerve etmek ve/veya kullanmak suretiyle) enerji pazarının işleyişini sektöre uğratan etkenlerden biridir. Dolayısıyla, iletim hatlarının rekabeti arttırmaya ve pazarı bütünleştirmeye yönelik olarak kullanılmasını engelleyen iki başlıklı problemler ağından ve bu problemleri çözüme kavuşturmaya yönelik olarak oluşturulmuş iki farklı kurallar bütününden söz edebiliriz. Bu kurallar sektöre özgü düzenleyici kurallar ve rekabet hukuku kurallarıdır.

Bu yazıda; öncelikle iletim hatlarının etkin bir şekilde kullanılmasına yönelik oluşturulmuş sektöre özgü düzenleyici kurallara değinilecek, ardından Avrupa Adalet Divanı'nın ve AB Komisyonu'nun bu konuda verdiği kararlar incelenecektir.

1. Avrupa Birliği'nde İletim Hatlarının Kullanılmasını Düzenleyen Sektöre Özgü Regülatif Kurallar

AB enerji müktesebatı iletim hatlarının kullanılması ile ilgili olarak temel iki müesseseyi hayata geçirmiştir. Birincisi; pazarda faaliyet gösteren dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerin şirket yapılarını değiştiren kurallar, ikincisi ise; üçüncü kişilerin iletim hatlarına erişim haklarının koruma altına alınmasıdır.

a. Dikey Ayrıştırma

Daha önce belirtildiği gibi, tarihsel olarak Avrupa'daki enerji şirketleri dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerdi. Başka bir ifade ile bu şirketler, üretim, ithalat, arz, iletim ve dağıtım pazarlarının hepsinde faaliyet gösterirlerdi (bazı üye ülkelerde durum hala böyledir). Liberalleşme hareketleri ile birlikte, hem rekabete açık üretim, ithalat, toptan satış ve perakende satış pazarlarında hem de doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım pazarlarında faaliyet gösteren şirketlerin hâkim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle enerji pazarının işleyişinde sorun yaratacağı öngörülmüştür. Bu nedenle, *ex-ante* regülatif düzenleyici kurallar dikey bütünleşik şirket yapılarının ayrıştırılmasını sağlayacak şekilde oluşturulmuştur. Bu kurallar, olası ayrımcılığın ortadan kalkması ve iletim hatlarına erişimin pekiştirilmesi için, iletim ve dağıtım hatlarının işletilmesinin enerji üretim ve arz faaliyetlerinden ayrıştırılması gerektiğini belirtmektedir. 2009/72/EC ve 2009/73/EC sayılı Direktifler¹ dikey ayrıştırmayı sağlamak için üç farklı seçenek sunmuştur. Birbirine alternatif oluşturan bu üç model şunlardır: mülkiyet ayrıştırması, bağımsız sistem operatörü ve bağımsız iletim operatörü.

¹ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC; Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC

İlk seçenek olan mülkiyet ayrıştırması, iletim hattının mülkiyetinin başka bir şirkete devredilmesini öngörmektedir. Bu çerçevede, aynı şirket hem üretim ve tedarik faaliyetlerini hem de iletim sistemini doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edemeyecektir. Bağımsız sistem operatörüne göre ise, dikey bütünleşik şirket iletim hattının mülkiyetine sahip olmakla birlikte, iletim hatlarını dikey bütünleşik şirketten bağımsız bir sistem operatörünün işletmesi öngörülmüştür. Üretim ve tedarik faaliyetlerinde bulunan şirket ile bağımsız sistem operatörünün kontrol ilişkisinin bulunmaması, iki şirket arasındaki bağın yönetim ve denetim organlarının tamamen ayrıştırılmasıyla koparılması gerekmektedir.² Bu anlamda, bağımsız sistem operatörünün mülkiyet ayrıştırmasına yakınlığı söylenebilir. Son alternatif model olan bağımsız iletim operatörüne göre ise, iletim hattının mülkiyeti dikey bütünleşik şirket yapısı içerisinde kalmakta fakat iletim sisteminin işletilmesi aynı şirket yapısı içerisinde yer alan bağımsız iletim operatörüne bırakılmaktadır. Bu modelde, iletim hattı işleteni ile şirket arasındaki bağın yönetim ve personel bağımsızlığının sağlanmasıyla kesilmesi hedeflenmektedir. Bu anlamda, iletim hattı işleticisinin günlük faaliyetlerini yürütecek yöneticiler bağımsız iletim operatörünün Denetim Kurulu tarafından atanacak ve görevden alma işlemleri de Denetim Kurulu tarafından yapılacaktır. Ayrıca, bağımsızlığı pekiştirmek için, bağımsız iletim operatörünün, markası, binası, kurumsal kimliği, bilgi teknoloji sistemleri, güvenlik sistemleri dikey bütünleşik şirketten ayrı oluşturulmalıdır.³

Bu şekilde birbirlerine alternatif olarak sunulmuş modellerin hangisinin daha faydalı ya da maliyetli olacağı konusunda derin tartışmalar bulunmaktadır. AB Komisyonu'nun 2007 yılında yayınladığı enerji pazarı araştırma raporuna⁴ göre; iletim hattının en verimli şekilde kullanılmasını sağlayan yöntem iletim hattı mülkiyetinin tamamen ayrışmasını sağlayan mülkiyet ayrıştırması yöntemidir. Rapora göre, dikey bütünleşik şirket yapısının ortaya çıkardığı en büyük sorun iletim hatlarının dikey bütünleşik teşebbüsün üretim, arz ve ithalat faaliyetleri düşünülerek ana şirket menfaatine işletilmesi, başka bir ifade ile iletim hatlarının rekabete aykırı bir şekilde ayrımcılık gözeterek kullanılmasıdır. Buna bağlı olarak raporun üzerinde durduğu diğer bir husus ise, pazara giren şirket sayısını minimize etmek için iletim hattı işleticisinin iletim hattına yapacağı yatırımı azaltması, böylece dikey bütünleşik teşebbüsün pazar payına koruma altına almaya çalışması eğilimidir.⁵

Rapor tüm bu olasılıkların ortadan kaldırılabilmesi adına dikey ayrıştırmanın uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Rapora göre, mülkiyet ayrıştırması

² S. Y. Şahin, 'Enerji Sektöründe Ayrıştırma', Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.131, s.15

³ K. Talus, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account* (Oxford University Press 2013), s. 193-200

⁴ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724

⁵ Ibid, parag. 155,156,157 ve 171

halinde, üretim, arz, ithalat faaliyetleri düşünülmeden, sadece iletim hattının işletilmesinden elde edilecek kârın maksimize edilmesi amacı söz konusu olacağı için, iletim hattının hem ayrımcılığa sebep olmayacak bir şekilde işletileceği hem de gerekli yatırımların yapılacağı belirtilmiştir.

Bununla birlikte, iktisadi doktrine⁶ göre, sosyal maliyetler ile menfaatler göz önünde bulundurularak her enerji pazarı için ayrı ayrı kâr/zarar değerlendirmesi yapılmalı ve buna göre bir model belirlenmelidir. İktisadi araştırmalar ortaya konan modellerle ilgili genel olarak aşağıdaki çıkarımları yapmaktadır. Dikey ayrıştırma üretim/arz ve iletim faaliyetleri arasındaki çapraz sübvansiyonu ortadan kaldırıp daha şeffaf bir mali pozisyon ortaya çıkarabilir. Bu şeffaflık ise daha yerinde düzenleyici müdahalelerin yapılmasına sebep olabilir. Örneğin, tarifeler belirlenirken daha gerçeğe uygun kararlar alınması gibi. İktisatçılara göre ayrıştırmanın en önemli sonucu ise marketteki rekabetin gelişmesine sebep olmasıdır. Buna göre, ayrıştırılmış iletim hattı işletenleri, bütünleşik yapıdaki üretim ve arz faaliyetlerini düşünmeyecekleri için herhangi bir stratejik yaklaşım içine girmeyecek ve böylece üretim, arz ve ithalat pazarlarında rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarda bulunmayacaklardır.

Tüm bu olumlu çıkarımların yanında, ekonomik doktrin mülkiyet ayrıştırması ile ilgili olumsuz değerlendirmelerde de bulunmaktadır. Buna göre, dikey ayrıştırma çifte teknelci fiyatlandırmaya, üretime yapılan yatırımın azalmasına veya iletim-dağıtım ve arz arasındaki iletişimin azalması sebebi ile kapsam ekonomisinin ortadan kalkmasından dolayı maliyetlerin artmasına sebep olabilir.

Sonuç olarak denebilir ki, birbirinden farklı analizler, enerji pazarının rekabete açık etkili bir şekilde fonksiyon göstermesi için gerekli olan ayrıştırma modelinin belirlenmesini güçleştirmektedir. Bu nedenle, her ülke açısından fayda/zarar değerlendirilmesi yapılarak uygulanacak ayrıştırma modeli belirlenmelidir.

b. Üçüncü Kişilerin İletim Hattına Erişimi

Avrupa müktesebatı üçüncü kişilerin iletim hattına erişimi ile ilgili kuralları üç seviyede oluşturmuştur. İlk basamağı temel prensipleri veren ve ulusal iletim

⁶ M. Mulder, V. Schestakova and M. Lijesen, 'Vertical Separation of the Energy Distribution Industry: A Cost-benefit Analysis' (2005) CBP Document No.84 <<http://ideas.repec.org/p/cpb/docmnt/84.html>> erişim 30 Mayıs 2014, s. 2; B. Baarsma *et al*, 'Divide and Rule. The Economic and Legal Implications of the Proposed Ownership Unbundling of Distribution and Supply Companies in the Dutch Electricity Sector' (2007) Vol.35(3) Energy Policy 1785, s. 1785-1787; M. Pollitt, 'The Arguments For and Against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks' (2007) CWPE 0737 and EPRG 0714 <<http://www.eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/eprg0714.pdf>> erişim 01 Mart 2013, s. 10

hatlarına erişimi düzenleyen Direktifler⁷ meydana getirir. Direktifler üç temel prensipten bahseder: (i) erişim talep eden şirketler arasında ayrımcılığın gözetilmemesi, (ii) hat kapasitelerinin paylaşılması ve fiyatlandırılmasının sektöre özgü düzenleyici kurallara göre belirlenmesi ve (iii) enerji şirketlerinin dikey bütünleşik yapısının ayrıştırılması.

Direktiflerde belirtilen temel prensiplerin geliştirilmesi amacıyla ulusal iletim hatlarının işletilmesi ile ilgili Tüzükler⁸ AB tarafından 2009 yılında yayınlanmıştır. Tüzükler üçüncü kişilerin iletim hatlarına erişimini düzenleyen kuralların ikinci basamağını oluşturmaktadır. Tüzüklerle gerçekleştirilmeye çalışılan hedef; (i) iletim hatlarının şeffaf ve ayrımcılığa yer vermeyecek şekilde işletilmesi, (ii) uluslararası iletim hatlarına yatırımın artırılması ve (iii) üye ülkeler arasında uygulanan uluslararası iletim hatlarına erişim tarifelerinin aynılaştırılmasıdır. Böylece, rekabetin, bütünleşmenin ve arz güvenliğinin sağlanması için bir adım daha atılmış olmaktadır.

Son basamağı ise, bahsi geçen Tüzükler ile getirilen kurumsal yenilikler ve bu kurumların geliştireceği çerçeve rehberler ve kurallar oluşturmaktadır. Bu kurumlar, Avrupa Enerji Düzenleyicileri İşbirliği (an Agency for the Cooperation of Energy Regulators - ACER) ve Avrupa Elektrik ve Doğalgaz İletim Sistemi İşletmecileri Ağı'dır (the European Networks of Transmission System Operators for Electricity and Gas - ENTSO). ACER ve ENTSO'nun amacı tüm AB üye ülkeleri tarafından uygulanacak kurallar oluşturmaktır. ACER rehber niteliğinde uluslararası iletim hatlarının işletilmesi ve kapasitelerinin paylaşılması ile ilgili genel prensipleri belirlerken, ENTSO bu prensipleri göz önüne alarak ayrıntılı ve bağlayıcı kurallar oluşturmaktadır. Genel hatları ile ENTSO; (i) iletim hatları kapasitesinin nasıl dağıtılacağı, iletim hatlarında aşırı yoğunluk olduğu takdirde bu problemin nasıl çözüleceği, (ii) şeffaflığın nasıl sağlanacağı, (iii) tüm iletim hatları arasında nasıl uyum yakalanacağı gibi sorunları çözen kurallar oluşturmaya çalışır.

Burada değinilmesi gereken önemli bir husus daha mevcuttur. Enerji sektörüne özgü düzenleyici kurallar aynı zamanda uluslararası iletim hatlarının kapasitelerinin artırılmasını da hedeflemektedir. Bu hedef doğrultusunda, yeni iletim hattı yatırımlarının hayata geçirilmesi halinde, bu hatlarla ilgili olarak, üçüncü kişilerin erişim hakkını düzenleyen kurallara yönelik muafiyet uygulanacağı belirtilmiştir.⁹ Açıkça söylenebilir ki, burada amaç yetersiz olan iletim hattı kapasitelerinin artışı, dolayısıyla da uzun dönemde rekabetin ve entegrasyonun pekişmesini sağlamaktır. Bu bakış

⁷ Directive 2009/72/EC ve Directive 2009/73/EC

⁸ Regulation (EC) 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003; Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the national gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005

⁹ Regulation (EC) 714/2009 m. 17 ve Directive 2009/73/EC m. 36

açısının AB Komisyonu tarafından da benimsendiği rekabet soruşturmaları tarafından ortaya konmuştur. Hem Komisyon hem de AB Adalet Divanı iletim hatlarına yapılan yatırımları rekabete aykırılık ve sektöre özgü düzenleyici kurallara uyulmaması için hukuka uygunluk sebebi olarak görmüştür.

Özetle belirtilebilir ki, Avrupa'daki enerji teşebbüslerinin mevcut dikey bütünleşik yapısı ve pazardaki hâkim durumları göz önüne alındığında, üçüncü kişilerin iletim hatlarına erişimini düzenleyen kurallar ile dikey ayrıştırmanın üye ülkeler tarafından tam olarak uygulanması büyük bir öneme sahiptir. Bu kurallar sayesinde, teşebbüslerin kendi menfaatlerini göz önüne alarak rekabete aykırı bir şekilde iletim hatlarını başka şirketlere kapatması engellenmiş olacaktır.

Bununla birlikte, yürürlükteki düzenlemeler, uluslararası iletim hatları için verilmiş mevcut imtiyazlı kullanım hakları ile ilgili bir hüküm ortaya koymamaktadır. Fakat Adalet Divanı'nın ortaya koyduğu içtihatlar ve AB Komisyonu'nun verdiği kararlar bu hususa ışık tutmaktadır. Adalet Divanı iletim hatlarına imtiyazlı ulaşım hakkının meşruluğunu araştırırken, Komisyon bu hakları zorunlu unsur doktrini altında rekabet hukuku kapsamında değerlendirmektedir.

Bu kararlara geçilmeden önce uzun dönemli satım sözleşmeleri ile iletim hatları için verilen imtiyazlı ulaşım hakları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

2. Uluslararası İletim Hatları Rezervasyonları İle Uzun Süreli Satım Sözleşmelerinin Arasındaki İlişki

Daha önce belirtildiği gibi Avrupa'da enerji düzenlemelerinin amacı rekabet arttırmak, arz güvenliğini sağlamak ve ülkeler arası entegrasyonu gerçekleştirmektir. Bu amaçları hayata geçirmenin yollarından biri ülkeler arası enerji alış-verişinin artması ve bu enerjiyi taşıyacak olan iletim hatlarının en verimli şekilde kullanılmasıdır. Dolayısıyla satım sözleşmeleri ile iletim hatlarının kullanılması arasında göz ardı edilemeyecek bir ilişki vardır. Bununla birlikte, Avrupa müktesebatı iletim hatlarının kullanılması ile ilgili kurallar koyarken enerji satım sözleşmeleri ile ilgili bir açıklık getirmemiştir. Buradan bu konuyu rekabet hukukunun uygulama alanına bıraktığı sonucu çıkarılabilir.

Uzun dönemli satım sözleşmeleri ile ilgili olarak tek bir açıklama vardır, o da AB Komisyonu'nun yayınladığı sektör raporunda iki üye ülke arasında imzalanan uzun dönemli sözleşmelerin potansiyel pozitif sonuçlarından bahsetmiş olmasıdır. Rapora göre, enerji satın alan ülke açısından pozitif bir sonuç doğabilir, çünkü yerli pazarda rekabet artmakta, ülke içinde imzalanan tedarik sözleşmelerinin kapatacılık etkisi biraz olsun kırılmaktadır.¹⁰ Fakat rapor

¹⁰ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724, parag. 468; Örneğin, Belçika ve Hollanda'da durum böyledir. Elektrik ihtiyacı açığının ithalat ile

aynı zamanda uzun süreli sözleşmelerin hayata geçirilmesi esnasında iletim hatlarının uzun süreli rezerve edilmesi sonucu toptan elektrik ve doğalgaz pazarlarının entegrasyonunda sektöre uğranabileceğini belirtmiştir. Rapor, iletim hatlarının verimli bir şekilde kullanılmaması sonucu potansiyel rakiplerin pazara girememesi tehlikesini ortaya koymuştur. Örneğin, doğalgaz pazarında, uluslararası iletim hattı rezervasyonları göstermektedir ki, bu rezervasyonlar liberalleşme hareketleri başlamadan önce imzalanan uzun dönemli doğalgaz satım sözleşmelerini hayata geçirebilmek için yapılmış ve fakat iletim hatlarının gerçek kullanımı rezervasyonların gerisinde kalmıştır. Başka bir deyişle, iletim hatlarında oluşan trafik kullanımdan değil, gereksiz yere yapılan rezervasyonlardan doğmaktadır.¹¹

Sonuç olarak denilebilir ki, Komisyon tarafından yürütülen rekabet soruşturmalarında uzun süreli satım sözleşmeleri ile iletim hattı rezervasyonları arasındaki ilişki dikkate alınmalı ve ona göre bir sonuca varılmalıdır. Uzun dönemli enerji satım sözleşmelerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi esnasında, bu sözleşmelerdeki borcun ifa edilebilmesi için yapılan uzun süreli iletim hattı rezervasyonları da dikkate alınmalıdır. Tersi bir ifadeyle; imtiyazlı iletim hattı kullanım hakları incelenirken, bu hakkın verilmesinin arkasında yatan ilgili uzun dönemli satım sözleşmeleri de dikkate alınmalıdır.

Aşağıda iletim hattı rezervasyonlarını ve bu rezervasyonlara gerekçe olarak gösterilen ilgili uzun dönemli satım sözleşmelerini inceleyen Adalet Divanı ve AB Komisyon kararları irdelenecektir.

3. Avrupa Adalet Divanı'nın ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun Verdiği İlgili Kararlar

Uluslararası iletim hatlarının etkili ve ayrımcılığa yer vermeden kullanılmasının AB enerji pazarı için önemi daha önce vurgulanmıştı. Tarihsel olarak baktığımızda gördüğümüz, uzun dönemli enerji tedarik sözleşmeleri neticesinde, bu hatların bir kişinin kullanımına imtiyazlı olarak verilmesidir. İşte bu tarihsel gerçeklik *VEMW*¹² kararında Avrupa Adalet Divanı tarafından ele alınmış ve uzun dönemli tedarik sözleşmelerine dayanılarak verilen imtiyaz hakları hukuki açıdan incelenmiştir.

kapanması sonucu iç elektrik pazarında yapılan uzun dönemli satım sözleşmelerinin kapatıcı etkisi azalmıştır. Bunun tam tersi Fransa'da yaşanmaktadır. Fransa elektrik ithal eden değil ihrac eden bir ülkedir. Dolayısıyla uzun süreli ihracat sözleşmeleri iç pazardaki sözleşmelerin kapatıcı etkisini azaltmak yerine arttırmaktadır.

¹¹ Avrupa'da sözleşmeler sonucu doğalgaz iletim hattı bağlantı noktalarının rezervasyon oranı %92. Bu noktaların ortalama gerçek kullanım oranı ise sadece %59. Daha fazla bilgi için; ACER/CCER, Annual Report on the Results of monitoring the Internal Electricity and Natural Gas in 2012, November 2013, parag. 475

¹² Case C-17/03 *VEMW* [2005] ECR I-5016

AB Komisyonu, *GDF Suez* ve *E.ON Gaz*¹³ kararlarında ise uzun dönemli iletim hattı rezervasyonlarını ve stratejik olarak iletim hatlarına yatırımdan kaçınılmasını rekabet hukuku hükümleri altında incelemiştir. Başka bir kararında Komisyon iletim hatlarına yatırımın imtiyazlı kullanım hakkı verilebilmesi için haklı bir gerekçe olabileceğini belirtmiştir (*Viking Cable* kararı).¹⁴

a. Avrupa Adalet Divanı'nın *VEMW* Kararı

VEMW kararı Avrupa Adalet Divanı'nın uzun dönemli iletim hattı rezervasyonlarını nasıl değerlendirdiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Davanın konusunu *Samenwerkende Elektriciteits Produktiebedrijven NV (SEP)* isimli Hollanda elektrik şirketinin yaptığı uzun dönemli elektrik ithalat sözleşmeleri ve bu sözleşmelere bağlı olarak SEP'e tanınan iletim hattına imtiyazlı erişim hakkı oluşturmaktadır. Dava dosyasına göre, SEP, Hollanda'da, genel ekonomik yarar hizmeti ile donatılmış, düşük maliyetli elektrik tedarik etme görevi ile görevlendirilmiş ve elektrik ithal etme yetkisine sahip tek şirkettir. Bu görev ve yetkiler doğrultusunda SEP 1989 ve 1990 yılları arasında üç adet 2002 ve 2003 senesine kadar geçerli uzun dönemli elektrik ithalat sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşme süreleri dolmadan, Hollanda, 1998 tarihli düzenleme (the 1998 Law) ile 96/92/EC sayılı Direktif'i iç hukukuna adapte etmiş, böylece elektrik pazarını rekabete açılmıştır. 2000'de, yerel bir düzenleme ile (the System Code) SEP'e yukarıdaki anlaşmaları icra edebilmesi için uluslararası iletim hatlarına imtiyazlı olarak ulaşım hakkı verilmiştir.

SEP'e rakip şirketler imtiyazlı ulaşım hakkının 96/92/EC sayılı Direktif m.7(5)'e¹⁵ aykırı olduğu iddiası ile yetkili birime (DTE-the Director of the Service for Implementation of Control of Energy Supply) şikâyette bulunmuştur. DTE, SEP'e verilen imtiyaz hakkının elektrik pazarının etkili bir şekilde işlemesi önünde bir engel olabileceğini, elektrik ithalini sekteye uğratabileceğini ve rekabetin önünün kesilebileceğini öngörmesine rağmen şikâyeti reddetmiştir. DTE gerekçesinde SEP'in zamanında mevcut olan hukuki düzenlemelere ve kendisine yüklenen genel ekonomik yarar hizmetine uygun hareket etmesinin kararına temel oluşturduğunu belirtmiştir. Ayrıca DTE mevcut sözleşmelerin iptal edilmesinin büyük bir maddi külfet doğuracağını ifade etmiştir.

DTE'nin ret kararına karşı şikâyetçiler dosyayı Hollanda İdare Mahkemesi'ne taşımaya karar vermişlerdir. Şikâyetçiler dava dilekçesinde genel ekonomik yarar hizmeti sona ermesine rağmen SEP'e imtiyazlı erişim hakkı

¹³ *Gaz de France* (Case COMP/39316) Commission Decision [2009]; *E.ON Gas* (Case COMP/39317) Commission Decision C (2010) 2863 final [2010]

¹⁴ *Viking Cable* (Case COMP/E-3/37921) Commission Decision [2001]

¹⁵ Bu madde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Maddeye göre; iletim hattı işleteni, özellikle kendi iştirakleri menfaatine, iletim hattı kullanıcıları arasında hiçbir şekilde ayrımcılık yapmamalıdır.

verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu vurgulamışlardır. İdare Mahkemesi ABİDA m.267'ye¹⁶ dayanarak dosyayı Avrupa Adalet Divanı'na göndermiştir.

Avrupa Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü'ne (Advocate General) göre; mevcut problem iletim hatlarının yetersizliği değil, hat kapasitelerinin dağıtımında kullanılan yöntemdir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, imtiyazlı kullanım hakkının verilmesi SEP'e yüklenen genel ekonomik hizmet görevini icra edebilmek için imzaladığı uzun dönemli ithalat sözleşmeleri ile meşruiyet kazanamaz, kaldı ki genel ekonomik hizmet görevi imtiyazın verildiği dönemde ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte, SEP kendisine tanınan imtiyazlı erişim hakkına yönelik olarak haklı sebep ileri sürebilir. Bu haklı sebebin oluşabilmesi için, Hukuk Sözcüsü'ne göre, üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir:

(i) İmtiyazlı ulaşım hakkının AB tarafından ilgili Direktif oluşturulmadan evvel imzalanmış olan uzun dönemli ithalat sözleşmelerinin ifası şartı ile yerel kurallar aracılığı ile verilmesi,

(ii) İç hukuk kurallarının hiçbir enerji şirketinin uzun dönemli sözleşme yapmasını engellememesi

(iii) İmtiyazlı erişim hakkının verilme amacını aşmaması

Bu üç unsurun somut olayda bulunması sebebi ile Hukuk Sözcüsü görüşünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğini savunmuştur.

Hukuk Sözcüsü'nün tersine Adalet Divanı imtiyazlı ulaşım hakkının verilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Adalet Divanı'nın kararına göre, SEP'e yüklenen elektrik ithalat ve arz görevini icra edebilmek için imzaladığı uzun dönemli ithalat sözleşmeleri uluslararası iletim hatlarına imtiyazlı ulaşım hakkının verilmesi için haklı bir sebep oluşturmaz. Adalet Divanı'na göre, Direktif uzun dönemli sözleşmeleri yasaklamamakla birlikte, bu sözleşmelerin varlığını ya da ifa edilebilmeleri için gerekli olan şartları Direktif'in uygulanmaması için bir gerekçe olarak sunmamak gerekmektedir.

Bu kararın önemi şuradan gelmektedir: öncelikle Hukuk Sözcüsü uzun dönemli elektrik satım sözleşmelerini imtiyazlı ulaşım hakkının değerlendirilmesinde temel almıştır. Kararda satım sözleşmeleri ile iletim hatlarının kullanılması veya rezerve edilmesi arasındaki ilişki vurgulanmıştır. Bunun dışında, Adalet Divanı kararında şunları ön plana çıkarmıştır: (i) imtiyazlı olarak iletim hatlarının kullanılması hakkı mutlaka her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir, (ii) eğer bu imtiyaz hakkı için mevcut geçerli bir haklı sebep varsa imtiyazlı iletim hattı kullanım hakkı hukuki olarak kabul edilmelidir.

¹⁶ ABİDA m. 267'ye göre, Avrupa Adalet Divanı üye ülke mahkemelerinin talebi üzerine ABİDA'nın uygulanması ile ilgili ön karar verebilir.

b. Avrupa Birliği Komisyonu'nun *GDF Suez* ve *E.ON Gas* Kararları

İletim hatlarına imtiyazlı erişim hakkının verilmesi bu hatların tekelleşmesi sonucunu doğuracağından, hakkı elinde bulunduran şirketin pazar gücüne bağlı olmak koşulu ile imtiyazlı hakkın kullanılması veya verilmesi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Hâkim durumun kötüye kullanılmasının ortadan kaldırılması için AB Komisyonu tarafından enerji pazarında uygulanan yöntemler genel olarak aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir. Bunlar; imtiyaz hakkının verilmesi sonucu bloke olmuş iletim hattı kapasitesinin serbest bırakılması ve ayrımcılığın ortadan kaldırılarak pazardaki diğer teşebbüslerin iletim hattına erişiminin sağlanmasıdır. *GDF Suez* ve *E.ON Gas*¹⁷ kararları Komisyon'un imtiyazlı kullanım hakkı verilmesine yaklaşımını en iyi şekilde ortaya koyan kararlardandır.

GDF Suez soruşturmasında, Komisyon söz konusu teşebbüsün anlaşmayı reddetme suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanmış olabileceğini belirtmiştir. Soruşturma raporuna göre, GDF Suez Fransa'da doğalgaz ithalat ve arz pazarlarında hâkim durumdadır. Şirket, aynı zamanda iştirakleri aracılığı ile iletim hatlarının işleteni konumundadır. Komisyon soruşturma sonucu aşağıdaki verilere ulaşmıştır:

- GDF Suez iletim hakkını uzun süreliğine kendi kullanımına kapatarak doğalgaz arz pazarında rekabetin oluşumunu engellemiştir.
- Bu hattın kullanımını tarihsel sebeplere bağlı olarak verilmiş, şeffaflık ve eşitlik ilkeleri göz önünde bulundurulmamıştır. Böylece hem üçüncü kişilerin iletim hattına erişimi hem de doğalgaz toptan satış pazarında rekabetin oluşması engellenmiştir.
- Bunlara ek olarak, GDF Suez'in stratejik olarak iletim hatların yatırımda kısıntıya gittiği ortaya çıkmıştır.

Soruşturma taahhüt yolu ile sona ermiştir. GDF Suez kendi kullanımına kapattığı iletim hattı kapasitesinin %10'unu serbest bırakmayı ve bu oranı 2014'e kadar %50'ye çekmeyi taahhüt etmiştir.¹⁸

Benzer bir örneği *E.ON Gas* kararında da görmekteyiz. Buna göre, E.ON Gas Almanya'da doğalgaz toptan satış ve arz pazarlarında hâkim durumda olup aynı zamanda iletim hatları işletenidir. Komisyon'un soruşturma raporuna göre, E.ON Gas iletim hatlarını ve iletim hatlarına girişi sağlayan giriş noktalarını kendi kullanımını için uzun süreli olarak rezerve ederek pazara giriş engeli yaratmıştır. Soruşturma taahhüt ile sonlandırılmıştır: E.ON

¹⁷ *Gaz de France* (Case COMP/39316) Commission Decision [2009]; *E.ON Gas* (Case COMP/39317) Commission Decision C (2010) 2863 final [2010]

¹⁸ Commission, 'Antitrust: Commission accepts commitments by GDF Suez to boost competition in French gas market-frequently asked questions' MEMO/09/536

kendisine ayırdığı iletim hatları kapasitesinin %15'ini serbest bırakmayı taahhüt etmiştir.

Her iki kararda da AB Komisyonu pazarın yapısını kalıcı bir şekilde değiştirecek olan taahhütleri kabul etmiş ve böylece AB üçüncü enerji paketinde¹⁹ belirtilmiş olan sektöre özgü düzenleyici kurallara riayet edilerek iletim hatları kapasitelerinin eşitlikçi bir şekilde paylaşılması desteklenmiştir.²⁰

c. İletim Hatlarına Yatırım Yapılmasının Sonuçları

AB Komisyonu'nun verdiği bazı kararlar göstermektedir ki, uluslararası iletim haklarına imtiyazlı olarak erişim hakkı verilmesi kimi hallerde rekabet hukukuna aykırılık oluşturmaz. Verilen kararlara göre, eğer imtiyaz hakkı sahibi bahsi geçen iletim hattına yatırımda bulunursa haklı bir gerekçe doğar ve rekabet hukukuna aykırılık söz konusu olmaz.

AB Komisyonu'nun 2000 senesinde karara bağladığı *Viking Cable*²¹ soruşturması bu duruma gösterilebilecek en güzel örneklerden biridir. Komisyon, eski 17/62 sayılı Tüzük²² gereği, kendisine sunulan, Alman enerji şirketi E.ON, Norveç enerji şirketleri Statkraft (elektrik üretimi, arzı ve ticareti) ve Statnet (iletim hattı işletmecisi) arasında imzalanan üç adet sözleşmeyi inceleme altına almıştır. Sözleşmelere göre, Viking Cable adında bir ortak şirket kurulacak (joint venture) ve bu şirket Norveç ve Almanya arasında kurulacak olan deniz altı elektrik iletim hattının inşasından ve işletilmesinden sorumlu olacaktır. Viking Cable'ın mülkiyeti Statnett ve E.ON'a ait olacaktır. Sözleşmeler aynı zamanda Almanya ve Norveç arasında yapılacak olan elektrik ticaretini de düzenlemektedir. Buna göre, E.ON 25 yıl boyunca Statkraft'tan elektrik satın alacak, E.ON ve Statkraft 25 yıl boyunca yeni iletim hattının tüm kapasitesini imtiyazlı olarak kullanım hakkına sahip olacaktır. Taraflar savunmalarında işin mali boyutunu ön plana çıkarmış ve yatırım maliyetinin çıkarılabilmesi için hattın 25 yıl boyunca kendileri tarafından kullanılması gerektiğini belirtmişlerdir. Taraflar aynı zamanda elektrik satım sözleşmesinin hayata geçirilmesi için hattın 25 yıl boyunca kendilerine tahsis edilmesi gerektiğini de vurgulamışlardır. AB Komisyonu, sözleşmeler sonucunda ortaya çıkan etkinlik kazanımlarını, yeni bir iletim hattının inşası gibi, göz önünde bulundurarak sözleşmeleri onaylamıştır. Komisyon'un bu

¹⁹ Directive 2009/72/EC ve Directive 2009/73/EC; Regulation (EC) 714/2009 ve Regulation (EC) No 715/2009; Framework Guideline on Capacity Allocation and Congestion Management ve Network Code on Capacity Allocation and Congestion Management

²⁰ Başka bir açıdan bakıldığında ise AB Komisyonu'nun rekabet soruşturmalarında pazarı düzenleyen regülatif kuralların kapsamı içerisinde kabul edilebilecek taahhütler sonucu soruşturmaları kapatması Komisyon'un pazara müdahalesi olarak değerlendirilip eleştirilebilir, fakat bu tartışma mevcut yazının kapsamı dışında kalmaktadır.

²¹ Case COMP/E-3/37921 *Viking Cable* (2001) OJ C 247/04

²² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

tutumu AB sektöre özgü düzenleyici kuralları ile uyum içerisindedir. Zira hem sektöre özgü düzenleyici kurallar hem de Komisyon rekabet soruşturmalarında yeni hatların hayata geçirilmesi üzerinde önemle durmuştur.

Yukarıda incelediğimiz *VEMW* kararının aksine Komisyon, bu kararında, uzun süreli satım sözleşmelerinin varlığını kabul etmiş ve diğer kararların (*Distrigaz* ve *Gas Natural* gibi)²³ aksine sözleşmenin süresini ve hacmini azaltma isteği göstermemiştir. Bu tutumun da en önemli sebebi yapılan yatırım olarak gösterilebilir.

Sonuç

Avrupa'da enerji pazarının liberalleştirilmesi hareketlerinin başladığı günden beri elektrik veya doğalgazın taşınmasını sağlayan iletim hatlarının imtiyazlı olarak kullanılması hem düzenleyici kurallar açısından hem de rekabet hukuku açısından sorunlar yaratmıştır. Bu sorunun temelinde, sektöre özgü düzenleyici kuralların üye ülkeler tarafından etkili bir şekilde hayata geçirilmemesi ve dikey bütünleşik yapıdaki enerji şirketlerinin rekabete aykırı bir şekilde iletim hatlarını uzun süreli rezerve etmek suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yatmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı'nın ve AB Komisyonu'nun bu konuda vermiş olduğu kararlar göstermektedir ki, uluslararası iletim hatları üzerinde imtiyaz hakkının kurulması kategorik olarak yasaklanan bir husus değildir. Fakat bu hakkın verilmenin arkasındaki sebep araştırılmalıdır. Eğer imtiyazlı erişim hakkının verilme sebebi veya şekli ayrımcılığa sebep olmuşsa veya bu hakkın verilmesinin arkasında geçerli meşru bir sebep yoksa hukuka aykırılıktan bahsedilir. İncelediğimiz davalar göstermektedir ki, hem Avrupa Mahkemeleri hem de AB Komisyonu imtiyazlı erişim hakkının verilebilmesi için aranan haklı gerekçeyi iletim hatlarına yapılan yatırımda bulmaktadır. Öyleyse denilebilir ki, liberalleşme hareketleri başlamadan evvel imzalanan uzun süreli enerji satım sözleşmelerinin varlığı, bahsi geçen sözleşmeler etkinlik kazanımı ortaya koysa bile, iletim hatlarının uzun süreli rezerve edilebilmesi için haklı gerekçe olarak görülmemektedir. Komisyon iletim hatlarının kullanımı ile ilgili ortaya çıkabilecek potansiyel etkinlik kazanımlarını sadece yapılan veya yapılacak olan yeni iletim hattı yatırımları olarak görmektedir.

²³ Case COMP/B-1/37966 *Distrigaz* (2007); Case COMP/37542 *Gas Natural*. Her iki kararda da Komisyon soruşturma konusu sözleşmelerin sürelerinin ve hacimlerinin rekabet hukukuna aykırılık doğurmamaları için kısıtlanmalarını onaylamıştır.

REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız,

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **sguven@cankaya.edu.tr** adresine bekliyoruz.