

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLAR ARASI EKONOMİK İLİŞKİLER (AT-HUKUK)
ANABİLİM DALI

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA
YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

Yüksek Lisans Tezi

Deniz KÜZECİ

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLAR ARASI EKONOMİK İLİŞKİLER (AT-HUKUK)
ANABİLİM DALI

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA
YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

Yüksek Lisans Tezi

Deniz KÜZECİ

Tez Danışmanı

Yrd. Doç.Dr.Gamze Aşçıoğlu ÖZ

Ankara-2011

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1

BÖLÜM I

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ POLİTİKASI ve HUKUKU.....	4
I. ENERJİ POLİTİKALARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ YERİ VE ÖNEMİ	4
II. AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ POLİTİKASI VE HUKUKU.....	10
III. DEĞERLENDİRME.....	33

BÖLÜM II

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)	36
I. REKABET HUKUKUNUN ENERJİ PİYASALARINDAKİ ROLÜ	36
III. AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ	44
A. 139/2004 SAYILI YOĞUNLAŞMALAR TÜZÜĞÜ	44
B. ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ	58
1. Yoğunlaşma Sayılan Haller.....	58
1.1. Birleşmeler.....	61
1.2. Kontrolün Devralınması	63
1.3. Ortak Girişimler.....	74
2. Birlik Boyutu ve Eşikler	78
3. İlgili Pazar	82
4. Yoğunlaşmaların Çeşitleri.....	87
5. Rekabeti Bozucu Nitelikteki Yoğunlaşmalar.....	95
5.1. Etkinlik Değerlendirmesi.....	97

5.2. Koşullu İzin	103
5.3. Yan Sınırlamalar	130
III. DEĞERLENDİRME	132

BÖLÜM III

TÜRKİYE ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)	136
I. TÜRKİYE ENERJİ POLİTİKASI VE HUKUKU	136
II. TÜRK REKABET HUKUKU VE ENERJİ PİYASALARINDAKİ ROLÜ	147
III. TÜRKİYE ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)	158
IV. DEĞERLENDİRME VE KARŞILAŞTIRMA	171
SONUÇ	176
KAYNAKÇA	181
ÖZET	195
ABSTRACT	196

KISALTMALAR

a.g.e	:adı geçen eser
a.g.m.	:adı geçen makale
AAET	:Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	:Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
AD	:Adalet Divanı
AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	:Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AT	:Avrupa Topluluğu
ATA	:Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	:Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
Bknz	:bakınız
CNG	:Compressed Natural Gas (Sıkıştırılmış Doğalgaz)
DEKTMK	:Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi
DGPK	:Doğalgaz Piyasası Kanunu
DPT	:Devlet Planlama Teşkilatı
EC	:European Community
EEA	:European Economic Area
EEC	:European Economic Community
EİE	:Elektrik İşleri Etüd İdaresi
EPDK	:Enerji Piyasaları Denetleme Kurumu
EPK	:Elektrik Piyasası Kanunu

EÜAŞ	:Elektrik Üretim A.Ş.
GM	: Genel Mahkeme
HES	:Hidro Elektrik Santrali
HHI	:Herfindahl-Hirschman Endeksi
İDM	:İlk Derece Mahkemesi
İKV	:İktisadi Kalkınma Vakfı
Komisyon	:AB Komisyonu
Konsey	:AB Konseyi
LPG	:Liquidated Natural Gas (Sıvılaştırılmış Doğalgaz)
LPGK	:LPG Kanunu
m.	: madde
MTA	:Maden Tetkik ve Arama Kurumu
OECD	:Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	:Official Journal
par.	:paragraf
PİGM	:Petrol İşleri Genel Müdürlüğü
PPK	:Petrol Piyasası Kanunu
RG	:Resmi Gazete
RK	:Rekabet Kurumu
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	:Sayfa
SIEC	:Significant Impediment to Effective Competition
SLC	:Substantial Lessening of Competition
TAEK	:Türkiye Atom Enerjisi Kurumu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEAŞ	:Türkiye Elektrik Anonim Şirketi

TEDAŞ	:Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	:Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TEK	:Türkiye Elektrik Kurumu
TETAŞ	:Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi
TKİ	:Türkiye Kömür İşletmeleri
TPAO	:Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı
Yİ	:Yap-İşlet
YİD	:Yap-İşlet-Devret

GİRİŞ

Enerji, sanayideki etkin rolü nedeniyle ekonomik gelişmenin temel unsurları arasında yer almaktadır. Ülkelerin gelişmesi, sürdürülebilir bir ekonomik yapı oluşturmaları ve tüketici refahının sağlanması yolunda enerji hayatımızın vazgeçilmez bir parçası halini almıştır. Nitekim sadece endüstride değil, tüketicinin günlük ihtiyacını karşılamakta kullanılan temel nitelikli malların başında gelmektedir. Enerji kaynaklarının tüketim miktarı, sanayide ve evsel kullanımda ne kadar önemli bir yere sahip olduğunu göstermekle birlikte, üretimin belirli bölgelerde toplanması enerji kaynaklarını aynı zamanda stratejik bir öneme sahip kılmaktadır. Gerçekten de dünya genelinde çok az sayıda ülke, tüketimini kendi üretiminden sağlamaktadır. Bu özelliği sebebiyle enerji piyasaları çok uzun yıllar devlet eliyle yönetilmiş, devlet politikasında önemli bir konu başlığı olarak yer almıştır. Ülkelerin varlıklarını devam ettirebilmeleri ve gelişimlerini tamamlayıp, istikrarı sağlayabilmeleri için gerekli olması, enerji piyasalarını devlet koruması altında tutmuştur. Ancak, küreselleşmenin ortaya çıkması ve ilerleyişinin önlenemez yükselişi ülkeleri, her alanda olduğu gibi enerji alanında da, yeniden yapılandırmaya yöneltmiş ve bu piyasaların serbestleşmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İlk olarak, devlet elinden özel sektöre bırakılması amaçlanan piyasalarda, aşamalı olarak serbest rekabet piyasası oluşturulmaya başlanmıştır. Global etkiler doğuran krizlerin ardından ortaya çıkan bu değişim ve gelişim halen varlığını sürdürmekte olup, enerji piyasalarının rekabete açılması, ülkelerin kalkınmalarını hızlandırmakla birlikte, tüketiciye en uygun fiyatlarla, en kaliteli enerjinin sağlanmasına imkan tanımaktadır.

Bilindiği gibi Avrupa Birliği (AB), malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımı temelinde tek pazar olma yolunda ilerleyen ve günümüzde bir başka örneği bulunmayan uluslararası bir yapıya sahip bulunmaktadır. Bu yapı içerisinde, üye ülkeler arasında belli başlı konularda ortak hareket edilmesi, uyum sağlanması, hukukların yakınlaştırılması ve rekabete dayalı tek bir pazarın oluşturulması hedefi yer almaktadır. Enerji piyasalarında, üye ülkelerin uyumlaştırılması, ortak hareket etmesi sonucunda oluşturulması amaçlanan ortak pazar alanlarından biridir. Bu kapsamda, ortak bir enerji politikasının geliştirilmesinde ve enerji piyasalarının şekillendirilmesinde malların serbest dolaşımının yer aldığı söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim enerji de ticarete konu olan bir mal niteliği taşımaktadır. Rekabet kuralları da ticaret hayatının sağlıklı ilerleyebilmesi için, hem ülkelerin iç hukuklarında düzenlemeleri gereken hem de bu düzenlemelerle paralel olarak diğer ülkelerle uyum yollarına gidilmesine ihtiyaç duyulan kurallar arasındadır.

Küreselleşen bir dünya yapısı içerisinde, tüm sektörlerde olduğu gibi enerji piyasasında da rekabetin korunmasını sağlamak gün geçtikçe zorlaşmaktadır. Uluslararası bir yapıya sahip olan AB’nde hukuksal düzenlemelerin yapılması ya da tek bir düzenin yerleştirilmesi zaman almakta; yaşamımızın temel taşlarından birini oluşturan enerji kaynaklarının kullanımı göz önüne alındığında ise bu sorunun önemi artmaktadır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye kullanılması ve devlet yardımları genel başlıklarını içeren AB’nde yoğunlaşmaların kontrolü Kurucu Antlaşmalarda düzenlenmemesi sebebiyle dikkat çekici bir nitelik taşımaktadır. Oysa çeşitli nedenlerle çok ileri tarihlerde AB’nin diğer kaynakları aracılığıyla düzenlenen yoğunlaşmaların kontrolü usulü, AB enerji

piyasalarının şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Nitekim çalışmamız kapsamında, ortak pazar olmaya çalışan, bu nedenle üye ülkeler arası ilişkilerin önemli dengelere bağlı olduğu AB enerji piyasalarındaki rekabet uygulamaları, yoğunlaşmaların kontrolü temelinde ele alınmıştır.

Tez çalışmamız ile AB enerji piyasası denildiğinde neyin ifade edildiği ile günümüzde bu konunun neden önemli olduğunu ortaya koymak yanında, AB yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasının yeni gelişen enerji piyasalarının şekillenmesinde oynadığı rolü açıklamak ve Türkiye'nin mevcut piyasa yapısına ve düzenlemelerine ışık tutabilmek amaçlanmaktadır.

Bu doğrultuda, çalışmamızın ilk bölümünde günümüz ekonomisinde çok önemli bir yere sahip olan enerji piyasalarındaki gelişime ve mevcut düzenlemelere yer verilecek, ardından AB rekabet hukuku kapsamında yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasına ilişkin düzenlemeler ile bunların enerji piyasalarındaki uygulamaları incelenecek ve bu düzenlemelerin AB enerji piyasaları düzeyinde gerçekleşen yoğunlaşma işlemlerine nasıl etki ettiği açıklanmaya çalışılacaktır. Son bölümünde ise AB üyeliği yolunda ilerleyen Türkiye'nin enerji politikasına, rekabet hukuku kapsamında, Türkiye enerji piyasalarında yoğunlaşmaların kontrolü düzenlemelerine ve bu düzenlemelerin uygulamaya yansımalarına yer verilecektir.

BÖLÜM I

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ POLİTİKASI ve HUKUKU

I. ENERJİ POLİTİKALARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ YERİ VE ÖNEMİ

Enerji, ülke ekonomilerinin gelişmesi ve sürdürülebilmesi için ihtiyaç duyulan üretimin sağlanmasında gerekli olan temel unsurlardandır. Ülke sanayilerinin ve ekonomilerinin geliştirilebilmesinde gerekli olan enerji kaynakları, aynı zamanda günlük yaşamın sürdürülebilmesi için de ihtiyaç duyulan bir unsurdur. Özellikle üretimin temel girdisi olarak ele alındığında, enerji kaynaklarının münhasır nitelik taşınması ve kendine has pazar yapısının bulunması önemini arttırmaktadır. Bunların yanında, enerji piyasaları, ülkelerin birbirleriyle etkileşim içerisine girmesini sağlayan, hatta bazı durumlarda birbirlerine bağımlı kılan bir yapı arz etmesi nedeniyle ulusal etkilerinin yanında küresel etkileri de bulunan bir alandır. Bu nedenle, günümüzde, enerji sadece ekonominin bir unsuru, üretim girdisi ve tüketicinin ihtiyacına hizmet eden bir nitelik taşımamakta, global ekonomiye yön veren stratejik bir unsur olmaktadır. Bu kapsamda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin enerji kullanımı ve bunun ekonomilerine etkisi farklılık göstermektedir. Örneğin, enerji gelişmekte olan ülkelerdeki ekonomilere daha çok etki ederken, bu etki gelişmiş ülkelerde daha azdır. Gelişmekte olan ülkelerin sanayileşme yolundaki çabaları enerjiye olan ihtiyacını arttırmakta olup, bu etkinin azaltılması için teknik donanımın ve hizmet sektörünün geliştirilmesi gerekmektedir.

Endüstrileşmiş ülkeler dahil olmak üzere, AB üye ülkelerinin enerji üretimi tüketim miktarını karşılamamakta, bu durum ise bu ülkeleri çok büyük oranlarda dışarıya bağlı kılmakta, diğer ülkelerin üretim kaynaklarına yönlendirmektedir. Bu doğrultuda ülkeler, ekonomileri başta olmak üzere ihtiyaçlarının güvenli şekilde teminini sağlamak adına, üçüncü ülkelerle işbirliği içerisine girmekte, bu ülkelerden güvenli şekilde enerji temini için çalışmalar yürütmekte, aynı zamanda da kendi içerisindeki üretim miktarını arttırmak için alternatif enerji kaynaklarının kullanılmasına yönelik çalışmalar yapmaktadır. Yine bu yolda enerjinin verimli kullanılması ve tasarrufta bulunulması için yeni teknikler geliştirilmekte, bunların yaygınlaştırılması için düzenlemeler yapılmaktadır. Yani, enerji ülke ekonomilerinin kalkınmasına ve toplum refahının artmasına hizmet etmektedir. Ancak enerji piyasalarının kendine has özellikleri be gelişimi zorlaştırmaktadır.

Enerji piyasaları giriş maliyetlerinin çok yüksek olduğu, bu maliyetlerin geri dönüşümünün uzun yıllar aldığı pahalı piyasalardır. Petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerinden, elektrik santrallerinin kurulmasına, üretim noktalarından şehir veya sanayi merkezlerine, hatta bu merkezlerden de her bir hane halkına ulaştırılmasına kadar çok aşamalı ve masraflı bir yapı arz etmektedir. Bunun yanında, iletim, dağıtım gibi bazı faaliyetlerin birden fazla aktör tarafından gerçekleştirilmesinin ekonomik ve fiili olarak efektif olmaması, mevcut sistemleri elinde bulunduranların davranış şekillerinin izlenmesini, sistemlerin birçok aktöre hizmet edebilecek kapasitede tutulmasını, hatta mevcut kapasitelerin arttırılmasını gerektirmekte; bu durumlarsa giriş maliyetleri dışında ek maliyetler doğurmaktadır. Bunların yanında, piyasaların uzun yıllar boyunca, kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle devlet eliyle yürütülmesi, gelişimi geciktirmiştir. Kamu hizmeti anlayışında, enerji piyasaları

devlet eliyle düzenlenmiş, her bir faaliyet alanında tek bir aktörün, yani devlet kurumunun olması, tüketiciye tek bir fiyatın sunulmasına ve seçme hakkının verilmemesine neden olmuştur. Ancak, 1970’lerde yaşanan petrol krizinden sonra maliyetteki artış ve buna bağlı olarak karda meydana gelen azalış, ülkeleri alternatif arayışına yöneltmiş, bu arayışın yarattığı değişiklik, doğal tekel ile kamu mülkiyeti ve müdahalesi kavramlarının sorgulanmasına neden olmuştur¹. Bu kriz ile üretimin tüketimi karşılamadığı ülkeler, üretici ülkelere ne kadar bağlı oldukları ve bu ülkelerdeki istikrarsızlığın ekonomilerini temelden sarsacak etkilere neden olabileceğiyle yüzleşmişlerdir. Bu yüzleşme sonrasında enerji piyasalarının devlet elinden çıkarak özel sektöre geçmesi gündeme gelmiş, enerji piyasaları da serbestleşme çalışmalarının odak noktası olmuştur. Ancak enerji piyasalarının kendine has özellikleri, rekabet edilebilir bir pazar yapısı oluşturulması yolunda önemli bir engel olmuştur. Bu engellerin aşılması ise, enerji piyasalarında meydana gelen işlemlerin rekabet kurallarının etkin uygulaması yoluyla kontrol altında tutulmasından geçmektedir. Piyasanın işleyişindeki doğal engellerin dışında, özellikle belirli piyasalarda devlet eliyle düzenleyici işlemlerin yapılmasının gerekli olması, bu piyasaları devletin çizdiği sınırlar içerisinde, ancak özel sektör eliyle yürütülmesine neden olmaktadır. Bu durum, enerji piyasalarını idari otoriteler ve düzenlemeler ile özel sektörün dinamikleri arasında kalmasına neden olmakta, çok taraflı bir yapı oluşturmaktadır.

Enerji piyasalarında eskiden beri var olan doğal engellerin yanında, serbestleştirme yoluyla ve rekabet hukuku aracılığıyla yeniden yapılandırıldığı bu aşamalarda yine kendine has sorunlar bulunmaktadır. Enerji piyasalarının bu

¹ Y.Aslan, **Enerji Hukuku**, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.539-540.

özellikleri, AB'nin yapısı dikkate alındığında daha da önemli olmakta, pazarın ortak pazar olmasındaki zorluk derecesini ise arttırmaktadır. Nitekim AB'ne üye ülkeler sadece kendi ulusal düzenlemeleri ile değil aynı zamanda AB düzenlemelerine de uyumlu davranmak zorunda oldukları gibi, ulusal düzenleyici otoritelerin yanında AB kurumları tarafından da yönlendirilmekte ve denetlenmektedir. AB enerji piyasalarının rekabete açılması halinde sadece bir üye ülkedeki pazarın tamamı veya bir kısmı değil, ortak pazarın tamamı veya bir kısmındaki rekabet etkileri dikkate alınacak, tüm uygulamalar uluslar üstü bir yapıda değerlendirilecektir. AB'nde bir enerji pazarının oluşturulması hem AB ekonomisinin gelişimi, hem de arz güvenliğinin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Ancak enerji politikasının ekonomideki etkileri ve siyasi özellik taşıması AB'ne üye ülkelerin ortak pazar oluşturulması yolundaki iradelerini, başka bir ifadeyle yetki devrini geciktirmiştir. Bu nedenle, her ne kadar bugünkü AB'nin temellerini atan ilk Kurucu Anlaşmalar enerji üzerine yapılmış olsalar dahi, daha sonradan imzalanan Kurucu Antlaşmalarda enerjiye ilişkin yeni bir düzenlemeye yer verilmemesi tesadüf olarak nitelendirilmemelidir. Kurucu Anlaşmaların Birlik kaynaklarındaki yeri ve bunun getirdiği nitelikler düşünüldüğünde, enerji konusunda ayrı bir başlığın bulunmaması, üye ülkelerin bu duruma irade göstermemeleri olarak değerlendirilmektedir². Ancak bu durum zaman içerisinde değişiklik göstermiştir.

Enerji pazarının düzenlenmesine ilişkin ilk çalışmalar 1970 öncesinde yapılırken³, petrol krizinin patlak vermesi süreci hızlandırmıştır. Petrol krizinde Topluluk, bu konuda ortak bir düzenlemesinin ve iradesinin olmaması nedeniyle bir bütün olarak etki gösterememiş, üye ülkeler kendi çıkarları doğrultusunda hareket

² Ç. E. Ergün, **Avrupa Birliği Enerji Hukuku**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2007, s.5.

³ Örneğin, 1962 yılında yayınlanan "Memorandum on Energy Policy" ya da 1967 yılında yayınlanan "First Orientation to Common Energy Policy".

etme eğilimi göstermişlerdir⁴. Nitekim 1960'lı yıllarda ihtiyaç duyduğu enerjinin yarısından fazlasını karşılayabiliyorken, 1970'li yıllarda bu oranın çok altına düşmüş ancak petrol krizi sırasında yaşananların etkisiyle 80'li yıllarda yapılan düzenlemelerle birlikte toparlanmıştır⁵. Petrol krizinin ardından yaşanan bu toparlanmayla Topluluk, enerji alanında bazı strateji belgeleri yayınlayarak belirli dönemlerde gerçekleştirilmesi için hedef planlar oluşturmuştur⁶. Bu kapsamda, 10 yıllık dönemlerdeki hedefler belirlenmiş, bunlarla dışa bağımlılığın azaltılması, yenilenebilir enerji kaynaklarına yatırım yapılması, çevrenin korunması gibi hedeflerin yanında, serbestleşmeye ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir⁷.

Ancak, AB enerji politikasındaki asıl gelişim Avrupa Tek Senedi'nden (ATS) sonra yaşanmıştır. ATS ile ortak bir mal ve hizmet pazarının oluşturulması için mevcut fiziki ve mali engeller ile eş etkili önlemlerin kaldırılması amaçlanmıştır. Bu metnin içerisinde elektrik ve doğalgazın bir mal olarak alınması ise, bu piyasaları Avrupa'daki pazar bazlı değişimin bir parçası haline getirmiştir⁸. Bu aşamadan sonra sadece ulusal politikaların uygulanması mümkün olmayıp, AB ile ulusal yapıların birlikte yürütülmesi gerekmektedir⁹. ATS'ye kadar, üye ülkelerin enerji sektörüne

⁴ Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğu Anlaşması ve Avrupa Birliği Antlaşması değiştirilerek sütunlu yapı ortadan kaldırılmış bu nedenle 'Topluluk' terimi yerine 'Birlik' terimi kullanılmıştır. Çalışmamızda terim birliğini sağlamak açısından yeni düzenlemelere uygun olarak 'Birlik' terimi kullanılacaktır.

⁵ Y. Ege, "Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası ve Türkiye'nin Uyumu", **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004, s.7

⁶ Bunların arasında, 1973 yılında yayınlanan "Yeni Enerji Politikası için Stratejiler" (Strategy of New Energy Policy); 1985 ve 1990 yıllarında çıkarılan ve enerji yükümlülüklerini sıralayan belgeler (Energy Objectives) ile 1986 yılında yayınlanan "Yeni Enerji Politikası" (New Energy Policy) örnek olarak gösterilebilir.

⁷ White Paper on Energy Policy, European Commission, COM 88 174, 1988. Önemi son yıllarda gittikçe artan çevre konusunun enerji politikalarının temel unsurlarından olması bir çelişki yaratıyor izlenimi vermektedir. Zira çevreye büyük ölçüde zarar veren enerji kaynaklarının tüm aşamalarında çevre duyarlılığı fikri yerleştirilmekte, çevreye duyarlı yeni teknolojilerinin geliştirilmesi ile enerjinin verimli ve tasarruflu kullanımı için çok sayıda çalışma ve düzenleme yapılmaktadır.

⁸ P. D. Cameron, **Energy Markets: Law and Regulation in The European Union**, Oxford University Press, 2002, s. 29.

⁹ P. D. Cameron, a.g.e., s.29.

yaklaşımı AB ile ulusal düzenleyici organların arasındaki yetki devri ile düzenleyici yetkinin karşılıklı etkisinin ne gibi bir sonuç doğuracağı yanında enerjinin üye ülkeler ve AB kurumları arasında en hassas ekonomik faktör olmasıdır¹⁰. 1970 öncesinde enerji alanında ortak bir politika geliştirilmesinden bahsedilmezken bu dönemin etkileri ve ATS ile tek pazarın oluşturulması için atılan adımlar enerji piyasalarına da etki etmiştir. Kriz sonrasında kamu mülkiyeti ve devlet müdahalesinin sorgulanması ekonomi ile devlet ilişkini değiştirmiş, bu durum ise üye ülkeleri, enerji alanında yetki devrine ve düzenleyici otoriteler arasındaki ilişkilere dair endişelerini gözden geçirilmeye yöneltmiştir. ATS'nin ardından 1993 yılında yayınlanan ve tek bir enerji pazarının oluşturulması için neler yapılması gerektiğini içeren belgeyle enerji piyasaları yapılandırma yoluna girmiştir¹¹.

ATS öncesinde, üye ülkelerin temel endişeleri, AB ve ulusal organlar arasındaki yetki paylaşımı ile düzenleyici etkide yaratacağı sonuç ve enerji piyasalarının üye ülkeler ile AB kurumları arasındaki en hassas ekonomik sektörlerden olmasında toplanmaktadır. Nitekim enerji piyasalarındaki gelişme sadece ekonomik alanda değil, sosyal, siyasi ve kurumsal olmak üzere pek çok alanda olumlu gelişimi içinde barındırmakta, bu özelliği ile enerji piyasalarında yaşanan ilerleme ve istikrar kalkınmanın göstergesi olmaktadır¹². AB'nin Kurucu Antlaşmalarında da Birliğin amacının iç pazarın kurulması yanında, istikrarlı bir ekonomik büyümenin sağlanması, üst düzeyde rekabetçi bir piyasanın olması, tam istihdamın sağlanması ile çevre kalitesinin korunması ve ilerletilmesi olduğu belirtilmiş, bu hedeflerle ilerleyerek sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için

¹⁰ P. D. Cameron, a.g.e., s.29.

¹¹ IEM Working Document, COM (1988), 238 final, 2 May 1988.

¹² Y. Aslan, 2009, Cilt I, s.10.

çalışılacağı ifade edilmiştir¹³. Bu kapsamda, diğer ülkelerde olduğu gibi AB’nde de enerji piyasalarındaki yapılandırmanın başarılı olması, belirli bir seviyeye gelmesi ve düzenli bir şekilde ilerlemeye devam etmesi, üye ülkelerin ve AB ekonomisinin büyümesinde istikrarın yakalanmasını sağlayacak; Avrupa’nın kalkınmasına hizmet edecektir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ POLİTİKASI VE HUKUKU

Enerjinin dünya ve ülke ekonomilerindeki yeri, temel politikalardan biri olması ile kendine has pazar özelliği ve münhasır yapısı AB içerisinde de önemli bir yere sahip olmasına neden olmakta, bu durum ise ülkeleri enerji politikaları geliştirmeye ve bu piyasalara ilişkin hukuki düzenlemeler yapmaya yöneltmektedir.

AB enerji piyasalarının şekillenmesinde, temellerinin atıldığı anlaşmalardan bu yana dünyada yaşanan politik gelişmelerin ve enerji kaynaklarının temininde yaşanan değişiklikler önemli rol oynamıştır. Buna göre, Paris Antlaşması’nın imzalandığı yıllarda en çok kullanılan enerji kaynaklarının başında kömür gelirken, onu petrol yakıtları takip etmiş; 1970’lere gelindiğinde ise petrol ile kömür sıralamada yer değiştirmiş, doğalgazda yükseliş meydana gelmiştir¹⁴. Petrol krizi ve ATS sonrasında enerji politikasının gelişimi için hayata geçirilmesi gereken temel hedefler, rekabete açık bir pazar oluşturulması, arz güvenliğinin sağlanması ve çevrenin korunması olarak belirlenmiştir¹⁵.

¹³ Consolidated Version of Treaty on European Union, 2008/C, 115/17, 09.05.2008.

¹⁴ Y. Ege, 2004, s. 7.

¹⁵ White Paper, An Energy Policy for the European Union, COM (95) 682 final, 1995, http://aei.pitt.edu/archive/00001129/01/energy_white_paper_COM_95_682.pdf, (March 20, 2005). 1997 yılında yayınlanan Beyaz Kitap ise arz güvenliğinin sağlanması ve çevrenin korunması amaçlarına yönelik olarak yenilenebilir enerji kaynaklarına yer verilmiştir; Communication from the

Ortak bir enerji pazarının oluşturulması için belirlenen temel hedefler arasında yer alan rekabetçi bir pazarın oluşturulması süreci kendine has pazar özellikleri taşıyan ve uzun yıllar devlet tekelinde olan enerji piyasalarının serbestleşmesini öngörmektedir. Günümüz enerji politikalarında önemli bir unsur olarak yer alan serbestleştirme ise, en genel tanımıyla bir piyasanın rekabete açılması durumudur¹⁶. Ancak, özellikle enerji piyasasındaki serbestleştirme çalışmaları pazarın yapısını çok etkilemektedir. Zira, enerji pazarı yıllar boyu kamu hizmeti niteliği gereği devlet tekelinde olmuştur. Üretim ve arz aşamaları serbestleşme yolunda ilerlemeye daha elverişli iken, iletim ve dağıtım gibi bazı alanlar doğal tekel olarak varlığını sürdürmekte, bu hizmetlerin birden fazla teşebbüs tarafından yapılması hem ekonomik, hem de fiziki açıdan makul olmamaktadır. Ayrıca, serbestleştirilmiş bir piyasada dahi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin etkileri dışında, pazara yatırımın çok maliyetli olması, büyük yatırımlar gerektirmesi gibi giriş engelleri enerji piyasasını diğer piyasalardan ayırmaktadır. Fakat enerji alanında bir iç pazar oluşturabilmenin yolunun serbestleştirmeden geçeceğini fark eden AB ülkeleri, hazırladıkları direktifler ile enerji piyasalarının serbestleştirilmesine ilişkin adımları atmıştır. Sonrasında ise direktiflerin üye ülkelerdeki uygulamaları ve tek pazarın oluşturulmasına yansımaları takip edilmiş, yetersiz kaldıkları alanlar belirlenerek yeni düzenlemelerle iyileştirme çalışmaları yapılmıştır.

İyileştirme çalışmalarıyla rekabetçi bir enerji pazarının oluşturulmasının yanında, özellikle 2000 yılında petrol fiyatlarında meydana gelen ani yükseliş,

Commission, Energy for the Future: Renewable Sources of Energy, White Paper for a Community Strategy and Action Plan, COM (97) 599 final (26/11/1997).

¹⁶ Serbestleştirme, pazarda rekabet ortamının yaratılmasına bağlı olarak, tüketicinin malı daha düşük fiyatla elde etmesini sağlamaktadır. Bunun yanında, teknolojilerin geliştirilmesi ve bu anlamda yeniliğe açık olunması, hizmet kalitesinin yükselmesiyle birlikte pazardaki ürünün etkin kullanımının sağlanması gibi birçok yararı beraberinde getirmektedir.

1973'te yaşanan petrol krizinde yaşananlara benzer olarak, uluslararası piyasaları etkilemekte esaslı bir etkisinin olmaması, AB'nin arz güvenliğini öncelikli konular arasında yer almasını sağlamıştır. İhtiyacı karşılayacak miktarda enerjinin, güvenlik kaygısı taşımadan sürekli ve uygun fiyatlarla sağlanabilmesi olarak tanımlanabilecek arz güvenliğinin sağlanması kapsamında yapılan düzenlemeye göre¹⁷, iç pazarın geliştirilmesi ve iklim değişikliği ile mücadele, enerji seçimlerinde etkili olacak ve bu yolla arz güvenliğinin sağlanmasına hizmet edecek başlıklar olarak belirlenmiştir¹⁸. Ayrıca, arz güvenliğinin sağlanabilmesi için yeni enerji kaynaklarının üretilmesi ile küresel ısınma ile mücadele edilmesinin yanında, orta vadede nükleer enerjiye yatırımın teşvik edilmesi, petrol ve doğalgazın depolanabilmesi için daha güçlü bir sistem ile daha güvenilir yeni ithalat hatlarının geliştirilmesi gereklidir. Bunun başlıca nedenlerinden biri ise, AB'nin enerji ithalatının siyasi açıdan güven teşkil etmeyen ve istikrarsız ülkelerden karşılanıyor olmasıdır¹⁹.

¹⁷ Commission Green Paper of 29 November 2000 Towards a European strategy for the security of supply, COM (2000) 769, final.

¹⁸ Bu doğrultuda 2000 yılında yayınlanan Yeşil Kitap'a göre, arz güvenliğinin sağlanabilmesi için enerji seçimlerinde önemli bir etkisi olan iklim değişikliği ile mücadele ve iç pazarın geliştirilmesi esas alınması gereken iki başlıktır. Bu Kitap'a göre AB'nin enerji politikasındaki hedefi, vatandaşların refahı ve ekonominin uygun işleyişi açısından, tüm tüketiciler için uygun bir ücretlendirme ile enerji ürünlerine kesintisiz erişimin sağlanması olmalı; bu hedefe ulaşmaya çalışılırken çevreye ilişkin konular ve sürdürülebilir bir gelişimin sağlanması göz önünde bulundurulmalıdır. AB'nin uzun dönemli enerji stratejisi arasında talep ile arzın dengelenmesi, arzın artırılmasındansa, talepteki büyümenin kontrol altına alınması gerekliliği üzerinde durulmuş, bu kapsamda tüketici davranışlarını değiştirecek vergilendirme usullerinin getirilebileceği belirtilmiştir.

¹⁹ AB'nin dışa bağımlılığının enerji kaynaklarına göre dağılımına bakıldığında ise, petrolün %82.6'sinin, doğalgazın ise %60.3'ünün ve katı yakıtların %41.2'sinin, ithal edildiği görülmektedir; European Commission Directorate-General for Energy and Transport (DG TREN), EU Energy in Figures 2010, Figure 2.2.3, s.13; www.ec.europa.eu/energy/publications/statistics/statistics_en.htm. AB'nin, en büyük ithalatçıları arasında ise ilk sırada Rusya yer almaktadır. AB bugün ham petrol ithalatının %34'ünü, doğalgaz ithalatının ise %40.8'ini Rusya'dan temin etmektedir. Ham petrolde Rusya'yı sırasıyla Norveç (%15.5) ve Libya (%10.2), doğalgazda ise Norveç (%26.7) ve Cezayir (%16.9) takip etmektedir.

AB'nin dünyadaki en büyük ithalatçı ve ikinci büyük tüketici olması²⁰, enerji piyasalarında yaşadığı en büyük problemlerden birinin arz güvenliği olduğunu göstermektedir. Bu bağımlılık, gün geçtikçe artmakta, bugün AB'nin toplam enerji tüketiminin %50'sinin dışa bağımlı olduğu belirtilmekte ve bu rakamın 2030 yılına gelindiğinde %65'e çıkması beklenmektedir²¹. Bu veriler, dışa bağımlılığın azaltılmasını sağlayacak şekilde, rekabetçi ve sürdürülebilir bir pazarın oluşturulması, yeni ve güvenilir enerji kaynaklarının bulunması, bu kapsamda üçüncü ülkeler ile ilişkilerin güçlendirilmesi, temin edilen kaynakların depolanması imkanlarının, yenilenebilir enerji kaynaklarının üretimdeki yerinin artırılması, enerji verimliliğinin²² ve enerji tasarrufunun sağlanması gibi birçok konuyu bir araya getirmektedir.

AB enerji politikasının temelini oluşturan unsurlardan sonuncusu olan çevrenin korunması kapsamında, iklim değişikliği ile mücadele ve küresel ısınmanın derecesini artırması nedeniyle karbon salınımları ve çevreye zararlı üretim yöntemleri konularında çeşitli önlemler alınması yoluna gidilmiştir²³. Bunun yanında, yenilenebilir enerji kaynaklarının üretimdeki yerinin ve kullanımının artırılması, karbon emisyon oranının düşürülmesi, enerji verimliliğinin ve tasarrufunun sağlanması ileriye yönelik hedefler arasında yer almaktadır. Ayrıca, en temiz üretim şekli olan nükleer enerji üretiminin de artırılması istenmektedir.

²⁰ Avrupa'da sadece İngiltere, Hollanda, Norveç, Danimarka ve Arnavutluk enerji ihtiyacını kendi başına sağlayabilmekteyken, toplamda yer alan 33 Avrupa ülkesinden 9'u ise %95 oranında dışa bağımlı durumdadır; Ç. E. Ergün, 2007, s.10.

²¹ An Energy Policy for Europe, COM (2007) 1 Final, s.2

²² 2000 tarihli Yeşil Kitap'ın yayınlanmasından sonra özellikle enerji verimliliğinin sağlanması için bir atılım yapılmış, bu kapsamda birçok yeni düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemelerin arasında 2001/77 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Enerjisi Üretilmesine İlişkin Direktif, yapılarda enerji tasarrufunun sağlanmasını düzenleyen 2002/91 sayılı Direktif, bio yakıtların geliştirilmesine ilişkin 2003/30 sayılı Direktif yer almaktadır.

²³ Bu kapsamda, AB 1990 ile kıyaslandığında 2020 yılına gelindiğinde sera gazı emisyonunun %20 oranında düşürülmesini kendine hedef olarak seçmiştir.

Nükleer enerji konusu ise halen tartışmalı bir konu olmasının yanında, radyoaktif atıkların durumu ile güvenliğin sağlanması konularının net bir çözüme ulaştırılamamış olmasına rağmen, üstü tamamen örtülmüş bir seçenek olmadığı söylenebilir.

AB'nin enerji politikası içerisinde ulaştığı son noktayı özetlemek gerekirse, enerjinin ekonomide, toplum refahında ve siyasi arenadaki yeri dikkate alınarak, enerji piyasaları uluslararası seviyede ele alınmakta, bu yönde yapılacak düzenlemeler ile ortak pazarın oluşturulması sürdürülebilir ve rekabetçi bir pazarın oluşturulması, arz güvenliğinin sağlanması ve çevreye olan etkilerinin dikkate alınması temelleri üzerinde şekillenmektedir. Yeni kaynakların üretiminin yanında üretilen enerjinin verimli kullanılması ile etkinliğinin artırılması ve enerji tasarrufunun sağlanmasına çalışılmaktadır. Hepsinin amacı ise, gün geçtikçe artan dışa bağımlılığı azaltmakla birlikte ortak bir enerji pazarının oluşturulmasını sağlamaktır. Dolayısıyla bu önlemler alınırken, tüketici refahının öncelikli olması ve bu kapsamda rekabetin ve ekonomik yapının korunması ile çevreye olan etkiler ve bu etkilerin en aza indirilmesi çalışmaları da yapılmaktadır. Bu kapsamda ortak bir enerji pazarının oluşturulması için üye ülkelerin politikaları uyumlaştırılmaya çalışılmakta, bu doğrultuda hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Nitekim AB enerji piyasalarındaki hukuki düzenlemeler de bu ilkeler çerçevesinde ilerlemekte ve bunları en etkin şekilde piyasalara yansıtarak, ekonominin ve toplum refahının artırılmasına hizmet etmektedir. Ancak, AB enerji politikasının gelişimi ile hukuki düzenlemelerin her aşamada birbirine paralel ilerlediğini söylemek mümkün olmamaktadır. Bugünkü AB'nin temelleri Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'nun (AKÇT) ardından Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ile birlikte yürürlüğe giren

Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) Anlaşması'na dayanmakta olup, ilgili antlaşmalar dikkate alındığında enerjinin AB'nde önemli bir yeri olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, ilk yapılan Kurucu Antlaşmalardan sonra enerji alanındaki bütünleşme hızlı bir gelişim göstermemiştir. AET ve AAET sonrasında yaşanan gelişmeler, yaşanan krizlerin enerji piyasası ile birlikte ülke ekonomilerini etkileyecek olmasındaki gerekliliği su yüzüne çıkarmış ve üye ülkeler bu alanlarda yetki devrine yönelmişlerdir.

Kurucu Antlaşmaların Birlik kaynaklarındaki yeri ve bunun getirdiği nitelikler düşünüldüğünde, kuruluştan bu yana ayrı bir başlığın bulunması, zaman içerisinde değişiklik göstermiş ve 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğü giren Lizbon Antlaşması ile sonuca ulaşmıştır. Lizbon Antlaşması'nın ardından Kurucu Antlaşmalar konsolide edilmiş²⁴ ve Avrupa Topluluğu Antlaşması yerini Avrupa Birliği'nin İşbirliğine Dair Antlaşma (ABİDA) almıştır²⁵. ABİDA'nın paylaşılan yetki alanlarını düzenleyen 4. maddesinin (i) bendinde enerji başlığına yer verilmiş ve böylece enerji başlığı üye devletler ile Birliğin ortak yetkiye sahip oldukları bir alan haline gelmiştir. Bu düzenleme ile 1952 yılında AKÇT'nin kurulmasından bu yana Kurucu Antlaşmalarda yapılamayan ilerleme sağlanmıştır. Bununla birlikte Antlaşma'nın Başlık XXI altında yer alan düzenleme uyarınca,

“Birliğin enerji politikası, iç pazarın kurulması ve işleyişi kapsamında, çevrenin korunması ve iyileştirilmesi gerekliliğine uygun olarak ve üye ülkeler arasında dayanışma ruhuyla hareket ederek aşağıda belirtilen ilkeleri amaçlamaktadır;

²⁴ Bundan sonra yapılacak açıklamalarda, ayrıca belirtilmediği takdirde, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın konsolide versiyonu esas alınacaktır.

²⁵ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008/C 115/01, 09.05.2008.

- (a) Enerji piyasasının işleyişini sağlamak*
- (b) Birlik içinde enerji arzı güvenliğini sağlamak,*
- (c) Enerji etkinliği, enerji tasarrufu ve yeni ve yenilenebilir enerji biçimlerinin geliştirilmesini teşvik etmek,*
- (d) Enerji ağlarının karşılıklı bağımlılığını teşvik etmek.”*

Bu yeni düzenleme ile ikincil kaynaklarla yapılan düzenlemenin yerini temel antlaşma hükmü almış ve enerji alanının Birlik boyutunda düzenlenmesi ihtiyacı karşılanmıştır.

Birliğin yetki sahibi olduğu ve enerji ile doğrudan bağlantısı olan iç pazar, uyumlaştırma, çevre ve vergilendirme konularının yanında, enerjinin de yer alması ve diğer alanlarla paralel şekilde düzenlenmesi ve uygulanması hareket kabiliyetini arttırmıştır. Zira tüm bu başlıkların hep birlikte değerlendirilmesi gerekli olup tek bir politikanın uygulanması genel soruna etkin çözümler getirmeyecektir²⁶.

Enerji alanındaki düzenlemeleri içeren temel başlık dışında, “Trans-Avrupa Enerji Ağları” ile iç pazarın geliştirilmesi, arz güvencesinin daha iyi bir hale getirilmesi ile ekonomik ve sosyal anlamda gelişime destek verilmesi hedeflenmiş, elektrik ve doğalgaz ağlarının bütünleşmesini sağlamak, bunları güçlendirmek,

²⁶ Buna göre, Avrupa Parlamentosu (Parlamento) ve Avrupa Konseyi (Konsey) enerji alanına ilişkin olarak ve yukarıda belirtilen amaçlara ulaşılabilmesi için alınacak önlemleri, olağan yasama usulüne göre karara bağlayacak, ancak kararlar alınmadan önce Ekonomik ve Sosyal Komite ve Bölgeler Komitesi’ne danışılacaktır. Aynı düzenlemenin devamında ise, bu madde kapsamında alınacak olan önlemlerin bir üye ülkenin enerji kaynaklarını kullanma şartlarını belirleyebilmesine, farklı enerji kaynakları arasında seçim yapmasına engel teşkil etmeyeceğine, enerji arzının genel yapısını etkilemeyeceğine yer verilmiştir. Ancak, bu maddenin uygulanmasında, Çevre başlığı altında, Konsey’in, üye ülkelerin farklı enerji kaynakları ile kendi enerji temininin genel yapısı arasında üye ülkelerin seçimini önemli ölçüde etkileyecek önlemleri alabilmesini düzenleyen 192(2)(c) maddesinde yer alan düzenleme saklı tutulmuştur. Yani, maddenin son fıkrasında ise, Konsey’e bir istisna hakkı verilmiştir. Buna göre, Konsey, Parlamento’ya danıştıktan sonra, ilgili konunun ekonomik olarak öncelikli olması durumunda, özel yasama usulü uyarınca gerekli görülen önlemleri oybirliğiyle alabilecektir. Özel yasama usulü ilgili maddenin ikinci paragrafında belirtilen olağan yasama usulünden ayrı tutulmuştur.

AB’ne elektrik ve doğalgaz iletimini garantilemek arzu edilmiştir²⁷. “Çevre” başlığında ise, Komisyon’a, üye ülkelerin farklı enerji kaynakları ile enerji arzlarının genel yapısı arasında yapacakları tercihleri önemli derecede etkileyen önlemleri alabilme yetkisi verilmektedir²⁸. Bunların yanında, “Ekonomi ve Para Politikası” başlığı kapsamındaki düzenlemelerde ise Konsey’e enerjinin de aralarında bulunduğu bazı ürünlerin arzında önemli zorlukların ortaya çıkması durumunda, ekonomik duruma uygun tedbirleri alma imkanı tanınmıştır²⁹.

AB’nin enerji alanında yaptığı düzenlemeler arasında, AB ülkeleri ile üçüncü ülkeler arasında imzalanan uluslar arası anlaşmalar da bulunmaktadır. AB’nin enerji temininde dışa olan bağımlılığının çok yüksek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü ülkelerle olan iletişiminin ve bu ülkelerden enerji teminine ilişkin bağlayıcı düzenlemelerin, üye ülkelerin kendi aralarında bir iç pazar oluşturmamasından daha önemli olduğu söylenebilir. AB de bu durumu göz önünde bulundurmuş ve üçüncü ülkelerle çeşitli anlaşmalar imzalamıştır. Bu kapsamda, Avrupa Enerji Şartı (European Energy Charter-EEC) ardından da, Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty) imzalanmıştır³⁰. Bu anlaşmalarla, enerji alanında

²⁷ ABİDA, XVI. Başlık “Trans-Avrupa Ağları”, m.170 (ATA m.154); İktisadi Kalkınma Vakfı, **Avrupa Birliği’nin Rekabet Politikası ve Türkiye’nin Uyumu**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul-Nisan 2002 s.50. Trans-Avrupa Enerji Ağları’nın uygulanmasında elektrik sektöründe, diğerlerinden ayrık bulunan şebekeler arasında bağlantı kurulması, üye ülkelerin kendi aralarında ve üçüncü ülkelerle ara bağlantıların güçlendirilmesi; doğalgaz sektöründe ise, yine ayrık durumdaki şebekeler arasında bağlantı kurulması, hiç bağlantı olmayan bölgelere doğalgaz iletilmesi, alım, depolama ve ulaştırmanın artırılması konuları öncelikler arasında yer almaktadır; İKV, a.g.e., 51.

²⁸ ABİDA, XX. Başlık “Çevre”, m.192. (ATA m.175). Bu düzenleme de ATA ile paralellik taşımakta, ABİDA’nda da Komisyon’un bu başlık altında bir düzenleme yapması halinde özel yasama prosedürünün kullanılacağı belirtilmektedir.

²⁹ ABİDA’nın 122. maddesinde (ATA m.100) yer alan bu düzenlemenin uygulanabilmesi için Antlaşmalarda öngörülen diğer uygulamalara aykırı olmaması gerekmekte ve Avrupa Komisyonu’nun (Komisyon) önerisi ile üye ülkelerin dayanışma ruhu içerisinde gerçekleşmesi esas alınmaktadır. ATA’nda bu madde benzer şekilde düzenlenmesine rağmen, enerji alanına ilişkin bir öncelik tanınmamış, ABİDA ile enerji alanına vurgu yapılmıştır.

³⁰ Enerji Şartı’nın istenilen etkiyi göstermemesi üye sayısı sebebiyle geniş bir alanı kapsamaması ve bağlayıcı nitelik taşımaması nedeniyle, taraf ülkelere Anlaşma’da yer alan hükümlere uyulmaması durumunda başvurabilecekleri bir tahkim mekanizması oluşturulmuştur; Ç. E. Ergün, 2007, s. 85.

uzun süreli işbirliğinin geliştirilmesi ile bu işbirliğinin rekabet, şeffaflık ve bağımsızlık gibi çeşitli hükümler çerçevesinde yürütülmesi amaçlamıştır. Enerji alanında yapılan bir diğer önemli uluslar arası anlaşma örneği ise, 25 Kasım 2005 tarihinde imzalanan ve 1 Temmuz 2006’da yürürlüğe giren ve 10 yıl süre ile geçerli olacak³¹ Enerji Topluluğu Anlaşması ile AB mevzuatının taraf ülkelerin iç hukuklarına geçirmeleri yanında³², taraf ülkeler arasında, elektrik ve doğalgaz ticaretinde gümrük uygulanmaması ve Kyoto Protokol’üne taraf olunması amaçlanmıştır³³.

AB enerji politikasındaki gelişmelerin, kurucu antlaşmalara ve uluslar arası antlaşmalara yansısı yukarıda gibi özetlenebilmekte, ancak, politikada yaşanan gelişmelerin asıl etkileri ve uygulamaya yansısı ikincil nitelikli düzenlemeler ile gerçekleşmektedir. Bu kapsamda, direktifler başta olmak üzere, yapılan düzenlemelerle üye ülkelerin enerji piyasalarının yeknesaklaştırılması için ortak bir

Enerji Şartı Antlaşması’na ek olarak yürürlüğe giren Enerji Protokolü ile, sürdürülebilir gelişmeye uygun olarak enerji verimliliği politikaların desteklenmesi, üreticilerin ve tüketicilerin enerjiyi daha ekonomik kullanmaları konusunda teşvik edici düzenlemeler yapılması ile enerji verimliliği alanında işbirliğinin geliştirilmesi amaçlanmıştır.

³¹ Bu nedenle, 1 Temmuz 2016 yılında Anlaşma sona erecektir.

³² Bu Anlaşmada kademeli bir geçiş öngörülmüş ve ilk aşamada, 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren tüm tüketicilerin serbest tüketici haline getirilmesi kararlaştırılmış, evsel tüketiciler ilk aşamada kapsamın dışında tutulmuştur. Ancak evsel tüketicilerin de 1 Ocak 2015’ten itibaren serbest tüketici sayılması ile birlikte, tüm müşteriler serbest tüketici halini alacaktır.

³³ Bahsedilen anlaşmaların dışında üçüncü ülkelerle işbirliğinin geliştirilmesi adına yapılan TACIS (1991), TRACECA-Avrupa Kafkasya Asya Ulaştırma Koridoru (1993), INOCATE- Avrupa’ya Devletlerarası Petrol ve Doğalgaz Taşımacılığı Programı (1995), SEEERF- Güneydoğu Avrupa Enerji Düzenleyici Forumu gibi arz güvenliğini sağlamak amacıyla oluşturulan programlar da yer almaktadır. Akdeniz Bölgesi’nde ise, 2020 yılında 20 GW gücünde yeni yenilenebilir enerji üretim kapasiteleri oluşturulması ile önemli derecede enerji tasarrufu sağlanmasını amaçlayan Akdeniz Güneş Planı ile Güney Akdeniz ülkeleriyle bağlantı kurularak arz güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan Akdeniz Bağlantı Planı olmak üzere iki ayrı yapılanma bulunmaktadır. Kuzey’e çıkıldığında 1999 yılında Baltık Denizi ülkeleriyle yapılan işbirliğini öngören BASREC projesi ile arz güvenliğinin sağlanması, doğalgaz geçiş hatlarının oluşturulması, elektrik ve doğalgaz ara bağlantılarının artırılması ile enerji verimliliği, iklim değişikliği ve yenilenebilir enerji gibi konular gündeme getirilmektedir. Tüm bunların yanında, AB’nin Brezilya, Çin, Hindistan, Irak, Norveç, Rusya, Güney Afrika, Ukrayna ve ABD gibi üçüncü ülkelerle ikili işbirliği anlaşmaları bulunmakta ve uluslar arası organizasyonlara katkı sunmaktadır. AB’nin üye olduğu bu uluslararası organizasyonların başında IEA, G8 ve OPEC gelmektedir. Ayrıca, Komisyon tarafından, “AB Uluslararası Enerji İşbirliği Programı” kapsamında Sinerji adında bir işbirliği programı oluşturulmuş; Birlik sanayisinde rekabetin geliştirilmesi, arz güvenliğinin sağlanması, sürdürülebilirliğin teşvik edilmesi ve enerji etkinliğinin geliştirilmesi amaçlanmıştır.

hukuk düzeninin oluşturulmasını amaçlanmaktadır. Bu yolla üye ülke enerji piyasalarının yeniden şekillendirilmesiyle sürdürülebilir bir ortak pazarın oluşturulması yolunda önemli adımlar atılmaktadır. Bu düzenlemeler piyasaların ihtiyaçlarına göre revize edilmekte, Komisyon ise uygulamaları ile değişime yön vermektedir. Bu kapsamda ortak bir pazarın oluşturulması yolunda rekabet hukuku önemli bir görev üstlenmektedir. Zira yoğunlaşmaların kontrol edilmesi başta olmak üzere, rekabet kurallarının etkin şekilde uygulanması, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin ekonomik kararlarını özgürce vermelerine imkan veren, rekabet edilebilir, sürdürülebilir ve tüketici refahına hizmet eden bir piyasanın oluşmasını sağlayacaktır.

AB enerji piyasalarının gelişmesinde rol oynayan düzenlemeler enerji kaynaklarının özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Enerji politikalarındaki hukuki düzenlemeler ağırlıklı olarak direktiflerle yapılmış, üye ülkelerden bu esaslar çerçevesinde iç hukuk düzenlemelerini değiştirmeleri beklenmiştir. Piyasalarda yürürlüğe konulan bu düzenlemelerde öncelikli olarak, üye ülkelerdeki uygulamaların yeknesaklaştırılması ve ortak bir zemine oturtulabilmesi amaçlanmıştır; bu amaç doğrultusunda piyasanın şeffaflık, nesnellik ilkelerini kabul eden ve ayrımcılık yasağı esasını benimseyen bir temel üzerine kurulması ile rekabetin sağlanmasına çalışılmıştır.

Bu temeller ve ilkeler üzerinde şekillenen ilk pazar ise kömür pazarıdır. AB'nin ve enerji politikasının temeli sayılabilecek, 18 Nisan 1951 tarihinde imzalanan ve 23 Temmuz 1952 yılında yürürlüğe giren AKÇT ile kurucu ülkeler arasında ortak bir kömür-çelik pazarı kurulması amaçlanmıştır³⁴. Kömür sektöründe

³⁴ AKÇT Antlaşmasının 50 yıllık bir süre için yapılmış olması nedeniyle, 23 Temmuz 2002 tarihinde, AKÇT kapsamındaki tüm faaliyetler ve yetkiler AT'na devredilmiş, AT kurumları AKÇT'nun

1952'den itibaren ticarete ilişkin engeller kaldırılmış olup, pazarının serbestleştirilmesi ise tamamlanmıştır. Ancak, yeni üye ülkelerden Polonya ve Çek Cumhuriyeti kömür açısından zengin olmasına, hatta tüm üye ülkelerin toplamından daha çok üretim yapabilmesine rağmen, halen ekonomik bir maliyetle üretim yapılamamakta, kömür ithali daha ucuza gelmektedir³⁵. Bunun yanında, ithalatın mevcut oranlardan daha yüksek olmasını ise kömür endüstrilerini devam ettirmek isteyen üye ülkelerin ithalata engel koymaları önlemiştir³⁶.

Elektrik üretiminin %29,4'lük kısmının kömürden sağlanıyor³⁷ ve diğer enerji kaynaklarında bir aksaklığın meydana gelmesi halinde ikame mal niteliği taşıyor olsa da, ısı değerinin düşük olması, katı ve ağır bir maden olmadı nedeniyle taşımalarının ve depolanmasının çok güç olması yanında, karbon emisyonunun çok yüksek olması gibi olumsuz özellikleri bulunmaktadır³⁸. Tüm bunlara rağmen, daha temiz bir kömür üretimi için yeni teknolojiler aranmaya devam edilmektedir.

Toplam tüketimin %36.4'ünü oluşturan petrol piyasasında yapılan düzenlemeler ile üye ülkeler arasındaki farklılığı ortadan kaldırmak adına yapılacak faaliyetlere ilişkin genel usul ve esaslara yer verilmiştir. Petrol piyasaları konusunda,

kurumları yerini almıştır. Fakat Antlaşma kapsamında yapılan uygulamalar ortadan kaldırılmamış, bunların Topluluğa aktarılması ve sektördeki fonların düzenlenmesi için çeşitli direktif çıkarılmıştır. Commission Directive 2003/76/EC of 11 August 2003 amending Council Directive 70/220/EEC relating to measures to be taken against air pollution by emissions from motor vehicles, Council Decision 2003/77/EC of 1 February 2003 laying down multiannual financial guidelines for managing the assets of the ECSC in liquidation and, on completion of the liquidation, the Assets of the Research Fund for Coal and Steel; Council Decision 2003/78/EC of 1 February 2003 laying down the multiannual technical guidelines for the research programme of the Research Fund for Coal and Steel. Bu düzenlemeler dışında Kömür Teşvik Tüzüğüyle devlet yardımı yapılabilecek alanlar belirlenmiş, Avrupa Kömür Araştırma programı oluşturulmuştur.

³⁵ U. Tuncay, **The EU Energy Policy and the Importance of Energy in Turkey's Accession to the EU**, Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2005, s.19. İngiltere, Almanya, Fransa, İspanya ve Polonya kömür üretimi yapmaktadır.

³⁶ A. Ege, "Avrupa Birliği'nde Kömür ve Katı Yakıtlar", **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, Avrupa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004, s. 114.

³⁷ EU Energy in Figures 2010, Figures 2.4.3., s. 30.

³⁸ Kömürü, %27.8 ile nükleer enerji, %22.6 ile doğalgaz takip etmekte, yenilenebilir enerjinin payı ise %15.6'da kalmaktadır.

Birlik boyutundaki düzenleme 1994 tarihinde hazırlanan Hidrokarbon Lisans Direktifi³⁹ ile hidrokarbon araştırma, arama ve üretim faaliyetlerinin tüm teşebbüslere açık olması, bunlar arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmaması ve bu faaliyetlerin yerine getirilmesi için alınması gereken lisans ve izinlere ilişkin uygulanması gereken ortak kurallar belirlenmiştir.⁴⁰ Bu Direktif sayesinde, Komisyon, özellikle hidrokarbon piyasasındaki ortak girişimlerin rekabet kontrollerinin de varlığını hissettirmektedir⁴¹.

Hidrokarbon Lisans Direktifi'nde yer alan bazı istisnaların, ortak bir pazarın oluşmasına engel teşkil edebilecek nitelikte olduğu yorumlanmaktadır. Zira üye ülkelere kamu güvenliği gerekçesiyle üçüncü ülkeler veya üçüncü bir ülkenin vatandaşı tarafından kontrol edilen teşebbüslerin bu Direktif kapsamında faaliyet göstermelerini reddedebilme imkanı verilmiştir. Örneğin, Yunanistan Hükümeti, kamu güvenliği istisnasını kullanmak istemiş, jeopolitik durumunu gerekçe göstererek, ithalat ve rafine edilmiş petrol ürünlerinin devlet kontrolünde olması gerektiğini öne sürmüştür. Adalet Divanı (AD) ise yaptığı inceleme sonucunda, Yunanistan'ın davranışını ayrımcı nitelikte olduğunu, her yıl belirlenen tedarik programlarının ve pazar için öngörülen miktar kısıtlamalarının Birlik içerisindeki rekabeti etkilediğini ifade etmiştir⁴². Petrol piyasası, serbest pazar ilkelerine göre gelişmekle beraber, ortak pazarın oluşumunu önleyen engellerin kaldırılması ile üçüncü ülkelerinde yer aldığı bir rekabet ortamı içerisinde, mevcut petrol

³⁹ ATRG L164, 30.6.1994.

⁴⁰ Ülkemizde 1954 yılında bu yana yürürlükte olan ve ülke içerisinde arama faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğinin esaslarının belirlendiği 6326 sayılı Petrol Kanunu'ndan farklı olarak Direktif'te belirli bir alanda birden fazla teşebbüsün çalışma yapmasına izin verilebilmesi, yapılan faaliyeti daha yararlı kılacak ise, bu bölgelerin tek bir teşebbüse verilmesinin engellenmesi düzenlenmiştir. Bunun yanında, Direktifte belirli hallerde ek koşullar getirilebileceği öngörülmüş, özelleştirme ise şart koşulmamıştır.

⁴¹ Ç. E. Ergün, 2007, s.15.

⁴² Commision v. Hellenic Republic, Greek Oil Monopolies Case, Case C-347/88 (1990); Y. Aslan, **Enerji Hukuku, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon**, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa-2008, s.40.

yataklarının aranması, geliştirilmesi ve yenilerinin açılması çalışmalarına imkan verecek bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır⁴³.

AB enerji piyasalarının temelini teşkil eden elektrik ve doğalgaz piyasalarındaki gelişmeler, diğer piyasalara göre çok daha hızlı ve paralel bir şekilde ilerlemektedir. Bu iki enerji kaynağı günümüz endüstrisinin ve evsel kullanımının ana girdisi olmaları ve arz güvenliği sorunu nedeniyle ayrı bir öneme sahip bulunmaktadır.

Komisyon, elektrik ve doğal gaz piyasalarına ilişkin, paralel düzenlemelerle tam anlamıyla bir iç pazar oluşturulmasını hedeflemiş ilk düzenlemeler 1997 ve 1998 yıllarında gerçekleştirilmiştir. 96/92 sayılı Elektrik Direktifi kapsamında, yeni üretim kapasitesi oluşturulmasında hangi usullerin⁴⁴ belirleneceği, iletim ve dağıtım sistem işletmecilerinin yükümlülükleri ve bu sistemlere erişimin sağlanması gibi⁴⁵ düzenlemeler yer alırken, 98/30 sayılı Doğalgaz Direktifinde ise piyasaya erişimin sağlanması, piyasanın örgütlenmesi ve işlevinin yerine getirilmesi, gerekli izinlerin verilmesi, sistemlerin yürütülmesi ve piyasanın serbestleştirilmesi gibi konulara yer verilmiştir. Ancak, Komisyon tarafından yapılan değerlendirmeler sonucunda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu anlaşılmış⁴⁶ ve 2003/54 sayılı Elektrik Direktifi ile 2003/55 sayılı Doğalgaz Direktifi 26 Haziran 2003 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁷.

Direktiflerde üye ülkelerin, iletim ve dağıtım sistem operatörlerinin genel yükümlülüklerine yer verilmiştir. Bu kapsamda, ithalat/üretim, iletim, dağıtım ve arz

⁴³ U. Tuncay, 2005, s.19.

⁴⁴ Bu kapsamda üye ülkeler lisans veya ihale usulünden birini uygulayabilecekleri gibi her iki yöntemi birlikte kullanabilmekteydiler.

⁴⁵ Sisteme erişim üçüncü kişi erişimi (negotiated third party Access-NTPA/regulated third party Access-RTPA) veya tek alıcı yöntemi ile gerçekleştirilebilmekteydi.

⁴⁶ Komisyon bu kapsamda çeşitli yayınlarla serbestleşme sürecini değerlendirmiştir; Report from the Commission to the Council and the European Parliament on state of liberalization of energy markets, COM(1998) 212final, COM(1999) 198.

⁴⁷ COM(2001) 125.

aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin iletim ve dağıtım faaliyetleriyle, diğer faaliyetlerini hukuki ve fiili olarak ayrıştırmaları öngörülmüştür. Bu sayede ayrıştırılacak olan iletim veya dağıtım sistemlerinin bağımsızlığı sağlanacak ve sistem operatörleri dikey olarak bütünleşmiş şirket bütününden bağımsız bir karar alma hakkına sahip olacak, tüm sistem kullanıcıların sisteme aynı koşullarda erişmesini sağlayacaktır. Bağlı olduğu işletme dahil olmak üzere hiçbir şirket arasında ayrımcılık yapılmayacaktır. Bu yolla iletim ve dağıtım faaliyetini gösteren teşebbüslerde ayrımcılığın, çapraz sübvansiyonun ve rekabet ihlallerinin önlenmesi amaçlanmıştır⁴⁸. Bununla beraber, tüketicinin sağlayıcısını serbestçe seçebildiği bir pazarın oluşturulması amaçlanmış, piyasaların aşamalı olarak rekabete açılması sağlanmıştır⁴⁹. Bu uygulama tüm üye ülkeler tarafından sağlanmış olmasına rağmen, seçme hakkının tüketicilere etkin şekilde kullandırılmasında, piyasaların kendine has özellikleri nedeniyle uygulamada güçlük çekilmektedir. Ayrıştırma hükümlerinin ve piyasaların aşamalı olarak açılması yanında, üçüncü kişilerin iletim sistemlerine erişimlerinin sağlanması da düzenlemeler arasında yer alan önemli bir başlıktır.

Mevcut direktifler çerçevesinde öngörülen aşamaların tamamlanıp tamamlanmadığı üye ülkeler tarafından sunulan periyodik raporlarla takip edilirken, piyasanın ortak pazar olma yolunda, bir sonraki seviyeye geçebilecek düzeye gelip

⁴⁸ Bunun yanında şeffaflığın sağlanması açısından, üye ülkelere ve bunların yetkili düzenleyici organlarına elektrik alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin hesaplarına erişim hakkı tanınmakta; ancak üye ülkelere bu haklarını kullanırken teşebbüslerin ticarî önem taşıyan bilgilerinin gizli tutulmasını sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Bugün yürürlükte olan düzenlemelerde de bu yükümlülükler muhafaza edilmiştir.

⁴⁹ Buna göre, 1 Temmuz 2004 tarihine kadar evsel kullanıcılar hariç tüm kullanıcıların, 1 Temmuz 2007 tarihinden sonar ise evsel kullanıcıların pazara açılması öngörülmüştür. Üye ülkede bulunan serbest tüketicinin istediği sağlayıcıdan elektrik veya doğalgaz temin edebilmesine imkan verilmiş ve her sağlayıcının da tüketicisine serbestçe teslim yapabildiği, Kurucu Antlaşmalarca öngörülen serbest dolaşıma hizmet edecek ve onunla uyumlu bir elektrik veya doğalgaz pazarı yaratılması amaçlanmıştır. Bunun sağlanması sırasında en çok üzerinde durulan ilkeler ise, iletim ve dağıtım sistem operatörlerinin şebekeye erişiminde ayrımcılık yapmaması ve yine tüketicinin kendisine uygun olan tercihi yapabilmesi için şeffaflığın sağlanması yer almaktadır.

gelmediği ise çeşitli platformlarda değerlendirilmektedir⁵⁰. Bu platformlar ile, mevcut düzenlemelerin hayata geçirilip geçirilmediği ile ortak pazarın oluşturulmasının önündeki fiili engellerin neler olduğunun belirlenmesi ve üye ülkeler arasında işbirliği ortamının oluşturulması amaçlanmaktadır.

Bu değerlendirmeler doğrultusunda en son adım, 2009 yılında yayınlanan 3. Enerji Paketi ile atılmıştır. Bu paket ile yürürlükte olan düzenlemelere önemli değişiklikler meydana getirilmiş; enerji politikasındaki temel unsurlar, işler bir AB tek pazarı için sürdürülebilirliğin, arz güvenliğinin ve rekabet edilebilirliğin sağlanması olarak belirlenmiştir⁵¹. Bu değişiklikler ile 2003/54 sayılı Elektrik Direktifi ile 2003/55 sayılı Doğalgaz Direktifi 3 Mart 2011 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış, yerlerini 2009/72 Elektrik Direktifi ve 2009/73 sayılı Doğalgaz Direktifi almıştır⁵².

Yeni düzenlemeler ile iletim ağlarının üretim ve arz aşamalarından ayrışmaları için, bir önceki düzenlemelerden farklı olarak, “mülkiyet ayrıştırması” usulü benimsenerek önemli bir adım atılmıştır⁵³. Buna göre, bir şirket iletim sistemi ile birlikte enerji üretimi ve sağlayıcısı faaliyetlerine sahip olamayacaktır. Ancak üye ülkelere bu konuda bir seçimlik hak tanınmıştır. Bu seçimlik hak uyarınca, dikey olarak bütünleşmiş olan şirketler şebekenin mülkiyetini ellerinde tutabilecek, fakat

⁵⁰ Bunlar Avrupa Elektrik Düzenleme Forumu (Floransa Forumu) ile Avrupa Doğalgaz Düzenleme Forumu (Madrid Forumu)’dur.

⁵¹ Bu değişikliklerin sinyalleri 2007/1 sayılı ve “Avrupa için Enerji Politikası” başlıklı Yeşil Kitap ile verilmiştir. Yeşil kitap uyarınca, 2030 yılına gelindiğinde mevcut karbon emisyonunun %5 oranında artacağı, küresel emisyonun %55 oranında yükseleceği, küresel petrol ihtiyacının %41 oranında büyüyeceği, elektrik talebinin ise yılda %1,5 oranında artacağı tahmin edilmektedir.

⁵² Directive 2009/72/EC 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 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; OJ L211/55, 14.08.2009.

⁵³ Ancak, aynı yükümlülük, yani mülkiyet ayrıştırması, üretim ve tedarik aşamasıyla birlikte dağıtım aşamasında faaliyet gösteren dikey olarak bütünleşmiş şirketler için öngörülmemiştir.

iletim sisteminin idaresi ve yönetimi kendisinden tamamen farklı bir şirkete veya organa, yani “Bağımsız Sistem Operatörü”ne (Independent System Operator-ISO) ait olacaktır. Dikey olarak bütünleşmiş şirketlere tanınan bir diğer olanak ise, iletim sisteminin tamamen bağımsız bir operatöre devredilmesini öngören “Bağımsız İletim Operatörü” (Independent Transmission Operator- ITO) seçeneğidir. Bu seçenek uyarınca ise, bağımsız iletim operatörleri, faaliyetlerini gerçekleştirebilmeleri için gerekli olan tüm malvarlığına, personel ve hizmet ihtiyacı dahil olmak üzere, ilgili diğer teknik, fiziki ve finansal kaynaklara sahip olacaklardır. Bu seçenekler yeni altyapı yatırımlarının, bağlantı kapasitelerinin artmasını ve yeni üretim kapasiteleri oluşturulmasını sağlayabilecek, piyasaya yeni şirketlerin girmesi kolaylaşacak; bu sayede fiyat dalgalanmaları ve kesintileri engellenecektir⁵⁴.

Ayrıştırma hükümleri, AB şebekelerine sahip olmak ve pazara girmek isteyen tüm üçüncü ülke girişimcileri ve şirketlerine de uygulanacaktır⁵⁵. Buna göre, bu teşebbüslerin, piyasaya girip faaliyet gösterebilmeleri için, ayırtırmaya ilişkin AB

⁵⁴ Zira üye ülkeler mülkiyet ayrıştırmasını doğrudan ayrıştırma yoluyla kullanabilecekleri gibi, teşebbüsün şebekeyi kontrol eden teşebbüs ile üretim ve arz faaliyeti gösteren teşebbüsler üzerindeki hisselerin ayrılması yoluyla da kullanabilirler. Ancak bu ayrıştırmanın mülkiyet ayrıştırması ile uyumlu olması, yani ayrıştırma sonucunda mevcut bulunan hisselerin teşebbüsü kontrol imkanı vermemesi gereklidir. Üye ülkelerin ISO veya ITO seçeneklerini tercih etmeleri halinde, bazı ek yükümlülüklerin de yerine getirilmesi gereklidir. Bunlar arasında, bağımsız iletim operatörünün adil rekabet ortamını sağlamak için yeterli miktarda yatırım yapmasını, piyasaya yeni girişlerin gerçekleşmesini ve enerji pazarlarının birbirleriyle bütünleşmesini garanti etmesi yer almaktadır. Yeni düzenlemeler ile üye ülkelere, kendi sınırları içerisinde mülkiyet ayrıştırmasının kullanılmasını zorunlu hale getirebilme imkanı tanınmıştır. Bu durumda, o üye ülke sınırları içerisinde ISO veya ITO seçimlik hakları kullanılamayacaktır. Bununla beraber ayrıştırma hükümleri uygulanırken özel veya kamu sektörü arasında ayrıcalık yapılmayacak, hükümler her iki sektöre de eşit olarak uygulanacaktır. Şebeke ve tedarik aşamalarının tam olarak ayrıştırılmasının istenmesinin nedenleri arasında, mevcut sistem ile şebeke sahiplerinin rakiplerinin kendi alanlarına girmelerini önlemek için şebekeye yatırım yapmaktan çekinmeleri, bu nedenle eskiyen sistemlerin yenilenerek, kapasitelerinin artırılmasını ve yeni kaynaklarla bağlantı kurulmasını istememeleri yer almaktadır.

⁵⁵ Bu yeniliğin arkasında, bir süredir anlaşma konusunda problem yaşanan ve AB menşeli enerji şirketlerine uygulanan politikaları nedeniyle eleştirilere maruz kalan Rusya’nın yer aldığı ifade edilmektedir. Buna göre, yeni düzenlemeyle, devlet kontrolündeki bir Rus şirketi olan Gazprom’un hedef alındığı, bu nedenle üçüncü ülkeler için getirilen düzenlemenin altında Gazprom’un AB içerisinde hakimiyet oluşturmalarının engellenmesinin yattığı belirtilmekte, ancak AB yetkilileri bunun bu şekilde değerlendirilmesine karşı çıkmaktadırlar; <http://www.euractiv.com/en/energy/gazprom-clause-issues-russia-ultimatum-energy-operation/article-166888>.

düzenlemelerini tam olarak yerine getirdiklerini ispat etmeleri gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu teşebbüsler ISO veya ITO'ları kontrol etmek istedikleri takdirde, Birlik içerisinde uygulanan düzenlemelere uyumlu olmaları gerekecektir.

Tüketiciye sağlayıcısını seçme hakkı ve ayrıştırma uygulamaları dışında üçüncü kişilerin sebebiyle erişimleri de elektrik ve doğalgaz piyasasındaki önemli konu başlıkları arasındadır. Daha önceki düzenlemelerde benzer şekillerde yer alan üçüncü kişilerin erişimi sistemi, yani direktiflerde de benimsenmiştir⁵⁶. Buna göre, üçüncü kişinin iletim ve dağıtım sistemlerine erişimi, gerekli nitelikleri taşıyan tüm tüketicilere uygulanacak şekilde, yayınlanan tarifelere göre, sistem kullanıcıları arasında ayrımcılık yapmadan ve objektif olarak sağlanacak, iletim sistem operatörleri diğer iletim sistem operatörlerinin şebekelerine erişebilecektir. Esas olarak, sistem operatörleri üçüncü kişilerin erişimini reddedemeyecek, ayrımcılık yapmadan herkesin erişimini sağlayacaktır. Ancak, istisnai olarak, kapasitenin yeterli olmaması veya erişimin sağlanması halinde kamu hizmetinin yerine getirilmesinin engellenecek olması ile ciddi ekonomik veya finansal zorluk içerisinde bulunulması durumunda erişim reddedilebilecektir⁵⁷.

Bu Direktiflerin uygulanmasında ise, üye ülkelerde önemli roller düşmektedir. Direktifler uyarınca üye ülkeler tarafından iyi işleyen ve şeffaf bir perakende pazarı için, sözleşmesel düzenlemeler, müşteriye verilecek olan taahhütler, veri transferleri veya değişimi, sözleşme kuralları ile veri sahipliği ve

⁵⁶ Ancak 96/92 ve 98/30 sayılı Direktiflerde üçüncü kişi erişimi yanında tek alıcı sistemi de benimsenmekteyken, 2003/54 ve 2003/55 sayılı Direktiflerde üçüncü kişilerin erişiminde anlaşmalı veya düzenleyici olmak üzere seçimlik bir hak sunulmuştur.

⁵⁷ Bunun yanında, 2003/54 sayılı Elektrik Direktifi'nde üye devletlerin belirli koşullar altında Direktif hükümlerini uygulamaktan imtina edebilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, bir üye ülkede, ilgili pazar küçük veya izole sistem niteliği barındırıyor ve bu kuralların uygulanmasında esaslı problemler ortaya çıkıyorsa, bu bölgelerin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi koşuluyla, üretime ilişkin düzenlemelerle birlikte, iletim ve dağıtım sistem operatörlerine ilişkin hükümler ile hesapların ayrıştırılması, şeffaflığının sağlanması ve sisteme erişime ilişkin hükümler uygulanmayabilecektir.

ölçme yükümlülüğü gibi yollarla, iletim ve dağıtım sistem operatörlerinin, tedarik teşebbüslerinin, müşterilerin ve gerekli olduğu takdirde pazardaki diğer tarafların yerleri ve sorumlukları belirlenecektir⁵⁸. Ayrıca, yapılan düzenlemelerle tüketicinin korunmasına önem gösterilmiş ve üye ülkelere Birlik düzenlemelerinin iç hukuka geçirilerek, iç pazarın oluşturulmasının sağlanması yanında, zayıf tüketicinin ve temel haklarının korunması ile sosyo-ekonomik anlamda bir uyumlaştırmanın yapılması yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁹.

Elektrik ve doğalgaz piyasalarında, tam bir iç pazarın oluşturulabilmesi için önemli bir diğer konu üye ülkeler arasındaki sınır ötesi bağlantıların sağlanmasıdır. Bu konuda yaşanan en büyük sorun olan şebeke tıkanıklığını çözmek amacıyla, sınır ötesi değişimler için şebekeye ulaşım esasları düzenlenmiş⁶⁰, şebeke tıkanıklığı sorunun çözülmesi, ara bağlantıların etkin şekilde ve birbirlerine uyum içerisinde kullanılması ve tüm bunların yanında şebekeye erişimlerde şeffaflığın sağlanması hedeflenmiştir. Elektrik piyasalarına benzer olarak doğalgaz piyasalarında da şebekeye erişim konusunda standartları ve ilkelerin belirlendiği bir düzenleme yer almakta olup, üçüncü kişilerin şebekeye erişiminde şeffaflığın sağlanması için sistem kullanıcılarına, sisteme ilişkin teknik bilgilerin, kapasite durumunun, giriş-çıkış noktalarının, bu noktaların tanımlanmasına ilişkin ayrıntıların, düzenleme

⁵⁸ 2003/54 sayılı Elektrik Direktifi, m.41, 2003/55 sayılı Doğalgaz Direktifi, m.45.

⁵⁹ Komisyon özellikle, enerji verimliliğinin sağlanması açısından etiketlemelerin yapılması, karbondioksit salınımının azaltılması için inisiyatif alınması konusuna dikkat çekmiş ve bu doğrultuda yapılacak çalışmaların ve bilgilendirmelerin şeffaf, kolay erişilebilir nitelikte olmasını gerekli görmüştür.

⁶⁰ Bu alanda ilk düzenleme 1228/2003 sayılı Sınır Ötesi Elektrik Ticaretinde Şebekeye Ulaşım Tüzüğü'dür. Ancak, 2009 yılında getirilen değişiklik paketi uyarınca, 714/2009 sayılı Tüzük çıkarılarak 2011 yılında 1228/2003 sayılı Tüzüğün uygulamadan kaldırılması öngörülmüştür; Regulation (EC) No. 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, OJ L 211/15, 14.08.2009. 714/2009 sayılı Tüzük'te, en dikkat çekici nokta şeffaflık düzenlemelerin artırılması ve sınır ötesi iletim konusunda temel ilkelerin ve standartların belirlenmesi için çalışmalar yapılacak olmasının yanında, üye ülkeler arasında işbirliğinin oluşturulacak olmasıdır.

kapsamında belirtilen zaman çizelgelerine uygun olarak bildirilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁶¹.

Yeni düzenleme paketiyle, her iki piyasada da üye ülkelerdeki iletim sistem operatörlerinin üye olmasının zorunlu tutulduğu Elektrik İletim Sistem Operatörleri Avrupa Ağı ve Doğalgaz İletim Sistem Operatörleri Avrupa Ağı oluşturulmuştur⁶². Bu yolla her iki piyasada da iletim sistem operatörlerinin arasında işbirliğinin, uyumun ve ortak hareket alanının sağlanması amaçlanmıştır. Bunların yanında, elektrik ve doğalgaz sektörlerinde arz güvenliğinin sağlanması adına da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler arasında yer alan Elektrik Arz Güvenliği Direktifi ve Doğalgaz Arz Güvenliği Direktifi kapsamında, üye ülkelerin her iki sektörde de genel, şeffaf ve eşit şartlarda bir güvenlik politikası geliştirmesi; bu sayede ileride yaşanacak olası kesintilere karşı ortak önlemler alınması ve özellikle doğalgazda dışa bağımlılığın azaltılması amaçlanmıştır⁶³.

Elektrik ve Doğalgaz Direktiflerinde, ulusal düzenleyici organların diğer düzenleyici organlardan tamamen bağımsız olarak faaliyet göstermeleri, yetkilerinin artırılması ve tüm ulusal düzenleyici organlarda bu yetkilerin birbirleriyle uyumlu olması ve bu organların işbirliği içerisinde çalışmaları için bağlayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bağımsızlıklarına özel bir vurgu yapılan ulusal düzenleyici organların

⁶¹ 2003/55 sayılı Doğalgaz Direktifi'ne paralel olarak çıkarılan ve sınırötesi şebeke değişimini düzenleyen 1775/2005 sayılı Tüzüğün yerini, 2009 yılında yapılan değişiklik paketi ile hazırlanan 715/2009 sayılı Tüzük almıştır; Regulation (EC) No. 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for Access to the network for cross-border exchanges in natural gas and repealing Regulation (EC) No. 1775/2005, OJ L 211/36, 14.08.2009.

⁶² Bunlardan Elektrik İletim Sistem Operatörleri Avrupa Ağı (The European Network of Transmission System Operators for Electricity- ENTSOE) Haziran 2009 tarihinde, Doğalgaz İletim Sistem Operatörleri Avrupa Ağı (The European Network of Transmission System Operators for Gas-ENTSOG) Aralık 2009 tarihinde işlerlik kazanmıştır.

⁶³ Directive 2005/89/EC of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment; Council Directive 2004/67/EC of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply.

yetkilerinin arttırılması ise o üye ülkede faaliyet gösteren teşebbüslerin ulusal ve dolayısıyla AB mevzuatına uygun hareket etmesinin sağlanabilmesi ve aksi bir durum söz konusu olduğunda, bağlayıcı cezaların verilebilmesi açısından önem arz etmektedir⁶⁴. Düzenleyici organların, tüketicinin korunmasına ilişkin önlemlerin tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip olmaları, bu önlemlerin Birlik çapında geçerli olan rekabet hükümlerine aykırılık teşkil etmemesini sağlayacaktır⁶⁵.

AKÇT dışında Kurucu Antlaşmayla düzenlenen bir diğer enerji kaynağı nükleer enerjidir. AET Antlaşması ile birlikte yürürlüğe giren Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu (AAET) kuran antlaşma ile üye ülkelerin nükleer enerji santralleri kurmasına ve bunların geliştirilmesine ilişkin düzenlemeler ile bu doğrultuda refah seviyesinin ve işbirliğinin geliştirilmesi amaçlanmıştır⁶⁶. AAET Antlaşması'nın imzalandığı yıllarda, radyoaktif atıkların depolanması, santrallerin işletiminin güvenliği gibi konular dikkat çekici olmamaları sebebiyle düzenleme kapsamına alınmamış olsa da, Antlaşma sonrasında, nükleer enerji üretiminin yaygınlaştırılması ve bu alandaki sorunların çözümü amacıyla birçok düzenleme yapılmıştır. Günümüzde ise, radyoaktif atıkların denetimi, depolanması, sınıflandırılması gibi konularda birçok düzenleme bulunmaktadır.

⁶⁴ Ulusal organların bağımsızlığı ayrı bütçelerinin olması ve üyelerin atama usullerinin katı kurallara bağlı olması ile sağlanacaktır. Bunların dışında, düzenleyici organlar, sistem kullanıcıları ile iletim ve dağıtım sistem operatörlerinden gelen önerileri de değerlendirerek tarife onaylama veya sabitleme veyahutta tariflerin hesaplanmasında kullanılacak yöntemleri belirleme yetkisine sahip olmalıdırlar.

⁶⁵ Bunların yanında yine 2009 yılında yapılan değişiklikleri içeren 3. Enerji Paketi kapsamında getirilen yenilikler arasında yer alan ve ulusal düzenleyici organların arasında işbirliğinin kurulmasını sağlayacak bir Ajans'ın kurulmasını öngören düzenlemeleri içeren "Enerji Düzenleyicileri İşbirliği Ajansı'nı Kuran Tüzük", diğerlerinden farklı olarak yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir; Regulation No. 713/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators; OJ L211/1, 14.08.2009. Bu Tüzük kapsamında ulusal enerji düzenleyici organlarının işbirliği içerisinde olmasını sağlayacak; bu hedefin gerçekleştirilmesi doğrultusunda Ajans'ın bağlayıcı karar alma yetkisi bulunacaktır.

⁶⁶ EURATOM Antlaşması olarak da adlandırılan bu Antlaşmayla, Topluluğa üye ülkelerin nükleer enerjinin kullanımı konusunda yaptıkları araştırma programlarının koordinatörü görevi verilmiştir. Antlaşma ile nükleer enerji kaynaklarının silah üretimi gibi amaçlarla kullanılmasını önlemek ve barışçıl amaçlarla kullanımını sağlamak için koruma önlemlerine yer verilmiştir.

Nükleer enerji, sera gazı üretmemesi ve az miktarda karbondioksit üretmesi ve üretimin arttırması gibi özellikleriyle çevre ve arz güvenliği sorununa getirdiği olumlu etkileri olmasına rağmen halen aşılamayan bazı sorunları da içerisinde barındırmaktadır. Dünyada yaşanan nükleer faciaların da etkisiyle, herhangi bir dikkatsizliğin veya yanlış uygulamanın nesiller boyu sürecektir olumsuz etkiler yaratabilecek olması gibi toplumsal etkilerinin yanında, ömrü biten santrallerin yok edilmesi, radyoaktif atıkların depolanması ve yönetimi konularına henüz etkin bir çözüm bulunmaması gibi teknik nedenler, nükleer enerji üretimine önyargı ile yaklaşılmasına neden olmaktadır⁶⁷. Bu nedenlere bağlı olarak, üye ülkelerin uluslar üstü alanda yapılacak bağlayıcı kurallarla düzenlenmesine karşı çıktığı, bu konuların ulusal düzeyde ele alınması gerekliliğini savundukları gözlenmektedir⁶⁸. Yinede, elektrik ve doğalgaz sektörlerinde olduğu gibi nükleer enerji güvenliği konusunda da 2009 yılında önemli bir adım atılmış, AB Nükleer Enerji Tesisleri için Nükleer Güvenlik Direktifi yayınlanarak, bu konuda tüm üye ülkelerde uygulanacak ortak düzenlemelere ilişkin genel çerçevelere yer verilmiştir⁶⁹. Bu Direktif ile AB nükleer güvenlik konusunda bağlayıcı düzenlemelere yer veren ilk bölge niteliğini kazanmasına rağmen, birçok üye ülkenin bu alanda hazinazırda nükleer enerji üretimi yapan üye ülkelerin yapmayacaklarını açıklamaları, nükleer enerji üretimindeki gelişmelerin yavaşladığı izlenimini vermektedir⁷⁰.

⁶⁷ Radyoaktif atıkların depolanması ve yönetimi konusunda en yetkin üye ülkeler İsveç ve Finlandiya'dır, ancak yinede radyoaktif atıkların uzun süreli depolanması sorununa bir çözüm bulunamamıştır; A. Ege, 2004, s.137.

⁶⁸ Ç. E. Ergün, 2007, s.45; örneğin, Almanya, İngiltere, İsveç ve Finlandiya başta olmak üzere, üye ülkeler, radyoaktif atık depolarına ilişkin iki yönergenin çıkarılmasına karşı çıkmışlardır.

⁶⁹ Council Directive 2009/71/Euratom of 24 July 2009 establishing a Community Framework for the nuclear safety of nuclear installations; OJ L172/18, 02.07.2009.

⁷⁰ A. Ege, 2004, s.132-133; önceleri 25-30 yıl civarında olan yenileme süresinin, gelişen teknolojinin yarattığı imkanlarla 40 yılın üzerine çıkarılmasına rağmen, yenilememe kararlarının alınması sebebiyle nükleer santrallerinin durumunun 2020 yılından itibaren baş göstereceği düşünülmektedir.

Nükleer enerjideki ilerleme yavaşlarken, tüm dünyada olduğu gibi AB’nde de, yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı, özellikle son 20 yılda büyük bir artış göstermiştir⁷¹. Yenilenebilir enerji kaynaklarının fosil yakıt fiyatları ile rekabet etmeye başladığı, kömür ve doğalgazdan sonra elektrik üretiminde kullanılan kaynaklar arasında üçüncü sırada yer aldığı, ekonomik ve çevresel olanakları ile büyümeye devam ettiği belirtilmektedir⁷².

Küresel gelişmelere kayıtsız kalamayacak olan AB, 2001 yılında 2001/77 sayılı Yenilenebilir Enerji Direktifi’ni çıkarmış, bu düzenlemeyle yenilenebilir enerji kaynakları ile yapılacak üretimin, üye ülkeler tarafından teşvik edilmesi amaçlanmıştır⁷³. Direktif’te, yenilenebilir enerji kaynakları, rüzgar, güneş, jeotermal, dalga, gel-git, hidrolik enerji, biokütle, çöp gazı, pis su arıtma tesisleri ve biyo-gazlar sayılmış, bunların hepsi yenilenebilir ve fosil olmayan kaynaklar olarak tanımlanmış, iç pazarda elektrik üretimin yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının arttırılmasının teşvik edilmesi ve ileriki düzenlemeler için bir temel oluşturması amaçlanmıştır⁷⁴.

Yenilenebilir enerjinin, diğer enerji kaynaklarına göre olumlu etkileri yanında olumsuz etkileri de bulunmaktadır. En önemli zorlayıcı etkisi, yapılması gereken

⁷¹ Dünya’da bu alanda ilk sıralarda yer alan AB’nin yenilenebilir enerji kaynaklarından elde ettiği ciro yıllık 15 milyar Euro civarındadır, ki bu rakam ile dünya pazarının yarısını bünyesinde barındırmaktadır. Bunun yanında yenilenebilir enerji kaynaklarının artması ile 300.000 kişiye istihdam sağlanmakta ve büyük bir ihracatçı olarak faaliyet gösterilmektedir.

⁷² Green Paper, A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, COM (2006)105 final, s.12,13. AB’de üretilen yenilenebilir enerji kaynakları arasında en yüksek paya biyo-gaz/biyo-kütle (%69.8) sahiptir. Biyo-gaz’ı sırasıyla hidroelektrik (%18.9), rüzgar (%6.4), jeotermal (%4.1) ve güneş (%0.9) enerjileri takip etmektedir; EU Energy in Figures 2010, Figures 2.2.2., s.11.

⁷³ Directive 2001/77/EC of the European Parliament and the Council of 27 September 2001 on the Promotion of Electricity Produced from Renewable Energy Sources in the Internal Electricity Market. Ancak Direktif, AB çatısı altında yenilenebilir enerji alanında yapılan ilk düzenleme değildir. Bundan önce, 1988 tarihli Elektrik Alanındaki Kamu Şirketleri ile Otoproduktör Şirketler Arasındaki İşbirliğini Geliştirmeye Yönelik Konsey Tavsiyesi hazırlanmış, bu tavsiyeyi takiben Atılım Kampanyası kapsamında ALTENER I ve II Programları hazırlanmıştır; bu iki program arasındaki ayırt edici özellik ise, ikinci programın birincisine kıyasla daha belirgin düzenlemeler içermesidir; Ç.E. Ergün, 2007, s.46-47.

⁷⁴ 2001/77 sayılı Direktif, m.1, 2(a).

yatırımın çok yüksek olmasıdır. Bazı yenilenebilir enerji kaynaklarının süreklilik arz etmemesi bu enerji kaynaklarının tercih edilmemesine neden olabilmektedir. Ayrıca, Birlik düzeyinde uzun süreli ve sürdürülebilir bir politikanın olmaması da yenilenebilir enerji kaynaklarından yapılacak olan üretimin ilerlemesini etkileyen unsurlardandır. Yine de, çevreye olan olumlu etkileri sebebiyle 2020 yılına kadar yenilenebilir enerji üretim payının %20'lere çıkarılması hedeflenmektedir⁷⁵. Bu hedefe ulaşılması her ne kadar zor gözükse de, özellikle elektrik ve bio-yakıt ile ısıtma ve soğutma sektörlerinde yenilenebilir enerji kaynaklarının büyüme kaydedeceği belirtilmektedir⁷⁶. Ancak, günümüzde birçok etken sebebiyle yenilenebilir enerji kaynakları, diğer enerji kaynakları ile karşılaştırıldığında karlı olmamakta, diğer enerji kaynakları ile rekabet edebilir hale gelmesi için devletlerin yardımına ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁷. Bu yardımın yapılması aşamasında ise, devlet yardımlarına ilişkin temel rekabet kurallarının ve Kurucu Antlaşma hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

⁷⁵ Bu da önümüzdeki yıllarda yenilenebilir enerji kaynaklarına yüksek oranda yatırımın yapılmasını gerektirmektedir. 2007 yılında yayınlanan Yeşil Kitap uyarınca, bu yatırım miktarı yıllık masrafa ek olarak 18 milyar Euro civarında olup, bu miktar ise AB'nin toplam enerji ithalatı harcamalarına %6 oranında ek masraf getirilmesi demektir; COM(2007)1 Final, s.9.

⁷⁶ COM (2007) 1 Final, s.8. Buna göre, Danimarka elektrik ihtiyacının %20'sini, İspanya %8, Almanya ise %6'sını rüzgar enerjisinden sağlamaktadır. İsveç'te petrol pazarının %4'ü biyoyakıtı kapsamakta, Almanya'da ise biodizel, dizel pazarının %6'sını oluşturmaktadır. Isıtma ve soğutma teknolojilerinde ise, İsveç jeotermal ısıtmayı, Almanya ve Avusturya ise güneş ısısını bu amaçla kullanmaktadır. Diğer üye ülkelerinde bu kaynaklara yönelmesi ise bu teknolojilerin yenilenebilir enerji kaynakları aracılığıyla kullanımının %50 oranında artmasını sağlayacaktır.

⁷⁷ T. Arat, S. Baykal, "Avrupa Birliği Çevre Politikası Bağlamında Yenilenebilir Enerji Kaynakları ve Türkiye", **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, Avrupa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004, s.97-99; yapılacak yardımlara örnek olarak sabit fiyat uygulamaları, vergi kolaylıkları, sertifikasyon çalışmaları, araştırma ve geliştirme çalışmalarına verilecek destekler gösterilebilir.

III.DEĞERLENDİRME

AB, kalkınmasının bir parçası olan enerji alanında ortak bir pazar oluşturulması hedefini benimsemiş ve bu yolda çeşitli düzenlemeler yapıp, üye ülkeler arasında uyumlaştırma çalışmaları yapmıştır. Bu çalışmalarda, rekabet edilebilir, arz güvenliğinin sağlandığı sürdürülebilir ve çevreye duyarlı bir pazar oluşturma hedefi benimsenmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak piyasaların serbestleşmesi amaçlanmış, bunun tam anlamıyla hayata geçirilebilmesi için ise sağlayıcı seçme özgürlüğünün verilmesi, üçüncü kişilerin şebekelere erişimlerinin sağlanması temel ilkeler arasında yerini almıştır. Bu sistemin işleyebilmesi ve enerji piyasalarında ortak bir pazarın oluşturulması için ise üye ülkeler arasında bağlantıların ve kapasitelerin artırılması ile ayırıştırma gibi yöntemler benimsenmiştir.

Bu temel ilkeler üzerinde şekillenen enerji piyasalarının serbestleştirilmesi yolunda ilerlenirken, 2009 yılında önemli bir atılım yapmıştır. Bu tarihte çıkarılan yeni enerji paketiyle, başta elektrik ve doğalgaz piyasaları olmak üzere, mevcut eksikliklerin giderilmesi ve ortak bir pazarın tamamlanması, serbestleşme ile başlayan gelişimin sürdürülebilir nitelik arz etmesi ve tüketicinin iç pazarın tüm olanaklarından yararlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda dikkat çeken nokta, elektrik, doğalgaz ve yenilenebilir enerji başlıklarında önemli gelişmeler ve ilerlemeler yaşanırken 70'li yıllardan günümüze gelene kadar Birlik içerisindeki payında önemli bir artış gösteren nükleer enerjinin önümüzdeki yıllarda aynı şekilde ilerlemesine pek imkan verilmemesidir⁷⁸. Bu nedenlerin arasında, belirli bir süre

⁷⁸ 1970'li yıllarda nükleer enerji çok talep gören bir üretim şekli olmasına rağmen, özellikle 1986 yılında meydana gelen Çernobil faciasından sonra tüm dünyada olduğu gibi Avrupa'da da nükleer enerjiye karşı bir tepki ortaya çıkmıştır. Bu facianın ardından, nükleer santrali bulunan ülkelerden İsveç, İspanya, Hollanda, Almanya ve Belçika yeni santral kurmama kararı alırken, Fransa, İngiltere

sonrasında yenilenmesi gereken santrallerin, nükleer enerji üretimi yapan üye ülkelerin birçoğunun önümüzdeki yıllarda herhangi bir yenileme yapmayacaklarını bildirmeleri, dolayısıyla yenilenmeyen santrallerin kapatılarak nükleer enerji alanında dikkat çekici bir ilerlemenin sağlanmayacağı gösterilmektedir.

AB'nin dışa bağımlılığını azaltması, başka bir ifadeyle arz güvenliğini sağlayabilmesi, öncelikle enerji verimliliği ve tasarrufu önlemleri ile ihtiyaç duyulan enerji miktarını azaltmalı, mevcut enerji temini ile daha çok ihtiyacın karşılanmasını sağlamak yanında, yenilenebilir enerji kaynaklarının arttırılması için çalışmalar yapmalı ve tüm bunlar gerçekleştirilse bile dışa bağımlılığın ortadan kalkmayacağını göz önünde bulundurarak, enerji ihtiyacını karşılayan üçüncü ülkelerle ilişkilerini geliştirmelidir⁷⁹. Aynı şekilde çevre duyarlılığının sağlanması da, bu alandaki tedbirlerin geliştirilmesi ve sıklaştırılmasını gerekli kılmakta, uluslararası anlaşmalarla bu bilincin yükseltilmesine çalışılmaktadır. Tüm bunların yanında, Komisyon, ulusal düzenleyici otoritelere ilişkin düzenlemelerle, her bir üye ülke mevzuatının ve buna bağlı olan uygulamaların uyumlaştırılması için çaba göstermektedir. Birçok Komisyon raporunda ifade edildiği üzere, enerji paketleri kapsamında piyasaların serbestleştirilmesine ilişkin düzenlemeler tek başına rekabetçi bir piyasa oluşmasını sağlamayacaktır. Bu düzenlemeler içerisinde ulusal düzenleyici otoritelerin özerk ve birbirleriyle uyumlu çalışan bir yapı oluşturmaları

ve Finlandiya bu enerji üretiminden vazgeçmemişlerdir; A. Ege, 2004, s.137. Günümüzde, AB'nin kurulu elektrik üretim kapasitesinin %23'ü, elektrik üretiminin ise %35 i nükleer enerji ile sağlanmaktadır. Üye ülkelerden İtalya, İspanya, Almanya ve Belçika nükleer enerji üretimini bitirme kararı alırken, Fransa ve İngiltere gibi bazı üye ülkelerde nükleer enerji santralleri elektrik üretimindeki ana faktörlerden biri olarak yerini korumaktadır; İktisadi Kalkınma Vakfı, **Avrupa Birliği'nin Enerji ve Ulaştırma Politikaları ve Türkiye'nin Uyum**, Yayın No:23, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, Aralık-2004, s.40. Finlandiya ise yeni santraller kurmak için çalışmalar yapmaktadır. Nükleer santrali bulunmayan üye ülkeler ise, Avusturya, Danimarka, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan'dır.

⁷⁹ M. B. Altunışık, "Avrupa Birliği'nde Petrol ve Doğalgaz Piyasalarına Yönelik Politikalar ve Türkiye Uygulamaları", **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, Avrupa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004, s.154.

gerekmektedir. Bunun sağlanması için ise, hem elektrik hem de doğal gaz piyasalarında ayrı ayrı olmak üzere Birlik çapında platformlar oluşturulmuştur. Tüm bu çabaların hayata geçirilmesi ve piyasaların yeniden yapılandırılmasında temel rol oynayan unsur ise, rekabet kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasıdır. Sağlıklı bir pazar oluşturulabilmesi için, üye ülkelerinin AB müktesebatını iç hukuklarına yansıtmasını, bu gelişmelerin izlenmesini ve çeşitli kontrol mekanizmasıyla yön verilmesini gerekli kılmaktadır. Çalışmamızın temel konusunu oluşturan ve bu mekanizmalarından biri olan yoğunlaşmaların kontrolü ise piyasaların şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Günümüzde halen bu piyasaların tam anlamıyla serbestleştiğini, rekabete açıldığını; yani ortak bir enerji pazarının oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bunun nedenlerinin başında enerji piyasalarının kendine has özellikleri yer almakta, bununla beraber üye ülkeler arasındaki ara bağlantıların ve altyapıların yetersizliği, piyasalarda şeffaflığın tam anlamıyla sağlanamaması, halen mevcut olan farklı uygulamalar yanında, enerji alanında düzenleme yapma yetkisini Birlik organlarına devretmekte temkinli davranılması gelmektedir. Bu sorunun çözülebilmesindeyse, bir sonraki bölümde piyasaların şekillenmesi üzerinde nasıl bir etkisinin olduğunun daha net anlaşılabilceği rekabet kuralları etkili olacaktır. Bu doğrultuda rekabet kurallarının kapsamının genişletilmesine ve uygulamaya en etkin şekilde yansıtılmasına ayrı bir önem gösterilmesi gerekmektedir.

BÖLÜM II

AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)

I. REKABET HUKUKUNUN ENERJİ PİYASALARINDAKİ ROLÜ

AB, ATA'ından günümüze, tek bir Avrupa pazarının kurulması ve sürdürülebilir bir yapı arz etmesi için çaba göstermekte ve düzenlemeler yapmaktadır. Ortak bir pazarın oluşturulması yolunda ise, rekabet kurallarının belirlenmediği, ortak şekilde uygulanmadığı ve kontrolünün yapılmadığı bir ortamda, rekabetin en önemli olumlu sonucu ve asıl hedefi olan toplum refahının sağlanması mümkün değildir. AB de rekabet hukukunun bu önemini dikkate almış ve hem Kurucu Antlaşmalarda hem de ikincil düzenlemelerde rekabet kurallarına yer vermiştir. Enerji alanında tek bir pazar olma yolunda ilerleyen AB için rekabet kurallarının büyük önem taşıdığı aşîkardır. Kurucu Antlaşmalardan ABİDA'nın 3.1(b) maddesinde de belirtildiği üzere, tek bir pazarın oluşturulması rekabet ile sıkı sıkıya bağılı olup, ortak pazarın ayrılmaz bir parçası olarak görölmektedir. Nitekim ABİDA'da da öncekinden farklı olarak ortak pazarın oluşturulması yolunda rekabetin sağlanması için maddi hukuk kurallarına yer verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁸⁰. Temel politikalar arasında yer alan AB rekabet politikası ile ortak pazarın oluşturulması amacı, birbirlerini bütünleyici nitelik arz etmekte, rekabet hukuku, ortak pazarın tamamlanmasında düzenleyici ve destekleyici bir rol

⁸⁰ G. Öz, “Rekabet Hukuku ve Politikası”, **Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliğı Serbest Dolaşım ve Politikalar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2010, s. 257.

üstlenmektedir⁸¹. Ortak pazar, etkin ve rekabetçi bir pazarın gelişimi için temel şart olmakta iken, rekabet politikası ise sürdürülebilir bir ortak pazar için ticaretin önündeki engellerin kaldırıldığı ve özel veya kamusal engellerle bunların yerine başka uygulamaların getirilmediği kuralların uygulanmasını sağlayan çok önemli bir araçtır.

Nitekim enerji piyasalarının kendine has özelliği, yakın tarihte piyasalarda yaşanan krizler, arz güvenliği sorunu, küresel ısınmaya paralel olarak gelişen çevre duyarlılığı ile bu piyasalardaki tekelleşmenin özellikle rekabet açısından yarattığı problemler, AB otoritelerini enerji piyasalarına yönlendirmiştir. Bu kapsamda pazarın serbestleşmesi ve rekabete açılabilmesi için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde açıklanmaya çalışılan bu düzenlemeler kapsamında, dönemsel olarak, ihtiyaçları karşılamak amacıyla çıkarılan enerji paketleri de, enerji piyasalarına verilen önemi ve bu alanda daha çok ilerleme kaydedilmesi gerektiğini göstermektedir.

AB enerji piyasalarında rekabet kurallarının uygulanması ile AB pazarının oluşturulması önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmış olsa da, uygulamaya bakıldığında, şirketlerin AB genelinde çok küçük bir paya sahip olmalarına rağmen, hakim durumda oldukları üye ülkelerde faaliyet göstermeye devam ettikleri görülmektedir⁸². Bu durum şirketlere daha makul bir çözüm olarak gözüktense de, rekabetin azaldığı, yüksek fiyatların olduğu ancak kalitenin düşük olduğu mal ve hizmet piyasalarının oluşmasına neden olmakta; piyasalarda faaliyet gösteren küçük

⁸¹ M. Kekelekis, **The EC Merger Control Regulation: Rights of Defence**, Kluwer Law International, 2006, s. 5.

⁸² R. Baldwin, C. Wyplosz, **The Economics of European Integration**, The McGraw Hill, 2004, s.148.

çaplı şirketler ise maliyet açıklarını kapatabilmek için fiyat yükseltmektedirler⁸³. Bu nedenle, AB içerisinde pazarın oluşmasını engelleyen unsurların kaldırılması, küçük ölçekli şirketlerin yoğunlaşma (birleşme ve devralma) ile büyük ölçekli şirketler tarafından satın alınması veya bünyelerine katılması, daha az ancak daha etkin bir rekabet ortamının oluşmasını sağlayacaktır⁸⁴. Ancak bu durumun rekabeti bozmayacak nitelikte olması gerekmektedir. AB enerji piyasalarında yakın tarihe kadar etkin düzenlemelerin yapılmamasının nedenlerinde biri de, bu engellerin henüz kaldırılmamış olmasıdır. Enerji piyasalarının ekonomideki yeri ve bu piyasaların ulusal politikadaki önemini arttırması, üye ülkelerin yetki devri yapmasını geciktiren etkenler arasında yer almaktadır. Ancak, petrol krizi ve arz güvenliği sorunlarının baş göstermesi üye ülkeleri bu alanda da ortak pazar olma yolunda irade göstermelerine yöneltmiştir.

AB enerji piyasalarındaki engellerin kaldırılmasında piyasaların kendine has özellikleri büyük rol oynamaktadır. Enerji faaliyetinin uzun yıllar boyunca kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle devlet tekelinde bulunması, bu özelliklerin başında gelmektedir. Devlet eliyle kontrol edilen ve her aşamada tek bir yapılanmanın olduğu bir piyasada rekabetin varlığında söz etmek pek de mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, enerji piyasalarındaki giriş engelleri, yatırım miktarlarının yüksek olması bazı alanların ise doğal tekel niteliği taşıması diğer özellikleri arasındadır.

Eneji piyasalarındaki genel rekabet sorunlarının başında, pazarın dikey bütünleşmeler ile kapatılması gelmektedir. Bu durum yeni aktörlerin pazara girmesini ve dolaylı olarak tüketicinin kendisine en uygun mal veya hizmeti seçme

⁸³ R. Baldwin, C. Wyplosz, a.g.e., s. 148.

⁸⁴ R. Baldwin, C. Wyplosz, a.g.e., s. 148.

özgürlüğünü engellemekte, onu tek bir tedarikçiye veya ona bağlı bir dağıtıcıya mahkum bırakmaktadır. Nitekim dikey olarak bütünleşmiş bir enerji pazarında şebeke şirketlerinin kendilerine bağlı olan şirketler ile rakip şirketler arasında, onların şebekeye erişimi konusunda ayrımcılık yapması, buna benzer olarak rakip şirketlerin bilgiye erişimlerinin, yani şeffaflığın sağlanmaması yer almaktadır. Yeni şebeke ağlarının, boru hatlarının ve bağlantı noktalarının kurulması veya mevcut tesislerin geliştirilmesine ilişkin yatırım çalışmaları ise, diğer tedarik şirketlerinin daha rahat rekabet etmesine olanak sağlayacak olması nedeniyle, yine şebeke şirketleri tarafından sınırlandırılmakta, bu şirketler sadece kendilerine bağlı olan şirketlere yetecek kapasiteyle çalışmaya devam etmektedirler. Sınır ötesi ticaretin gelişmemesi, şeffaflığın tam olarak sağlanamamış olması ve üye ülkelerdeki farklı fiyatlandırma politikaları ise enerji piyasalarındaki diğer sorunlar olarak göze çarpmaktadır. Bunların yanında, düzenleyici organların uygulamada etkin bir rol oynamaması da bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Enerji piyasalarındaki bu sorunların çözümü ise rekabet uygulamaları ve bu doğrultuda piyasa faaliyetlerinin izlenmesi ile gerçekleşmektedir. Bu çözüm yollarının başında piyasaya yeni aktörlerin girmesini sağlayacak şekilde giriş engellerinin kaldırılması, hakim durumun kötüye kullanılmasını önleyecek üçüncü kişilerin şebekelere erişimlerinin sağlanması gibi birçok yapısal düzenlemenin gerçekleştirilmesi gelmektedir. Bu koşulların öngörülebilmesi ve pazardaki yapılanmanın izlenip, rekabeti bozucu nitelikteki faaliyetlerin önlenmesi için yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasının etkin şekilde işletilmesi gerekmektedir. AB genelinde yoğunlaşmalara bakıldığında, bunların çoğunlukla üye ülke içerisinde gerçekleştiği görülmekte; Birlik boyutunda gerçekleşen yoğunlaşmalarda ise üye

lkeler arasında uyumlaştırma yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Uygulamada da, yoğunlaşmaların kontrolü mekanizması ülkeden ülkeye farklılık göstermekte, dolayısıyla pazarın rekabete açılması ile gerçekleşen yeniden yapılandırmanın etkileri her ülkede farklı olmaktadır. AB genelinde ortak bir yoğunlaşmanın kontrolü olması ve tüm ye ülkelerde paralel olarak uygulanması pazarın yapılanmasında büyük önem taşımaktadır.

Enerji piyasalarının yeniden şekillenmesine ilişkin esaslar direktiflerle düzenlenmiş ise de, rekabet uygulamaları ile bunların pazara yansıması esas olarak Komisyon önüne gelen incelemelerde gerçekleşmekte ve Komisyon'un kararlarıyla şekillenmektedir. Zira Komisyon, yaptığı incelemelerde, enerji alanında yapılan yoğunlaşma işlemlerinin Birlik mevzuatıyla ve pazarın rekabetçi yapısıyla uyumunu denetlemekte; uygun olmadığı durumlarda ise şirket yapılanmalarının değiştirilmesi dahil olmak üzere birçok şartı uygulamaya koyabilmektedir. Bu anlamda AB enerji piyasalarının şekillenmesinde rekabet kurallarının ve bunun uygulayıcısı olan Komisyon'un çok önemli bir rolü bulunmaktadır. Komisyon'un, etkin rekabet ortamını sağlayabilmek adına ye ülkelerin pazarlarının btnleşebilmesini desteklerken, rekabet kuralları aracılığıyla, tüketicilerin istedikleri ye ülkelerden mal temin etmelerini engelleyen üreticiler ile de mücadele etmesi gerekmektedir⁸⁵. Komisyon'un bu yetkisi ve etkisi ise sadece yoğunlaşmalarla sınırlı kalmamakta, doğal olarak tüm rekabet kuralları içerisinde yer alan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye kullanılması halleri ve devlet yardımları üzerinde de gerçekleşmektedir.

⁸⁵ M. Kekelekis, 2006, s.5.

Yoğunlaşmalara ilişkin kararlara ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı yer verileceğinden, çalışmamızın bu bölümünde, rekabet kurallarının diğer alanlarındaki uygulamalarının enerji piyasalarında nasıl yansıdığına değinilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, sınırlayıcı anlaşmalar, hakim durumun kötüye kullanılması, devlet yardımları gibi alanlarda belli başlı örneklerle yer verilecektir.

Enerji piyasalarında sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin olarak *Endesa/Gaz Natural* soruşturması örnek gösterilebilmektedir. Bu soruşturma kapsamında İspanya’da elektrik üretimi faaliyetinde bulunan Endesa ile yine İspanya’da gaz tedariki sağlayan Gaz Natural arasında uzun süreli bir gaz tedariki anlaşması imzalanmıştır. Komisyon, yaptığı incelemede, bu anlaşmanın gaz piyasasına yeni girişlerin yapılmasını zorlaştıracığını, Endesa’nın aldığı gazı satmasının engellenmesi nedeniyle piyasadaki rekabetinin sınırlanacağını; bunun yanında, Gaz Natural’ın diğer müşterileri arasından Endesa’nın lehine davranabileceği gerekçe göstererek, çeşitli çekinceleri olduğunu belirtmiştir. Bunun karşılığında anlaşma tarafları ise, anlaşma süresinin ve tedarik edilecek gaz miktarının düşürülmesi, Endesa’nın gazı yeniden satmasına imkan verilmesi ve Endesa lehine sonuçlar doğuracak diğer maddelerin yeniden düzenlenmesi önerisinde bulunmuşlardır⁸⁶. Komisyon ise bu öneriler üzerine, anlaşmaya taraf olan şirketler hakkında açılan soruşturmayı kapatmıştır.

Komisyon’un Fransa’nın ana doğalgaz sağlayıcısı olan ve boru hatları ile sıvılaştırılmış doğalgaz terminallerini elinde bulunduran GDF Suez hakkında verdiği kararda ise rekabeti bozucu davranışlara ilişkin tespitlerde bulunulmuştur. Komisyon yaptığı inceleme sonunda GDF Suez’in, rakiplerinin altyapı tesislerine erişimini

⁸⁶ Y. Aslan, **Enerji Hukuku Doğalgaz Piyasalarında Rekabet**, Cilt III, Ekin Yayıncılık, Bursa-2009, s.122-124; IP/00/297, 27 Mart 2000. Ayrıntılı diğer örnekler için bkz, Y. Aslan, a.g.e, s. 122-127.

engelleyerek, Fransa doğalgaz piyasasında hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir⁸⁷. Ancak ihlalde bulunan şirket, Fransa'ya doğalgaz ithalini sağlayan boru hatları ve sıvılaştırılmış doğalgaz terminalleri üzerindeki uzun süreli kapasite rezervini önemli oranlarda düşürmeyi taahhüt etmiştir. Buna göre, 2011 yılına kadar mevcut payın %10'u düşürülecek, 2014 yılına kadar ise pay oranı %50'nin altında olacak, bu oran 2024 yılına kadar şirketin elinde bulunduracağı maksimum oran olacaktır. Koşulların gerçekleştirilmesi ile rekabet düzeyini koruyan bu karar ve taahhütlerin uygulamaya konulması, enerji piyasasının şekillenmesi ve rekabetin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Bir başka örnekte ise RWE şirketinin Almanya'da sahip bulunduğu doğalgaz iletim şebekesine rakip şirketlerin erişimini engellediği ve bu yolla hakim durumunu kötüye kullandığı ve ABİDA'nın 102. (ATA m. 82) maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle inceleme başlatılmıştır. İnceleme sonucunda, RWE, Batı Almaya yüksek basınçlı doğalgaz iletim şebekesini personeli, temel mal ve hizmetleri ile birlikte satmayı taahhüt etmiş, Komisyon'da bu taahhüt üzerinde soruşturmayı sonlandırmıştır⁸⁸. Bu sayede, RWE şirketi iletim şebekesinin kontrol edemediği takdirde, kendisine ait olan tedarik şirketi lehine bir ayrımcılık yapamayacaktır. Taahhüt ve buna bağlı olarak verilen karar sonucunda, Almanya doğalgaz iletim pazarının yapısı değiştirilmiştir.

Buna benzer olarak, Distrigas (Belçika-doğalgaz)⁸⁹, EDF⁹⁰ (Fransa-elektrik) ve Svenska Kraftnat-SvK⁹¹ (İsveç-elektrik) verdikleri taahhütlerle pazarlarının rekabete açılması; Yunanistan'da ise elektrik üreticilerinin linyit yataklarına adil

⁸⁷ Case No. COMP/M.39.316.

⁸⁸ Case No. COMP/M.39.402.

⁸⁹ Case No. COMP/M.418.

⁹⁰ Case No. COMP/M.38.386.

⁹¹ Case No. COMP/M.39.351.

şekilde erişimleri sağlanmıştır. Bunların yanında iletişim şebekesine erişimin engellenmesi gerekçesiyle ENI (İtalya), uzun süreli tedarik sözleşmelerinin piyasaya yeni girişleri zorlaştırdığı gerekçesiyle Electrabel (Belçika) ve hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle E.ON Gas (Almanya) şirketleri hakkında ABİDA'nın 102. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle sürmekte olan incelemeler bulunmaktadır⁹².

Devlet yardımlarının ise, enerji piyasaları bakımından ayrı bir önemi bulunmaktadır. Daha öncede ifade edildiği üzere, enerji piyasaları çok uzun yıllar boyunca kamu hizmeti niteliği taşıdığı gerekçesiyle devlet tekeline yer almıştır. Küreselleşmenin piyasaya olan etkileri ve piyasada yaşanan ilerlemelerin yarattığı yeni ortam, serbestleştirmeyi gerekli kılmış, serbestleştirme çalışmaları ile devlet tekeline kurtulmaya çalışılmıştır. AB'nde Kurucu Antlaşmalarda yer alan düzenlemeler uyarınca devlet yardımları yasaklanmış, genel yararı içeren bazı durumlarda izin verilebileceği belirtilmiştir. Komisyon uygulamalarına bakıldığında ise, arz güvenliği ve yenilenebilir enerji kaynaklarına ilişkin devlet yardımlarının değerlendirilmesinde daha özenli davranıldığı görülmektedir. AB enerji piyasalarında da özellikle AKÇT Antlaşması'nın sona ermesinden sonra, kömür sektöründe devlet teşviki yapılmasına öncülük edecek düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun gibi yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının teşviki ve elektrik piyasasına ilişkin düzenlemeler arasında da devlet yardımlarına ilişkin hükümler bulunmaktadır⁹³.

Komisyon'un verdiği bu tip kararlar ve taahhütler ise pazarda bulunan veya pazara girmek isteyen aktörlere, hakim durumda olan şirketlerle rekabet edebilmeleri

⁹² ENI, Case No. COMP/M.39.315; Electrabel, Case No. COMP/M.38.387; E.ON Gas, Case No. COMP/M.39.317.

⁹³ Ayrıntılı örnekler için bkz. Ç. E. Ergün, 2007, s. 116 vd.

için gerekli rekabet ortamını sağlamaktadır. Pazarda birden fazla rakibin bulunması ise tüketicinin seçim olanaklarının artması, şirketlerin refahın arttırılması yolunda çalışması anlamına gelmektedir. Tüketici refahının her zaman ulaşılması gereken hedef olarak alınması rekabetçi bir tek pazarın oluşturulması açısından büyük önem taşımaktadır.

AB enerji piyasası henüz tam anlamıyla bir iç pazar olamamış, ancak bu yolda önemli adımların atıldığı ve kendine has özellikleri ile etkin rekabetin sağlanması açısından belki de diğer pazarlardan daha fazla kontrole ve yönlendirmeye ihtiyaç duyan bir piyasadır. Tek bir enerji pazarının tamamlanması ile etkin ve sürdürülebilir enerji temini ve arz güvenliği sağlanacak, bu sayede tüketici refahı arttırılacağı gibi, ekonomik büyümenin yanı sıra istihdam olanaklarında da artış sağlanacaktır. Enerji piyasalarında bütünleşmenin, doğal olarak rekabetin ve sürdürülebilirliğin sağlanmasıyla, sadece bu piyasalarda değil, sanayinin diğer alanlarında ve ekonominin tamamında da gelişme ve ilerleme kaydedilecektir. Bu nedenle bu pazarın oluşturulmasında rekabet kuralları ve bunların uygulaması önem taşımaktadır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

A. 139/2004 SAYILI YOĞUNLAŞMALAR TÜZÜĞÜ

AB rekabet uygulamalarında önemli bir yeri olan birleşme ve devralmalar, ortak pazarın tamamında veya bir kısmında rekabeti bozucu eylemlerden sayılmış ve

bir kontrol mekanizmasına tabi tutulmuştur. Bu kontrol kapsamında yapılan düzenlemelere geçmeden önce, bu başlık altında kullanılan terminolojiye değinmekte yarar vardır. Yoğunlaşma, genel anlamda, ‘*az sayıda teşebbüsün toplam satışlar, varlıklar veya istihdam gibi ölçütlere göre ekonomik faaliyetin büyük kısmını elde tutmaları durumu*’ olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Yani, faaliyetlerin az sayıdaki aktörler tarafından kontrol edildiği piyasalar yoğunlaşmış piyasalar olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda ‘yoğunlaşma’ kavramı, birleşme ve devralmalar sonucunda rekabeti bozucu bir piyasanın oluşması durumundan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, birleşme ve devralmalar, yoğunlaşmaların sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Birleşme ve devralmaların yerine yoğunlaşma kavramının kullanılması, yoğunlaşmaya neden olabilecek tüm uygulamaların rekabet hukuku kapsamında kontrol edilebildiği geniş bir alana uygulanmasını sağlamaktadır. AB düzenlemeleri ve Komisyon kararları incelendiğinde, ‘birleşme ve devralmalar’ yerinde, ‘yoğunlaşma’ kavramının kullanıldığı görülmektedir. Nitekim rekabeti bozucu nitelikteki birleşme ve devralmalar ile ortak girişimlerin kontrolüne ilişkin temel AB düzenlemesi olan “139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü”⁹⁵ içerisinde ‘yoğunlaşma’ kelimesinin karşılığı olan ‘concentrations’ kavramına yer verilmektedir. Ancak, alt başlık olarak ‘AB Birleşmeler Tüzüğü’ olarak anılmaktadır. Tüzük ana başlığında, Komisyon kararlarında ve ilgili diğer mevzuatta da bu şekilde yer alması nedeniyle birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemelerden ve uygulamalardan bahsedilirken ‘yoğunlaşmalar’ terimi

⁹⁴ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s.149.

⁹⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EU The EU Merger Regulation); OJ L 24, 29.01.2004.

kullanılmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızın devamında 139/2004 sayılı Tüzük “Yoğunlaşmalar Tüzüğü” olarak anılacaktır.

AB’nde bugün uygulanmakta olan yoğunlaşmaların kontrolü mekanizması uzun bir süreç sonrasında oluşturulmuştur. Gerçektende AB’nin temellerinin atıldığı AKÇT Antlaşmasında yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin düzenlemelere yer verilirken⁹⁶, sonrasında imzalanan Avrupa Topluluğu Antlaşması’nda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara, hakim durumun kötüye kullanılmasına ve devlet yardımlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmesine rağmen, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin bir madde bulunmamaktadır. Bunun nedeni, ATA’nın oluşturulduğu sırada, ulusal rekabet politikası olan üye ülkelerde yoğunlaşmaların üzerinde durulmamasının Topluluk düzenlemelerine de yansımaları olarak açıklanabilmektedir⁹⁷. Her ne kadar ATA’nın imzalandığı dönemde yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamış olsa da, süreç içerisinde yaşanan gelişmeler, bu durumun değiştirilmesi gerektiğini göstermiştir. Teşebbüslerin faaliyetlerini birleştirerek, rekabetin azalmasına neden olacak bir pazar gücüne sahip olmaları, bu tür işlemlerin kontrol edilmesi ihtiyacını doğurmuş, üye ülkeler yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasının ulusal düzeyde kalmaması gerektiğine kanaat getirmeye başlamışlardır⁹⁸. Bu süreç içerisinde AD, ATA’nın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen hükümlerinin, ortak pazarın işleyişinin engelleyecek şekilde hakim durum yaratan yoğunlaşmalar içinde

⁹⁶ AKÇT Antlaşmasının 66. maddesinde iki teşebbüs arasında gerçekleşen yoğunlaşmalarda, teşebbüslerden en az birinin kömür veya çelik sektöründe faaliyet göstermesi halinde Komisyon’un öncelikli yetkiye sahip olduğuna yer verilmiştir.

⁹⁷ M. Kekelekis, 2006, s. 9.

⁹⁸ M. Kekelekis, 2006, s.12.

uygulanacağını karara bağlamış olsa da⁹⁹, bu içtihatlar ihtiyacı karşılamamıştır. Topluluk hukuku ile uyuşmayan yoğunlaşma uygulamalarının önlenmesi için ön bildirim mekanizmasını içeren bir sistemin daha kolay gerçekleştirilebilir olduğunu düşünen Komisyon, buna ilişkin ilk önerisini 1973 yılında yapmış ancak bazı ülkelerin itirazları ile karşılaşmıştır¹⁰⁰. Yani, üye ülkeler bu alanda düzenleme yapma ve yoğunlaşmayı kontrol etme yetkisini Topluluğa devretmek istememiş, Komisyon'un önerileri ile üye ülke çıkarları örtüşmemiştir. 1973 yılında yapılan ilk öneri ile düzenlemenin yapıldığı 1989 yılına kadar üye ülkelerin ilgili yetkileri Birliğe devredebilecekleri bir kontrol mekanizmasının oluşturulması için çeşitli önerilerde bulunulmuş, zaman içerisinde sunulan bu öneriler üye ülkelerin talepleri doğrultusunda şekillenmiş, ancak bir sonuca ulaşamamıştır. Pazarlardaki yoğunlaşma işlemlerinin artış göstermesi ile bu işlemlerin kontrolüne duyulan ihtiyacın artması Komisyon'u Topluluk düzeyinde bir sistemin oluşturulması için yeni öneriler getirmesini zorunlu kılmıştır. Bu süreçte yapılan önerilerdeki değişiklikler, Komisyon'un inceleme alanının üye ülkeler ile değil, Avrupa dışında bulunan ilgili diğer pazarları da kapsamayı; inceleme yapılırken ulusal boyutların değil, uluslar arası boyutların dikkate alınması; pazardaki payın belirli bir yüzdenin altında olduğu yoğunlaşmaların Topluluk ile uyumlu olduğunun kabul edilmesi; yeni eşiklerin belirlenmesi ve bu sistemde Konsey'in görevinin ne olacağı gibi başlıklarda toplanmıştır¹⁰¹. Uzun ve sancılı bir sürecin sonunda, ATA'nda yer alan rekabet kurallarının yetersiz kaldığı, ortak bir pazar için tek bir yoğunlaşmaların kontrolü

⁹⁹ Continental Can Co. Inc. v. Commission C-6/72 1973 ECR 215; BAT and Reynolds v. Commission, 156/84 1987 ECR 4487.

¹⁰⁰ M. Kekelekis, 2006, s.13; itiraz eden ülkelerin başında Fransa, İtalya ve İngiltere gelirken, itiraz nedenleri ise önerinin hukuki dayanağı, güçlerin ayrımı ve Danışma Komitesi'nin rolü gibi maddi nedenlerdir.

¹⁰¹ M. Kekelekis, 2006, s.13.

sisteminin oluşturulmasının zorunlu olması ve yoğunlaşma işlemlerinin gün geçtikçe artması nedenleriyle¹⁰², 4064/89 sayılı “Teşebbüsler arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü” bu konu doğrudan uygulanabilir düzenlemeler ile hüküm altına alınmıştır¹⁰³. 1996 tarihinde hazırlanan Yeşil Kitap’ta yer alan öneri ve eleştiriler doğrultusunda, 1998 yılında 4064/89 sayılı Tüzük’te bazı değişiklikler yapılmış¹⁰⁴, 2000 yılına gelindiğinde ilk yapılan düzenlemelerin de değiştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmış ve buna ilişkin öneriler 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap’ta dile getirilmiştir. Bu doğrultuda hazırlanan 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü ise 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girerek, bugün yoğunlaşmaların kontrolünü düzenleyen temel kaynak oluşturulmuştur¹⁰⁵.

Yoğunlaşmalar Tüzüğü dışında Komisyon tarafından hazırlanan başka yasal düzenlemelerde bulunmaktadır. Bunların başında 802/2004 sayılı Uygulama Tüzüğü gelmektedir¹⁰⁶. Uygulama Tüzüğü içerisinde yoğunlaşmaların Komisyon’a bildirimini sırasında hazırlanacak temel belge olan “Form CO” ekli bulunmaktadır. Bununla beraber bir dizi tavsiye de bu Tüzüğe eklenmiş olup, bu düzenlemeler genel hatlarıyla rekabet endişesi yaratmayacak nitelikteki yoğunlaşmaların bildirimini için

¹⁰² M. Kekelekis, 2006, s.13.

¹⁰³ Council Regulation (EC) no 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings; OJ L 395, 30.12.1989.

¹⁰⁴ Council Regulation (EC) No 1310/97 of June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings; OJ L 180, 09.07.1997. Bu Tüzük ile genel olarak, ciro eşikleri ve ciroların hesaplanması yöntemi değiştirilmiş, Topluluk boyutunun kapsamı arttırılmış, ortak girişimlere ilişkin bazı düzenlemeler getirilmiş, teşebbüslere taahhütte bulunma olanağı tanınırken, inceleme sırasında yoğunlaşmanın askıda kalabilmesine imkan verecek düzenlemeler getirilmiş ve Komisyon’a ulusal organlara yönlendirme yetkisi verilmiştir; E. Erdem, “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II**, 2004, s.22-23.

¹⁰⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EU Merger Regulation); OJ L 24, 29.01.2004.

¹⁰⁶ Commission Regulation (EC) No.802/2004 of 21 April 2004, Implementing Council Regulation (EC) No.139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (“Uygulama Tüzüğü”). Ancak Tüzük, 2006 ve 2008 yıllarında, sırasıyla 1792/2006 sayılı Tüzük (ATRG L362, 20.12.2006) ve 1033/2008 sayılı Tüzük (ATRG L279, 22.10.2008) ile değişikliğe uğramıştır.

özet niteliğindeki form yanında yoğunlaşma taraflarının incelemenin ulusal otoritelere gönderimi için gerekçeli bildirimlerini (“*reasoned submission*”) ve taahhütlerini sunmak için kullanacakları formları içermektedir. Bunların dışında 139/2004 sayılı Tüzüğün uygulamasında yardımcı olması için Komisyon tarafından yayınlanan çeşitli duyurular bulunmaktadır. Bu duyuruların başında Yetkiye İlişkin Duyuru¹⁰⁷ yer almaktadır. Bunun yanında, ilgili pazarın tanımlanmasına¹⁰⁸, yatay¹⁰⁹ ve yatay olmayan¹¹⁰ yoğunlaşmaların değerlendirilmesine, yoğunlaşmaların uygulanabilmesi için verilecek taahhütlere¹¹¹, yan sınırlamalara¹¹², dosyaların üye ülkeler ile Komisyon arasında havale edilmesine¹¹³ ve yoğunlaşmaların kontrolünün basitleştirilmiş usulüne ilişkin¹¹⁴ çeşitli duyurular bulunmaktadır¹¹⁵. Bu düzenlemeler ile Komisyon, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin tüm konularda ayrıntılı açıklamalara yer vermekte, bu yolla hem yoğunlaşmanın tarafı olacak teşebbüslerin hazırlıklı olmasını sağlamakta, hem de özellikle konumuz olan enerji piyasalarında tek bir pazarın oluşturulması yolunda üye ülkeler arasında farklı uygulamaların ortaya çıkmasını engellemektedir.

¹⁰⁷ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (the “Merger Regulation”), OJ 2008/C, 95/01, 16.04.2008.

¹⁰⁸ Commission notice on the definition of the Relevant Market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 09.12.1997.

¹⁰⁹ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004.

¹¹⁰ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 265 of 18/10/2008

¹¹¹ Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004; OJ C 267, 22.10.2008.

¹¹² Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, OJ C 56, 05.03.2005.

¹¹³ Commission Notice on case referral in respect of concentrations, OJ C 56, 05.03.2005.

¹¹⁴ Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ C 56, 05.03.2005.

¹¹⁵ Bunların dışında yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde de uygulanan duruşma görevlilerine (Commission Decision 2001/462 of 23 May 2001 on the terms of reference of hearing officers in certain competition proceedings OJ L 162, 19.06.2001), dosyalara erişime (Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ C 325, 22.12.2005) ve yoğunlaşmanın terkine ilişkin duyurular da bulunmaktadır.

Bu düzenlemelere ek olarak, Komisyon, teşebbüslerin yoğunlaşma niteliğindeki işlemlerini bildirmeden önce yardımcı olması, yol göstermesi ve bildirimlerdeki eksikliklerin giderilmesi, daha doğru bir ifade ile en aza indirilmesi için “*En İyi Uygulama İlkeleri*” başlıklı bir rehber hazırlamıştır¹¹⁶. Bu çalışmayla yoğunlaşmaların Komisyon’a bildirilmesinden önce izlenmesi gereken ilkeler belirlenmiş, uygulamaya işlerlik kazandırılması ve zaman tasarrufu amaçlanmıştır. Bu ilkelerdeki temel özellik, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin Komisyon ile iletişim içerisinde olmasını sağlamaktır. Yani, bir anlamda resmi başvurudan önce gayri resmi bir iletişim içerisine girilerek yapılacak olan başvuru kontrol edilmektedir¹¹⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, bu belgelerde yer alan ilkelerin uygulanması başvuru yapıldıktan sonra eksiklik bildirimi yapılmasını ortadan kaldırmamakta, ancak bu ihtimali azaltmaktadır¹¹⁸.

Yoğunlaşmalar Tüzüğü ile genel olarak, hangi yoğunlaşmaların tüzük kapsamında değerlendirileceğine ilişkin esaslar belirlenmiş ve Tüzük’te belirtilen nitelikteki yoğunlaşma işlemlerinin Komisyon’a bildirimi zorunlu tutulmuştur. Komisyon kendisine yapılan bildirimleri değerlendirirken, ilk olarak yapılan başvurunun, Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında yetki alanına girip girmediğini tespit etmektedir. İlgili yoğunlaşma işlemi Komisyon’un yetki alanına giriyorsa, Komisyon ilgili yoğunlaşmanın incelenmesinde münhasıran yetkili organ olacak ve üye ülke mevzuatları yerine AB müktesebatı uygulanacaktır.

¹¹⁶ Best Practices on The Conduct of EC Merger Control Proceedings; <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

¹¹⁷ Bu doğrultuda, Komisyon bünyesinde bulunan rekabet takımı ile bildirimden önce bir toplantı yapılmakta, bu toplantıdan önce ise bir bilgilendirme raporu sunulmaktadır. İlk toplantının ardından ise bildirimin yapılması sırasında sunulacak, daha doğru bir ifadeyle, bildirimin incelenmesi için kullanılacak “Form CO”nun taslak versiyonunun sunulması, Komisyon’a ise bu formu incelemesi için süre verilmesi gerekmektedir. Bu aşamaların tamamlanması üzerine yapılacak toplantılarda ise, Form CO’daki eksiklikler tespit edilmeli, formda nelerin yer alıp almayacağı kararlaştırılmalı, yoğunlaşmadan etkilenecek olan pazarlar belirlenmelidir; İKV, 2002, s.30.

¹¹⁸ İKV, 2002, s.31.

Uygulamaya bakıldığında, Komisyon'un yetkisini düzenleyen maddenin uygulamasında titiz davrandığı görülmektedir¹¹⁹. Örneğin, Alman şirketi *E.ON*'un, elektrik sektöründe faaliyet gösteren İspanyol *Endesa* şirketinin kontrolünü tamamen devralması işleminde bu maddenin uygulamasına rastlanmıştır. Zira ilgili ihale sürecinin tamamlanmasının ardından *E.ON* devir işlemine izin verilmesi için Komisyon'a bildirimde bulunmuş, Komisyon'da yaptığı inceleme sonucunda işleme, ilgili pazarlarda herhangi bir kısıtlamaya yol açmaması sebebiyle izin vermiştir. Ancak İspanyol Rekabet Kurumu (CNE), Komisyon'un bu kararından sonra ulusal mevzuatta yapılan bir değişikliğe dayanarak, *E.ON*'un *Endesa* şirketini devralması işleminin gerçekleştirilebilmesi için bazı koşulları yerine getirmesini şart koşmuştur¹²⁰. Komisyon ise, Birlik kapsamına giren yoğunlaşma işlemlerinin münhasıran kendisine ait olduğu belirtilerek, CNE tarafından getirilen yükümlülüklerin Kurucu Antlaşmalarda düzenlenen sermayenin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu nedenlerle CNE tarafından verilen kararın kaldırılması ve uygulamanın AB mevzuatına uygun hale getirilmesi için uyarıda bulunulmuştur. Birçok uyarının ardından CNE, AB mevzuatına aykırı olarak yapılan uygulamanın kaldırıldığını bildirilmiştir¹²¹. Buna benzer olarak İspanyol elektrik operatörü *Endesa*'nın, İtalyan elektrik operatörü *ENEL* ve İspanyol altyapı geliştirme alanında faaliyet gösteren *Acciona* şirketleri tarafından devralınması işleminde de, CNE'nin, *Endesa*'ya getirdiği yükümlülükleri ve sınırlamaları, Kurucu Antlaşmada yer alan sermayenin ve malların serbest

¹¹⁹ The EU Merger Regulation, m. 21.

¹²⁰ CNE'nin yerine getirilmesini istediği koşullar arasında, *Endesa*'nın ismini 5 yıl boyunca koruması, İspanya dışında bulunan ve şirket tarafından sahip olunan elektrige ilişkin malvarlığının 5 yıl süresince *Endesa*'da kalması, *Endesa*'nın yerel kömür ile üretim yapan elektrik santrallerinin bu şekilde üretim yapmaya devam etmesi ve *E.ON*'un *Endesa*'ya ilişkin olarak ve İspanyol hukuki düzenlemelerine aykırı olarak arz güvenliğini etkileyecek stratejik kararları uygulayamayacağı yer almaktadır.

¹²¹ Benzer bir durum *Enel/Acciona/Endesa* birleşmesinde de meydana gelmiştir.

dolaşımına ilişkin düzenlemeler ile yerleşme hakkı maddelerine aykırı olarak değerlendirilmiş, aynı zamanda Birlik boyutundaki bir yoğunlaşma işleminin Komisyon'un münhasır yetki alanına girdiği, bu yolla Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 21. maddesine de aykırı davranıldığı belirtilmiştir¹²².

Komisyon ilgili yoğunlaşma işleminin Tüzük kapsamında ve kendi yetki alanına girdiğine karar vermesinin ardından, bir sonraki aşamaya geçecek ve yoğunlaşmanın rekabeti bozucu etki doğurup doğurmadığını inceleyecektir¹²³. Komisyon bu incelemeyi yaparken, 4064/89 sayılı Tüzük'te yer alan hakim durum testi yerine, etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testini kullanmaktadır. Buna göre, bildirilen yoğunlaşma işleminin, ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında, özellikle hakim durum yaratacak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirecek şekilde, etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyip etkilemediği incelenmektedir. 4064/89 sayılı Tüzük'ten farklı olarak uygulamaya konulan bu düzenleme ile Komisyon'un yetki alanı ve uygulama gücü arttırılmış, hakim durum yaratmayan veya mevcut hakim durumu güçlendirmeyen yoğunlaşmalar da kontrol mekanizmasına dahil edilmiştir.

136/2004 sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü ile, etkinlik değerlendirilmesinde yapılan değişikliğin yanında 4064/89 sayılı Tüzük'de yer almayan ve yoğunlaşmanın en iyi sonucu verecek yerde incelenmesini sağlayan bir sistem oluşturulmuştur. Bu kapsamda, Birlik boyutunda olmayan bir yoğunlaşma birden çok üye ülkenin yetkili organlarınca incelenmesinin yerine Komisyon tarafından veya Birlik boyutunda olan

¹²² Case No. COMP/M.4685, 05.07.2007.

¹²³ Bu kapsamda Komisyon'un incelemesini iki aşamada gerçekleştirdiği görülmektedir. Birinci aşama, yoğunlaşmanın bildirimi üzerine yetkili olup olunmadığına ilişkin olarak yapılan incelemeyi (Phase-I); ikinci aşama ise, yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu olup olmadığı konusunda şüphelerin bulunması halinde soruşturma açılmasına karar verilmesi ve bunun sonucunda verilecek olan kararı (Phase-II) kapsamaktadır; E. Erdem, 2004, s.34.

bir yoğunlaşma, Tüzük'te belirtilen özellikleri taşıması halinde üye ülke yetkili organları tarafından incelenebilmektedir. Bu doğrultuda yetkili makamın belirlenmesine ilişkin talepler, ilgili yoğunlaşmanın bildiriminden önce veya sonra yapılabilmekte, yoğunlaşmanın en etkin organ tarafından incelenmesi sağlanmaktadır. Birlik hukukunun mu yoksa ulusal mevzuatın mı uygulanacağını tespit edilmesi açısından yetkili makamın belirlenmesi büyük önem taşımakta olup, bu düzenlemelerle Birlik boyutunun kapsamı genişletilmiş ve yoğunlaşma işlemlerinin öncesinde de bildirim imkanı sağlanmıştır.

Bu yöntemlerden ilki, Birlik boyutu taşımayan ancak gerçekleştirilmesi durumunda en az üç üye ülkeyi etkileyecek olan yoğunlaşmaların, yetkili organlara bildirim yapılmasından önce, Komisyon tarafından incelenmesinin talep edilebilmesidir¹²⁴. Bu yolla taraflar yetkili olan üye ülkelere ayrı ayrı bildirimde bulunmak yerine, Birlik boyutunda olmayan bir yoğunlaşmayı Komisyon'a bildirebilmektedirler¹²⁵. Bildirim öncesinde başvurulabilecek bir diğer yol ise, Birlik boyutunda olan bir yoğunlaşmanın üye ülke yetkili organlarınca incelenmesinin talep edilebilmesidir¹²⁶. Ancak bu yola başvurulabilmesi için yoğunlaşmanın, o üye ülkenin sınırları içerisinde belirli bir pazardaki etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek olması ve bu pazarın ayrı bir pazar özelliği göstermesi gerekmektedir.

Bunların dışında yoğunlaşmanın Komisyon'a bildirilmesinden sonra da çeşitli gönderim taleplerinde bulunulabilmektedir. Buna göre; bildirimden sonra bir ya da

¹²⁴ The EU Merger Regulation, m. 4/5. Bu madde kapsamında düzenlenen uygulama “3+kriteri” olarak da adlandırılmaktadır; http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126096_en.htm. Gaz Natural'ın Endesa'yı devralması işleminde, bu düzenleme doğrultusunda başvuruda bulunulmuş, ancak Komisyon tarafından uygun görülmemiştir.

¹²⁵ E. Erdem, 2004, s. 31. Yoğunlaşma işleminin Komisyon tarafından incelenmesi önerisi, teşebbüs tarafından ulusal olarak yetkili herhangi bir rekabet otoritesine bildirim yapılmadan önce teşebbüs tarafından yapılabilir; P. Craig, G. De Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, 2007, s.1052.

¹²⁶ The EU Merger Regulation, m. 4/4.

daha fazla üye ülke, Birlik boyutu olmayan ancak bu üye ülkeler arasında ticareti etkileyen ve sınırları içerisindeki rekabetin etkinliğini önemli ölçüde tehdit eden bir yoğunlaşmanın incelenmesini Komisyon'dan talep edebilmektedir¹²⁷. *Kesko Oy v. Commission* örneğinde olduğu gibi, incelemenin Komisyon'a gönderilmesi talebi üye ülkenin yetkili rekabet otoritesinden de gelebilmektedir¹²⁸. Bu uygulama daha çok ulusal rekabet hukuku düzenlemesi bulunmayan üye ülkeler için getirilmiş olup, günümüzde üye ülkelerin ulusal rekabet hukuku düzenlemeleri bulunması sebebiyle çok başvurulan bir uygulama olmamaktadır¹²⁹. Bildirim sonrasında başvurulabilecek bu yol dışında, üye ülkeler Komisyon'a, ilgili yoğunlaşmanın o üye ülkenin sınırları içerisindeki ayrı bir pazarın tüm özelliklerini gösteren bir pazardaki rekabeti önemli ölçüde etkileme tehlikesi yaratan veya o üye ülke sınırları içerisinde ayrı bir pazarın tüm özelliklerini gösteren, ancak ortak pazarın önemli bir kısmını oluşturmeyen bir pazardaki rekabeti etkileyen yoğunlaşmaları da bildirebilmektedir¹³⁰. *Edf/London Investment* incelemesinde¹³¹, İngiliz hükümeti dosyanın kendilerine gönderilmesi için Tüzükte yer alan bu düzenlemeye dayanarak başvuruda bulunmuş, ancak Tüzük'te belirtilen şartların söz konusu yoğunlaşma işleminde gerçekleşmediği gerekçesiyle, başvuru Komisyon tarafından reddedilmiştir. Sonrasında İngiliz hükümetinin, ilgili yoğunlaşmanın İngiliz yetkili organları tarafından incelenmesinde kamu yararı bulunduğunu bildirerek yeni bir başvuru yapmasına rağmen, Komisyon, üye ülke tarafından alınması gerekli olduğu ileri sürülen önlemlerin ilgili yoğunlaşma açısından öngörülmüş olmaması, ayrıca Tüzüğün bu önlemlerin alınması

¹²⁷ The EU Merger Regulation, m. 22; Bu aşamada üye devletlerin iç hukuklarında yoğunlaşmalara uygulanmakta olan süreler, incelemeyi yapacak yetkili makamın belirlenmesine kadar askıya alınmış sayılırlar. Ancak bir üye ülke talebe katılmayacağını bildirirse, bu üye ülkelerde işleyen süre askıdan kurtulmaktadır.

¹²⁸ P. Craig, G. De Burca, 2007, s.1052; Case T-22/97 [1999] ECR II-3775.

¹²⁹ P. Craig, G. De Burca, 2007, s.1052.

¹³⁰ The EU Merger Regulation, m. 9.

¹³¹ Case No. COMP/IV/M.1346 Edf/London Electricity, 27.01.1999

önünde bir engel teşkil etmediği, üye ülkenin ilgili organlarına tanınan hakların Komisyon tarafından tanınması gibi bir gereklilik bulunmadığı gerekçeleriyle talebi reddetmiştir. *Electrabel & Local District*¹³² kararında, incelemeyi Belçika otoritelerinin yapmasına karar verirken, *Hidrocantabrico Grupo Villar Mir*'ın *Edubun*'u devralmasına ilişkin bildirim, bu işlemin ortak pazarda önemli rekabet sorunları çıkarabileceği gerekçesiyle üye ülkeye (İspanya) gönderilmemiştir¹³³.

Yoğunlaşmalar Tüzüğü ile getirilen bu düzenleme, bir yoğunlaşma işleminin, ilgili üye ülkedeki belirli bir pazar üzerindeki rekabet etkilerini Komisyon'a gösterme imkanı vermekte ve yoğunlaşma işleminin en uygun yetkili organ tarafından incelenmesi sağlamaktadır.

Tarafların bir yoğunlaşma bildirimini yaparken, yoğunlaşma hakkında gerekli her türlü bilgiyi Komisyon'a vermeleri gerekmektedir. Komisyon'da, bir yoğunlaşma işlemi üzerinde inceleme yaparken, hakkında inceleme yapılan kişi veya teşebbüslerde gerekli her türlü incelemeyi yapma¹³⁴ ve onlardan her türlü bilgiyi isteme¹³⁵ hakkına sahiptir. Bu kapsamda, incelemenin yapıldığı üye ülke yetkili organları ve onların temsilcileri de, Komisyon'un incelemesini tamamlayabilmesi için her türlü yardımda bulunmakla yükümlüdürler. Bir yoğunlaşmanın incelenmesi sırasında, Komisyon'a çok geniş yetkiler tanınmasının yanında, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsleri koruyucu düzenlemelere de yer verilmektedir. Buna göre, yapılan incelemeden doğrudan etkilenecek olan tarafların dosyaya erişimleri sağlanmakta¹³⁶,

¹³² Case No. COMP/M.2857, M.3075-3078, M.3318.

¹³³ Case No. COMP/M.2434, 26.09.2001; C. Jones (ed.), **EU Energy Law**, Volume II, EU Competition Law and Energy Markets, Claeys&Csteels, September-2007, s.404.

¹³⁴ The EU Merger Regulation, m. 13.

¹³⁵ The EU Merger Regulation, m. 11.

¹³⁶ The EU Merger Regulation, m. 18.

savunma haklarını kullanmalarına ve teşebbüs bilgilerinin korunmasına özen gösterilmektedir.

Komisyon gerekli gördüğü tüm incelemeleri tamamladıktan sonra, ilgili yoğunlaşma işleminin ortak pazarın tamamında veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyip etkilemediğine ilişkin nihai kararını vermektedir. Bu karar ile ya yoğunlaşma işlemine izin verilecek ya da yoğunlaşmanın etkin rekabeti önemli ölçüde etkilediğine kadar verilerek izin verilmeyecektir. Komisyon, bunların dışında yoğunlaşma işlemi, etkin rekabeti önemli ölçüde etkilemesine rağmen, yoğunlaşma taraflarınca getirilen çözüm önerileri, yani taahhütlerin yerine getirilmesi koşuluyla da, yoğunlaşmanın ortak pazardaki olası olumsuz etkilerini ortadan kaldırılacağına kanaat getirerek işleme izin verebilmektedir. Çalışmamızın konusu olan enerji piyasalarındaki uygulamalara bakıldığında, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsler tarafından öngörülen taahhütlerin, bu alandaki bir yoğunlaşma işlemine izin verilmesinde büyük önem taşıdığı ve koşullu izin ile verilen kararların enerji piyasalarına yön verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, Komisyon aldığı kararları, Tüzük'te belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, geri alabilmekte, değiştirebilmekte veya kaldırabilmektedir¹³⁷. Ayrıca, Tüzük hükümleri uyarınca, ilgili teşebbüs veya teşebbüsler hakkında maktu veya ciro üzerinden hesaplanan para cezaları verilebilmekte, teşebbüsler Komisyon tarafından verilen kararlara uymamakta direnirlerse, süreli para cezalarına da çarptırılabilirler. Örneğin, elektrik üreticisi *CNR (Compagnie Nationale du Rhone)* şirketinin *Electrabel* tarafından devralınması işleminde, işlemin 2008 yılında Komisyon'a bildirilmesine Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında rekabete etki edici herhangi bir unsur

¹³⁷ The EU Merger Regulation, m. 6, 8/5.

taşımadığına karar verilmesine rağmen, bu bildirimin çok geç yapılması nedeniyle Electrabel şirketine 20 milyon Euro tutarında para ceza verilmiştir¹³⁸. Komisyon kararında, yoğunlaşma işlemine izin verilmeden önce, Electrabel şirketinin CNR'ın hissedarları arasında yapılan toplantılarda Electrabel'in sabit bir çoğunluğunun bulunduğunu, dolayısıyla fiili devralmanın bildirimden çok daha önce gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Bu ceza yoğunlaşmalar sonucunda verilmiş en yüklü para cezası niteliğini taşımakta olup, yoğunlaşmaların kontrolü kapsamında olmasa da, enerji piyasalarında verilen başka para cezaları bulunmaktadır. Örneğin, Almanya ve Fransa doğalgaz pazarlarının *E.ON* ve *GDF* tarafından paylaşılması nedeniyle, her bir şirket hakkında 553 milyon Euro tutarında para cezasına karar vermiştir¹³⁹. Toplamda 1.106 milyar Euro tutarına ulaşan bu ceza miktarı, enerji piyasasında antitröst kurallarının ihlali nedeniyle verilen ilk, kartel cezaları arasında ise ikinci en yüksek cezadır. Enerji piyasalarındaki sermayenin büyüklüğü ve sektörün genel yapısı düşünüldüğünde, para cezaları da dikkat çekici nitelik arz edebilmektedir.

Son olarak değinmek gerekir ki, Komisyon kararlarına karşı Genel Mahkemede (ilk derece mahkemesinde) itiraz etmek mümkündür. İstatistiklere göre 2002 yılından önce 22 birleşme Genel Mahkemeye gönderilmiş, sadece 2 tanesi bozulmuş; 2002 yılından sonra düzinelerce dava Genel Mahkemeye gönderilmiştir¹⁴⁰.

¹³⁸ Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone (CNR), Case No. COMP/M.4994, 10.06.2009.

¹³⁹ Case No. COMP/M.39.401.

¹⁴⁰ C. Jones, 2007, s.413; 2001 yılında genel mahkemelerin (ilk derece mahkemelerinin) işleyişi değiştirilmiş, buna göre teşebbüslere sadece yazılı savunma hakkı verilmiş, müdahil taraflar ise sadece sözlü beyanda bulunabilir hale getirilmiştir. Bu uygulamalar Komisyon'un kararına karşı güçlü (açık ve net) argümanları bulunan yoğunlaşma davaları için daha uygun olarak yorumlanmaktadır; C. Jones, 2007, s.413-414.

B. ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

1. Yoğunlaşma Sayılan Haller

Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında, yoğunlaşma işlemi birleşme ve devralmalar olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Hangi birleşme ve devralmaların Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında ele alınacağına geçmeden önce, bir yoğunlaşmanın temel unsurunu oluşturan teşebbüs kavramına değinmekte yarar vardır. Kurucu Antlaşmalarda¹⁴¹ ve Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde teşebbüse yönelik genel bir tanım bulunmamakla beraber, Komisyon'un yayınlamış olduğu Yetkiye İlişkin Birleştirilmiş Duyuru ile teşebbüs kavramı genel hatlarıyla açıklanmıştır. AD'nın da teşebbüs kavramının kapsamını belirlediği kararları bulunmaktadır¹⁴².

Teşebbüs, ekonomik ve ticari bir faaliyeti sürekli ve bağımsız olarak yerine getiren, hak ehliyeti bulunan varlık olarak tanımlanmakla birlikte, AB'de teşebbüs kavramının geniş yorumlandığı görülmektedir¹⁴³. Teşebbüsün belirlenmesinde tüzel kişiliğin olup olmaması, hukuki yapısı ve faaliyet konusu önemli olmamakla birlikte, hukuki bağımsızlığının yanında, ekonomik bağımsızlığının olup olmadığı önem taşımaktadır¹⁴⁴. Değerlendirme yapılırken, aynı grup içerisinde yer alan, başka bir ifadeyle, aynı kişi veya sermaye tarafından kontrol edilen teşebbüsler tek bir teşebbüs olarak kabul edilmekte, eşiklerin aşılp aşılmadığı buna göre belirlenmektedir. Bu doğrultuda, bir şirketler grubu içerisinde gerçekleşen iç

¹⁴¹ AKÇT Antlaşması'nın 80. maddesinde teşebbüs tanımına ilişki genel bir tanım bulunmaktadır. Ancak AKÇT Antlaşması'nın 50 yıllık süresini doldurup 2002 yılında sona ermesi sebebiyle metin içerisinde değerlendirilmemiştir.

¹⁴² P. Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara-2003, s.124.

¹⁴³ P. Güven, a.g.e., s.124-125.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için, P. Güven, a.g.e., s.122-135.

yapılanmalar veya birleşmeler yoğunlaşma olarak değerlendirilmemektedir¹⁴⁵. Zira bu durumda teşebbüsler aynı kişi veya şirketler tarafından kontrol edilmeye devam edilmekte, kontrol el değiştirmemektedir.

Teşebbüs tanımına açık olarak yer verilmemiş olsa da, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3. maddesinde hangi tür işlemlerin yoğunlaşma olarak değerlendirileceği ve Tüzük kapsamındaki düzenlemelere tabi olacağı belirtilmiştir. Buna göre; yoğunlaşmalar, kontrolün sürekli olarak el değiştirmesi şartıyla;

- Önceden bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün tamamının veya bir kısmının birleşmesi;
- Bir veya daha fazla kişi tarafından hali hazırda kontrol edilmekte olan bir teşebbüsün veya bir veya daha fazla teşebbüsün, sözleşmesel veya diğer yollarla hisselerini veya malvarlığını satın alarak, bir veya daha fazla teşebbüsün tamamı veya bir kısmı üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak kontrolü ele geçirerek devralınması;

yoluyla gerçekleşmektedir.

Yani, yoğunlaşmaların kapsamında, iki veya daha fazla işletmenin yeni bir kuruluş oluşturarak birleşmesi veya bir işletmenin katılma yoluyla, bir başka işletmenin hisselerini devralması yer almakta; bundan başka bir işletme üzerinde belirleyici bir etki oluşturulması, yani kontrolün ele geçirilmesi de yoğunlaşmalar kapsamında sayılmaktadır¹⁴⁶. Birleşme ve devralmaların dışında, ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi gereken ve yoğunlaşmalar kapsamında sayılan bir diğer

¹⁴⁵ Bellamy&Child, **European Community Law of Competition**, P.Roth, V. Rose (ed.), Oxford University Press, Sixth Edition, 2008, s.637.

¹⁴⁶ E. Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, Beta Yayınları, İstanbul-2003, s.191-193.

işlem ise, bir veya daha fazla teşebbüsün ortak girişim (joint-venture) oluşturmasıdır¹⁴⁷.

Bunların yanında, Tüzük kapsamında yoğunlaşma sayılmayacak özel bazı hallere de yer verilmiştir. Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3(5). maddesinde belirtilen bu hallerden ilki, menkul kıymetlerin geçici olarak elde bulundurulması, teşebbüsün çeşitli nedenlerle, kamu kurum veya kuruluşları tarafından elde edilmesi ve belirli durumlarda holdinglerdeki oy hakların kullanılması halleri olarak belirtilmiştir. Buna göre, kredi kurumları veya diğer mali kuruluşlar ile sigorta şirketlerinin, normal faaliyetleri içerisinde, kendi adlarına veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak için bunların yeniden satışı amacıyla ellerinde geçici olarak bulundurmaları halinde, bu kuruluşların, menkul kıymetlerden doğan oy haklarını, ilgili teşebbüsün rekabet davranışlarını etkileyecek şekilde kullanmaması veya bu oy haklarının sadece teşebbüsün veya malvarlığının veya menkul kıymetlerin kısmen veya tamamen satılmasına hazırlık amacıyla kullanılması ve bu satışın menkul kıymetlerin devralınmasından itibaren bir yıl içerisinde satılması koşuluyla yoğunlaşma kapsamında sayılmayacaktır¹⁴⁸. Yoğunlaşma sayılmayan bir diğer durum tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tadil edilmesi ile konkordato veya benzeri nedenlerle, bir teşebbüs kontrolünün üye ülkenin hukuku gereğince resmi bir kurum veya kuruluş tarafından elde edilmesidir¹⁴⁹. Son durum ise, kontrolün el değiştirmesinin finansal holding şirketleri tarafından gerçekleştirilmesi halinde, holding bünyesindeki oy haklarının, başta teşebbüsün yönetim ve gözetim

¹⁴⁷ Bu genel tanımların içerisine çok sayıda işlem girmektedir. Bunlar arasında kamu teklifleri (ihaleler), özel hisse satışları veya satış anlaşmalarından, ortak girişim oluşumuna veya mevcut bir ortak girişimin dağılmasına veya parçalanmasına kadar birçok işlem yer almaktadır; Bellamy&Child, 2008, s.636.

¹⁴⁸ Ancak, bu süre içerisinde satışın yapılmasının mümkün olmayacağı ilgili kuruluşlar tarafından ispat edilmesi koşuluyla, bir yıllık süre Komisyon tarafından uzatılabilmektedir.

¹⁴⁹ RKHK'da yer alan düzenlemede AB düzenlemesinden farklı olarak özelleştirme yoluyla yapılan devirlerde bu kapsamda değerlendirilmiştir.

organlarının atanması olmak üzere, sadece holding yatırımlarının tam değerinin tespit edilmesi amacıyla kullanılması halidir. Ancak bu durumun yoğunlaşma kapsamında sayılmaması için, bu oy haklarının aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak teşebbüslerin rekabet davranışlarını belirlemek amacıyla kullanılmaması da gerekmektedir¹⁵⁰.

Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında belirtilen şartları oluşturan yoğunlaşmalar, bildirim ve Komisyon'un değerlendirilmesine tabidirler. Tüzük kapsamında genel olarak hangi hallerin yoğunlaşma kapsamında sayıldığını, hangi hallerin ise bu kapsamda sayılmayacağını belirttikten sonra, bu hallerin enerji piyasalarındaki yansımaların incelenmesinde yarar vardır.

1.1. Birleşmeler

Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3/1(a) maddesi uyarınca, önceden bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün tamamının veya bir kısmının birleşmesi, yoğunlaşma kapsamındaki işlemler arasında sayılmıştır. Bu durumda, iki veya daha fazla bağımsız teşebbüs, kendi tüzel kişiliklerini sona erdirerek yeni bir teşebbüs oluşturabileceği gibi; teşebbüslerden birinin tüzelkişiliğine son vererek, diğer teşebbüsün içerisine dahil ederek de birleşme yoluyla bir yoğunlaşma gerçekleştirmiş olurlar. Enerji piyasalarında da bir teşebbüsün hukuki varlığına son verip, diğer bir teşebbüs içerisinde yer almasına ilişkin çeşitli örnekler bulunmaktadır. Bunların başında

¹⁵⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) kapsamında bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, mevzuatımız uyarınca yoğunlaşma olarak kabul edilmeyen diğer unsurlar, kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle, diğer işlemler ile yoğunlaşmanın miras yolu ile gerçekleştirilmesidir.

*Exxon/Mobil*¹⁵¹ birleşmesi yer alırken, *VEBA/VIAG*¹⁵², *Chevron/Texaco*¹⁵³ diğer örneklerdendir.

Yoğunlaşmalar Tüzüğüne tabi olan ve her iki şirketinde elektrik, doğalgaz ve petrol başta olmak üzere çok sayıda pazarda faaliyet gösterdiği *VEBA/VIAG* birleşmesinde VIAG, VEBA'nın bünyesine girerek tek bir şirket oluşturulmuştur. Buna benzer olarak, 1998 yılında gerçekleşen *Exxon/Mobil* birleşmesinde Mobil tüm malvarlığı ile Exxon'un bünyesine dahil olmuştur. Bu iki birleşmeye ilişkin ayrıntılara çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinilecek olup, *Chevron/Texaco* birleşmesinde ise, her ikiside ağırlıklı olarak Amerikan petrol sektöründe faaliyet gösteren iki şirketin birleşmesi, petrol ve doğal gaz üretimi pazarında dördüncü büyüğü yaratmıştır. Ancak Komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda, şirketlerin Avrupa içerisinde gerçekleştirmiş oldukları toplam faaliyetlerin sınırlı kalması, faaliyet gösterilen alanlarda ise pazar payı toplamalarının %15'in altında kalması nedeniyle işleme izin verilmiştir.

Hukuki bir birleşmenin yanında, öncesinde bağımsız olan teşebbüslerin faaliyetlerinin tümünün tek bir çatı altında birleştirmesi durumunda da yoğunlaşmadan bahsedilebilmektedir. Başka bir ifadeyle, hukuki birleşmeler dışında, fiili bir birleşmenin gerçekleşmesi halinde de Tüzük kapsamında bir yoğunlaşmadan bahsedilmektedir. Yani, bir birleşmenin tek bir ekonomik birlik yaratması halinde, örneğin sürekli olarak tek bir ekonomik idare altında bulunulması durumunda, bir sözleşmeyle de meydana gelebilmektedir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Case No. COMP/ M.1383, 29.09.1999.

¹⁵² Case No. COMP/ M.1673, 13.06.2000.

¹⁵³ Case No. COMP/ M.2208, 28.02.2001.

¹⁵⁴ Bellamy&Child, 2008, s. 639; örnek olarak RTZ/CRA incelemesi verilebilir (Case No. IV/ M.660, 07.12.1995).

1.2. Kontrolün Devralınması

Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3/1(b) maddesi uyarınca, bir veya daha fazla kişi tarafından halihazırda kontrol edilmekte olan bir teşebbüsün veya bir veya daha fazla teşebbüsün, sözleşmesel veya diğer yollarla hisselerini veya malvarlığını satın alarak, bir veya daha fazla teşebbüsün tamamı veya bir kısmı üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak kontrolü ele geçirmesi hali yoğunlaşma kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, kontrol, en geniş tanımı ile, “*bir başka şirket üzerinde etki edebilme olanağı*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁵.

Bir kişi veya bir teşebbüs, başka bir teşebbüs üzerinde, hukuken ya da fiilen, bir hakkın tesisi, sözleşme veya o teşebbüs üzerinde belirleyici etki doğurmasını sağlayacak haklar başta olmak üzere, diğer başka yollarla da kontrol sahibi olabilmektedir. Bu kontrol etkisinin kurulması ayrı ayrı olabileceği gibi bu yolların birleşimi ile de gerçekleşebilmektedir. Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında ise, bir teşebbüsün malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetine ya da kullanma hakkına sahip olunması, o teşebbüsün kontrolünün ele geçirildiği anlamına gelmektedir. Bunun gibi, bir teşebbüsün organlarında, karar alma ve oy hakkı üzerinde belirleyici etki doğuracak nitelikte bir hakkın doğması ya da bu hakları veren bir sözleşme de, o teşebbüsün kontrolünün ele geçirildiği anlamına gelmektedir. Her ne kadar Tüzük kapsamında belirleyici etki tanımı yapılmamış olsa da, bu düzenleme ile özellikle nelerin belirleyici etki kapsamına gireceği konusunda örneklendirme yapılmıştır¹⁵⁶. Buna göre, Komisyon bir kararında kalan hisselerin

¹⁵⁵ C. Jones, 2005, s. 342.

¹⁵⁶ P. Güven, 2003, s.195.

çok dağınık olması sebebiyle, bir şirketin sadece %39 oranındaki hisselerinin alınmasına rağmen kontrolün ele geçirildiğine karar vermiştir¹⁵⁷.

Nitekim, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3/1(b) maddesinde, kontrol hakkına sahip olan kişiler düzenlenmiş ve bu tanımın içerisinde hukuki ve fiili kontrole de yer verilmiştir. Buna göre, bir hakkı elinde bulunduran ya da sözleşme ile bu hakları kullanmaya yetkili olan kişi veya teşebbüs kontrol yetkisini kazanmış olacaktır. Bununla birlikte, hak sahibi olmadığı ya da sözleşme ile bu hakları kullanmaya yetkili kılınmamış, ancak bunlardan çıkan hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ya da teşebbüsler de kontrolü elde etmiş sayılacaklardır.

Kontrolün devralınması konusunda, o teşebbüsün üzerinde belirleyici etkiye bulunabilmek önemli bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Belirleyici etki, “*bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu, kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanına sahip olması*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. AB mevzuatı içerisinde belirleyici etkinin tanımı yapılmamış olsa da, Komisyon verdiği bazı kararlarla, bu etki kapsamına giren fiili durumları da dikkate almıştır. Örneğin, *Solvay-Laporte/Interlox* davasında, teşebbüslerden birinin diğeri üzerinde sahip olduğu düşük hisse oranının, son yıllarda genel kurul toplantılarına katılımın yüksek olması sebebiyle kontrol imkanı vermediğine karar verilirken; *Societe Generale de Belgique* kararında, teşebbüslerden birinin diğer teşebbüs üzerinde sahip olduğu hisse oranı %25,96 olmasına rağmen, genel kurulda temsil sayısının fazla olması sebebiyle, fiili hisse oranının %50'nin üzerine çıktığı, bu nedenle de kontrolü tek başına kullandığına karar verilmiştir¹⁵⁹. Buradaki belirleyici etki, her somut olaya

¹⁵⁷ P. Craig, G. De Burca, 2008, s. 1046; Arjomari-Prioux/Wiggins Teape, Case IV/M25 [1991] 4 CMLR 854.

¹⁵⁸ P. Güven, 2003, s.195.

¹⁵⁹ P. Güven, 2003, s.196.

göre değişkenlik göstermekle birlikte, kontrolün elde edildiğinden bahsedebilmek için, bir teşebbüsün başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki yaratabilecek haklar elde etmesi yeterlidir¹⁶⁰.

Kontrolün ele geçirilmesi ise çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Kontrol, tek başına bir kişi tarafından elde edilebileceği gibi teşebbüsler veya başka teşebbüsleri kontrol eden kişiler tarafından ortak olarak da elde edilebilir¹⁶¹. Kontrolün elde edilmesi genel olarak hisselerin satın alınması ve devredilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. AB uygulaması kapsamında ortak kontrolden tek kontrole geçilmesi yanında, bir teşebbüsün bir kısmında ortak kontrol bir kısmında ise tek kontrol sağlanacak şekilde devredilmesi de gerekli eşikleri aştığı takdirde, Tüzük kapsamında kontrol edilmesi gereken yoğunlaşmalardan sayılmaktadır¹⁶². Tek kontrolden ortak kontrole geçişte olduğu gibi, ortak kontrolden tek kontrole geçilmesi de kontrolün el değiştirmesi olarak değerlendirilmekte, dolayısıyla kontrole konu olmaktadır. Örneğin, mevcut hissedarların ortaklıktan çıkması halinde de kontrol el değiştirmektedir. Bir yoğunlaşmada bulunan ve kontrol hisselerine sahip olan bir veya daha fazla hissedarın bu ortaklıktan çıkması halinde, ortak kontrolden tek kontrole geçiş gerçekleşiyorsa, bu değişikliğin Komisyon'a bildirilmesi gerekmektedir. Bir veya daha fazla hissedarın ortaklıktan çekilmesi halinde ortak kontrolden tek kontrole geçiş sağlanmıyorsa, bildirim tabi bir işlem den söz edilmeyecektir¹⁶³. Bunların dışında, marka patent gibi fikri sınai hakların veya lisansların elde edilmesi durumunda da yoğunlaşmanın varlığından söz

¹⁶⁰ N. İnan, M. Piker, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara-2007, s.79.

¹⁶¹ Bellamy&Child, 2008, s.640; buradaki kişi tanımını kapsamına kamu organları, özel şirketler ve bireyler dahil edilebilmektedir.

¹⁶² P. Güven, 2003, s.216-217; The EU Merger Regulation kapsamında, bir teşebbüsteki kontrollerin yukarıda belirtilen şekilde kısmı olarak devredilmesi işlemleri iki ayrı işlem olarak kabul edilmektedir.

¹⁶³ AD'ın bu konuda *ICI/Tioxide* kararı bulunmaktadır; P. Güven, 2003, s.221.

edilebilmektedir; ancak bunun için, bu malvarlığının işin yürütülebilmesi için gerekli olan, pazarda varlık gösterebilen ve pazar payı bulunan bir nitelik göstermesi gerekmektedir¹⁶⁴. Bunun gibi, ticarete ve üretime ilişkin kararların ne şekilde alındığı kontrolün belirlenmesi bakımından belirleyici niteliktedir¹⁶⁵.

Bu genel açıklamalar çerçevesinde kontrol çeşitlerine değinmek gerekirse, bunlar, tek kontrol, ortak kontrol ve kontrolün el değiştirmesi olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir.

Tek kontrol “ *kontrollün tek elde toplanması*” olarak tanımlanmakta¹⁶⁶, uygulamada, çoğunlukla bir teşebbüsün bir diğer teşebbüsün hisselerinin yarısında fazlasına sahip olması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak hisselerin büyük çoğunluğuna sahip olunması bazı durumlarda tek kontrol imkanını vermemekte, bununla birlikte çoğunluk hisselerine sahip olmasa dahi teşebbüsün kontrol edilmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin, şirket ana sözleşmesi stratejik bazı kararların nitelikli çoğunluk ile alınmasını öngörmesi halinde, basit çoğunlukla karar alınması ilgili kararın alınmasını sağlamayacak, ancak kararın alınmasını engellemek için yeterli sayılacaktır. Bununla birlikte, azınlık hissesine sahip olan bir hissedar ise, yürütme veya yönetim kurulu üyelerinin yarısında fazlasını seçme, organizasyon yapısı içerisinde şirket politikasına karar verme, şirketi idare etme gibi diğer bazı haklara da sahip olması koşuluyla teşebbüsü tek başına kontrol edebilmektedir¹⁶⁷. Örneğin, Fransa’da elektrik sağlayıcısı olan EDF, Louis Drefyus ile ortaklaşa sahip

¹⁶⁴ Bellamy&Child, 2008, s.642; örnek olarak Vattenfall/Elsam/E2 gösterilebilir (M.3867, 22.12.2005).

¹⁶⁵ N. İnan, M. Piker, 2007, s.80.

¹⁶⁶ N. İnan, M. Piker, 2007, s.79.

¹⁶⁷ Komisyon’a göre, sadece yönetim kurulunun değil, gözetim kurulu üyelerini önerme yetkisine sahip olunması da kontrolün ele geçirilmesi olarak değerlendirilmektedir.

oldukları ve elektrik ticareti alanında faaliyet gösteren EDFT'nin tam kontrolünü bu şekilde devralmıştır¹⁶⁸.

Payların çeşitli teşebbüsler arasında paylaştırılması halinde, hissedarların önceki yıllardaki oylama durumları ile diğer hissedarların durumlarının dikkate alınması ile büyük orandaki azınlık hissedarları fiili olarak tek kontrole sahip olabilmektedir. Ancak hisseler üzerinde opsiyon hakkına sahip olmak, yakın bir zamanda hukuki olarak bağlayıcılık taşıyan bir anlaşma ile uygulamaya konulmadığı veya diğer haklarla desteklenmediği takdirde, tek kontrol olarak değerlendirilmemektedir. Fakat *EON/MOL* yoğunlaşmasında olduğu üzere, opsiyon hakkı yoğunlaşma yaratmasa dahi, yoğunlaşmaya ilişkin esas değerlendirmede dikkate alınabilmektedir¹⁶⁹.

Bir teşebbüs üzerinde çoğunluk hisseye sahip olunmadan, oy hakkında çoğunluğun elde edilmesiyle¹⁷⁰ veya azınlık oylarının alınması ile tek kontrol söz konusu olabilir¹⁷¹. Bununla birlikte, tek kontrol bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs üzerinde stratejik ticari kararlar alma hakkına sahip olması veya tek başına karar alma yetkisi olmamasına rağmen veto hakkına sahip olması yoluyla¹⁷² da elde edilebilmektedir. Ancak, bunun gerçekleşebilmesi için, bu veto hakkına tek başına sahip olunması, bu hak ile elde edilen belirleyici etkinin başka bir hissedar tarafından kullanılmaması, yani, diğer hissedarların da belirleyici etki uygulayamamaları gerekmektedir.

¹⁶⁸ Case No. COMP/M.3210, 26.08.2003. Bunun dışında, Tractebel/Distrigaz, (Case No. COMP/M.493, 01.09.1994) tek kontrole örnek olarak gösterilebilecek kararlardandır.

¹⁶⁹ Jurisdictional Notice, par. 59.

¹⁷⁰ P. Güven, 2003, s.216.

¹⁷¹ C. Jones, 2007, s.396.

¹⁷² Komisyon Duyurusu'nda bu durum negatif kontrol olarak tanımlanmıştır (Jurisdictional Notice, par. 60). Buna göre negatif kontrol, bir teşebbüs, mevcut hisselerin yarısına sahip iken, hisselerin diğer yarısının ise birden fazla teşebbüs arasında paylaşıldığı veya kararın alınmasına nitelikli çoğunluğun öngörüldüğü hallerde azınlık oyu olup olmadığına bakılmaksızın tek bir hissedara veto hakkı verilmesi halinde ortaya çıkabilecektir.

Enerji sektöründe tek kontrolün irdelendiği kararlara örnek olarak *Edison/Edipower/Enrogen*¹⁷³, *E.ON/TXU*¹⁷⁴, *Sydkraft/Graninge*¹⁷⁵, *Edison/Eneco Energia*¹⁷⁶, *Enel/Slovenske Elektrarne*¹⁷⁷ verilebilir. Bunlardan *Edison/Eneco Energia* kararında, Eneco Energia şirketi, uygun niteliklerdeki tüketicilere perakende elektrik satışı yapan bir İtalyan şirketiyken; Edison İtalya'da elektrik üretimi, iletimi ve tedariki ile doğalgaz dağıtımı ve tedariki faaliyetlerinde bulunmaktadır. Ancak Eneco Energia'nın Edison tarafından tek başına kontrole sahip olacak şekilde devralınması işlemine, yoğunlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin faaliyetlerinin yer aldığı perakende elektrik satışı gibi kısıtlı bir pazarda kesişmesi ve piyasada güçlü başka şirketlerin bulunması nedeniyle, işlemin piyasada önemli derecede rekabeti bozucu etki yaratmayacağı gerekçesiyle izin verilmiştir.

Ortak kontrol ise iki veya daha fazla teşebbüsün veya kişinin bir başka teşebbüs üzerinde sürekli olarak belirleyici etkiye sahip olması halinde söz konusu olmaktadır. Ortak kontrolün belirlenmesinde, şirketin işleyişine ilişkin tüm kararların ve finansal planların tüm ortakların onayı ile yapılacak olması bir yoğunlaşmada ortak kontrolün var olduğunu göstermektedir¹⁷⁸. Bununla beraber ortak kontrolün tipik özellikleri arasında, bazı stratejik kararların, ortak kontrolü elinde bulunduran teşebbüslerden iki ya da daha fazlası tarafından reddedilmesi halinde karar alma mekanizmasının tıkanma tehlikesi taşınmasıdır. Ortak kontrol, bu özelliği ile tek kontrolden ayrılmaktadır.

¹⁷³ Case No. COMP/M.2792, 03.05.2002.

¹⁷⁴ Case No. COMP/M.3007, 18.12.2002.

¹⁷⁵ Case No. COMP/M.3268, 30.10.2003.

¹⁷⁶ Case No. COMP/M.4368, 19.10.2006.

¹⁷⁷ Case No. COMP/M.3665, 26.04.2005.

¹⁷⁸ P. Craig, G. De Burca, 2007, s.1046; bu duruma örnek olarak, Northern Telecom/Matra Telecommunications gösterilmektedir; zira bu yoğunlaşmada her iki şirkette Matra SA üzerinde iki tarafında onayı olmadan işlem yapılamaması sebebiyle ortak kontrolün var olduğu belirtilmiştir.

Ortak kontrolün en tipik ortaya çıkış şekline, kontrol sahibi teşebbüslerin eşit hisse oranlarına sahip olmalarıdır. Bunun yanında ortak kontrol, ortak girişimi oluşturan teşebbüslerin eşit sayıda temsilci, yönetim kurulu üyesi atama yetkilerinin bulunması halinde ortak kontrolün varlığından söz etmek mümkündür. Ancak her zaman eşit hisselerle sahip olunmadığı gibi, kontrol hakkı ikiden fazla teşebbüs tarafından da kullanılıyor olabilmektedir. Bu durumda, bir ortak kontrolden bahsedilebilmesi için azınlık hissesi sahibine veto hakkı gibi bazı haklar tanınması, azınlık hissesine sahip teşebbüslerin birlikte hareket ederek oy haklarını kullanmaları ve buna benzer diğer hallerin ilgili yoğunlaşma işleminde yer alması gereklidir. Örneğin, azınlık hisse sahibine, ortak girişimin işleyebilmesi için esas nitelikteki stratejik kararların alınmasında veto hakkı tanınabilmekte veya buna benzer olarak stratejik kararların alınması, azınlık hisse sahibinin temsilcisinin de yer aldığı bir kurulun onayına tabi tutulabilmektedir¹⁷⁹. Ancak tanınan bu veto hakkının ana sözleşmenin değiştirilmesi, sermayenin arttırılması veya azaltılması, teşebbüsün tasfiyesi, yürütme organının üyelerinin belirlenmesi, bütçenin onaylanması, iş planının yapılması¹⁸⁰, yatırım planı, pazara özgü haklar gibi esas nitelikte kararların alınmasında kullanılabilmesi gerekli olup, satışın önlenmesi gibi kararlarda bu hakkın kullanılması ortak kontrol olarak görülmemektedir¹⁸¹. Herhangi bir veto hakkının bulunmaması durumunda fiili ortak kontrol, azınlık hisseye sahip olan

¹⁷⁹ Veto hakkına örnek olarak Con Agra, Aerospatiale/MBB kararı gösterilebilir; P. Güven, 2003, s.218-219.

¹⁸⁰ Jurisdictional Notice, par.66; Burada ticari planı, kuruluşun temelini oluşturan amaçlara ulaşılması için hedeflerin belirlenmesi, gerekli önlemlerin alınması kastedilmekte olup; ticari hedefleri tam olarak karşılamayan genel açıklamalar veya bildirimler bu kapsama dahil edilmemektedir.

¹⁸¹ Jurisdictional Notice, par.66. Ortak kontrolün var olabilmesi için yukarıda belirtilen hakların tümünün bulunmasına gerek yoktur. Bunlardan birinin bulunması somut olayda ortak kontrolün oluşmasına yeterli olabilmektedir. Ancak yine de ortak kontrolün var olup olmadığının tespitine ilişkin değerlendirmede belirtilen veto hakları birbirlerinden ayrı değerlendirilmemeli, aynı zamanda sadece belirtilen bu haklarla sınırlı kalınmamalıdır. Zira yukarıda belirtilen haklardan hiç birinin olmaması halinde de ortak kontrolün varlığı söz konusu olabilmektedir.

teşebbüslerin ortak iradeleri ile karar alma aşamalarında birlikte hareket etmeleri şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, herhangi bir veto hakkı ya da benzer nitelikli bir hak verilmemiş olsa da, azınlık hissesine sahip olan teşebbüsler birlikte hareket etme iradeleriyle, ortak girişimin faaliyet gösterebilmesi için zorunlu olan stratejik kararların alınmasını engelleyebilmektedirler.

Bir ortak girişimde çoğunluk hisseye sahip olanların azınlık hisse sahiplerine bağımlı olması halinde de ortak kontrolden bahsedilebilmektedir. Örneğin, azınlık hisse sahibinin stratejik konularda veto hakkının bulunması¹⁸² veya ortak girişimin temelini oluşturan teknolojiye, know-how bilgisine, sermayeye veya tecrübeye sahip olması halinde, çoğunluk hisse sahipleri bu imkanları kullanamayacak, bir anlamda fiili ortak kontrol, hukuki ortak kontrole üstün gelecektir. Ancak bu durumda dahi, çoğunluk hisse sahiplerinin karar organlarının atanması, stratejik kararlarda veto hakkının kullanılabilmesi gibi kararlara itiraz hakkının bulunması gereklidir; aksi bir durum tek kontrolün oluşmasına neden olacaktır. Ancak, bu veto haklarının idarenin atanması, bütçenin belirlenmesi veya iş planının belirlenmesi gibi konularda olması gereklidir. Aksi takdirde, bir ortak girişimin yapısı, sermayesinin arttırılması veya azaltılması veya tasfiyesi gibi konularda veto hakkının bulunması ortak kontrolün olduğu anlamına gelmemekte; zira bu haklar ortak girişime yapılan yatırımın korunması için azınlık hissedarlarına verilen haklardan daha fazla bir imkanı içermemektedir¹⁸³. Bunların yanında, tam bir çoğunluğun olmadığı durumlarda, azınlık hisse sahiplerinin ortak bir şekilde teşebbüsü kontrol ettiğinden söz edilemeyecektir. Her ne kadar eşitliği bozan oyu kullanma hakkının yer alması ortak

¹⁸² C. Jones, 2007, s.343.

¹⁸³ C. Jones, 2005, s.343; örneğin, KEH'in %51'ine Land firması sahip iken %49'unu RWE'nin devralması işlemi, stratejik konularda beraber karar alma haklarının bulunması nedeniyle ortak kontrol olarak değerlendirilmiştir; Case No. COMP/M.2513. Ayrıca bkz. Case No. COMP/M.2791, 06.06.2002.

kontrolden çok tek kontrol niteliği verse de, bu oy hakkının belirli tahkim veya uzlaşma aşamalarından sonra veya belirli alanlarda kullanılabilecek olması, çeşitli mekanizmalarla sınırlandırılması ve etkin kılınması halinde ortak kontrolün varlığından söz edilebilecektir.

Verbund ve *Energia Allianz* şirketlerinin E&S ve APT şirketlerini devralma işlemleri enerji sektöründe ortak kontrolün irdelendiği kararlara örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁴. Bu yoğunlaşma işlemi uyarınca *Verbund* ve *Energia Allianz*¹⁸⁵ şirketleri, E&S ve APT şirketleri üzerinde ortak kontrole sahip olacaklar, elektrik üretim faaliyetleri APT tarafından yönetilecek, APT bu iki şirketin elektrik ticareti işini yapacak, aynı zamanda da E&S'e elektrik sağlayacaktır. E&S ise *Verbund* ve *Energia Allianz*'ın yoğunlaşma öncesinde sahip bulundukları endüstriyel tüketicilere elektrik tedariki faaliyetini yürütecektir. APT üzerindeki kontrol paylaşımı *Verbund* için %67, *Energia Allianz* için %33 iken, E&S üzerinde ise tam tersi oranlardadır. Oranlar bu şekilde olmasına rağmen, yönetime ilişkin kurallara bakıldığında belli bir tutarın üzerindeki yatırım kararlarında, iş politikasının genel prensiplerinin belirlenmesinde, belirli miktarların üzerindeki satın alma ve tedarik anlaşmalarının sonuçlandırılmasında, yıllık, aylık, haftalık ve günlük satış ve üretim planlaması gibi önemli konularda her iki tarafın anlaşmaya varması yanında stratejik kararlarda eşit sayıda temsilci bulundurduğu bir konsorsiyum toplantısında kontrole sahip olan tarafların anlaşmaya varmaları ve ortak karar almaları aranmaktadır. Bu durumlarda ortak kontrolün bulunduğu kabul edilmektedir. *GVS/EnBW&ENT*¹⁸⁶ yoğunlaşmasında

¹⁸⁴ Case No. COMP/M.2947, 11.06.2003

¹⁸⁵ *Energie Allianz* bölgesel enerji sağlayıcıları arasında oluşturulmuş bir ortak girişim özelliğindedir. Bu ortak girişim içerisinde EVN AG, Wien Energie GmbH, Energie AG Oberösterreich, Bewag ve Linz AG für Energie, Telekommunikation, Verkehr und Kommunale Dienste yer almaktadır. Bu şirketlerden çoğunluğunun hisselerine yerel veya bölgesel otoriteler sahiptir.

¹⁸⁶ Case No. COMP/M.2822, 17.12.2002

ise EnBW ve ENI şirketlerinin yarı yarıya sahip oldukları ve ortak kontrol ettikleri NewCo şirketi aracılığıyla GVS şirketini ortak şekilde kontrol etmek için Komisyon'a bildirimde bulunmuşlardır¹⁸⁷. Buna göre, NewCo ve GVS'ye ilişkin tüm ana stratejik kararların alınmasında EnBW ve ENI'nin rızasını gerektirmekte; her iki tarafta ortak kontrol edilen şirketlerin yürütme organlarının atanması konusunda eşit haklara sahip bulunmaktadır. Bunların yanında, enerji sektöründe ortak kontrolün irdelendiği kararlara verilebilecek diğer örnekler, *DONG/Elsam&Enerji E2*¹⁸⁸ ve *Edison/EDF&AEM*¹⁸⁹ kararlarıdır.

Kontrolün devralınması konu başlığı altında son olarak incelenecek olan kontrolün el değiştirmesinde de, bir teşebbüs üzerindeki kontrolün değişmesi sonucunda oluşacak yeni yapının, teşebbüsün kontrolü üzerinde esaslı bir değişikliğe yol açması halinde, bu değişiklik yeni bir yoğunlaşma olarak kabul edilmekte, dolayısıyla Komisyon'a bildirim zorunluluğu taşımaktadır.

Kontrolün el değiştirmesi, tek kontrolden ortak kontrole veya ortak kontrolden tek kontrole geçişte geçerli olabileceği gibi, bir teşebbüs içerisinde kontrol hakkına sahip olan hissedarların değişmesi ile de gerçekleşebilmektedir. Ancak dolaylı kontrol yetkisinin doğrudan kontrole dönüşmesi veya teşebbüs üzerindeki yetkileri değiştirmemesi ve hisse seviyelerinde küçük değişiklikler meydana gelmesi durumunda kontrolün el değiştirmesinden söz etmek mümkün olmamaktadır. Zira bu durumda kontrol hakkına sahip olan kişi veya teşebbüs ile kontrol niteliği değişmemekte, bildirilmesi gereken bir yoğunlaşma ortaya çıkmamaktadır.

¹⁸⁷ ENI, ilgili ortaklıklarını tam kontrol yetkisine sahip olduğu bağlı kuruluşu Snam aracılığıyla yürütmektedir.

¹⁸⁸ Case No. COMP/M.3868, 14.03.2006

¹⁸⁹ Case No. COMP/M.3729, 12.08.2005

Kontrolün el değıştirmesi, bir teşebbüse yeni bir hissedarın giriş yapması halinde söz konusu olabileceğı gibi, mevcut hissedarların azalması halinde de meydana gelebilmektedir. Bu kapsamda tek kontrolden ortak kontrole geçiş, teşebbüs yapısının ortak girişim niteliğine bürünecek olması nedeniyle bildirim tabi bir işlemdir. Bunun gibi, ortak kontrol ile yürütölen bir teşebbüs bünyesine yeni bir hissedarın giriş yapması halinde¹⁹⁰, ortak kontrol yapısı devam edecek olsa dahi, kontrol hakkının yapısını ve diğör hissedarların davranışlarını değıştireceğinden yine bildirim tabi bir yoğunlaşma işleminin varlığı söz konusudur¹⁹¹. Kontrol hakkına sahip olan hissedar sayısının artması durumunda da kontrol el değıştirebilmektedir. Bu duruma örnek olarak *Statoil/BP/Soratroch/Insoleh* ortak girişimi gösterilebilir. Bir başka örnek ise *ENI/EDP/GDP* kararıdır¹⁹². İlgili yoğunlaşma işlemi, Portekiz’de doğalgaz sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren ve bağılı kuruluşlarıyla birlikte doğalgaz ithali, nakliyesi, depolaması ve sahip olduğı yüksek basınçlı boru hatları ağıyla tedariki faaliyeti gösteren GDP’nin, İtalyan enerji tedarikinin tüm aşamalarında faaliyet gösteren ve dağıtım zinciri sahibi olan ENI ile Portekiz’de elektrik sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren EDP tarafından ortak kontrol ile yönetilmesi amacıyla devralınması işlemidir. Buna göre ilk olarak, EDP, ENI ve REN şirketleri GDP’nin hisselerinin tamamını GALP’tan devralacak¹⁹³, bu işlemin tamamlanmasından belirli bir süre sonra gerçekleşecek ikinci aşamada ise, REN’in GDP’de sahip bulunduğı hisseler karşılığında, GDP’nin elinde bulunan boru hattı ağı şirket bünyesinden ayrılacaktır. Komisyon kararında, ENI ve EDP’nin GDP

¹⁹⁰ Bu giriş, mevcut hissedarlara ek olarak gerçekleştirilebileceğı gibi, mevcut hissedarlardan birinin yer değıştirmesi ile de olabilmektedir.

¹⁹¹ C. Jones, 2005, s.344. Case No. COMP/M.3230.

¹⁹² Case No. COMP/M.3440, 09.12.2004.

¹⁹³ GALP (Galp Energia, SGPS, S.A.) Portekiz devleti ve ENI tarafından ortak kontrol edilen, elektrik ve doğalgaz sektörlerinde faaliyet gösteren bir şirket olup, GDP ise GALP’ın alt kuruluşu olarak faaliyet göstermektedir.

üzerinde ortak kontrol elde etmesi ile boru hattı ağı üzerindeki kontrolün el değiştirerek REN'in tek başına kontrolüne geçmesine ilişkin devir işlemlerini, kontrolün el değiştirmesi nedeniyle, Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında iki ayrı yoğunlaşma işlemi olduğuna karar vermiştir.

1.3. Ortak Girişimler

Ortak girişim (joint-venture), “iki ya da daha fazla işletme tarafından kontrol edilen işletmeler” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁴. Bir ortak girişimin yoğunlaşma kapsamında sayılabilmesi için, iki veya daha fazla teşebbüs tarafından oluşturulması ve kendisini oluşturan bu teşebbüsler dışında bir varlık olma özelliği göstermesi gereklidir. Bununla birlikte, bir ortak girişimin, kendisini oluşturan şirketlerle işbirliği niteliği doğuracak bir ilişkide bulunmaması gerekmektedir¹⁹⁵.

Ortak girişim, Tüzük kapsamında bir yoğunlaşma olarak yer alabilmesi, bağımsız bir ekonomik kişilik olması ve tüm fonksiyonlarıyla birlikte sürekli olarak faaliyet gösteren bir nitelik taşıması halinde söz konusu olmakta¹⁹⁶, bu durum ise tam işlerlik (full-functionality) olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁷. Yani, Tüzük kapsamında bir ortak girişimin varlığından söz edebilmek için sürekli olarak faaliyet göstermesi, geçici bir süre veya belirli bir proje için oluşturulmamış olması ve kendisini oluşturan teşebbüslerden bağımsız bir ekonomik varlık olması gerekmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, tam işlerliğin varlığından söz edebilmek için,

¹⁹⁴ Y. Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara-1992, s.278.

¹⁹⁵ M. O. Alpay, **Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması**, Rekabet Kurumu Yayınları, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 63, Ankara-2004, s.4.

¹⁹⁶ The EU Merger Regulation, m. 3/4.

¹⁹⁷ Jurisdictional Notice, s.23.

ortak girişimin stratejik kararların alınması konusunda kendisini oluşturan teşebbüslerden bağımsız olması gerekmektedir¹⁹⁸.

Bir ortak girişimin Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için süreklilik arz etmesinden anlaşılması gereken, ortak girişimin belirli bir proje için öngörülmemiş olması ve esas olarak devamlılık arz edeceğidir. Bu doğrultuda ortak girişimin kuruluş hedeflerinde başarısızlık yaşaması, kurucu teşebbüsler arasında anlaşmazlıkların çıkması, girişimin tasfiye edilmesi veya taraflardan bir veya daha fazlasının ortaklıktan çekilmesi veya ortak girişimin uzun bir süre için kurulması halleri, ortak girişimin süreklilik niteliğini kaybetmesi olarak yorumlanmamaktadır¹⁹⁹. Bunların yanında, ortak girişimin faaliyetlerinde değişiklik yapılması ise yeni bir yoğunlaşmanın konusu olarak değerlendirilmekte; ortak girişimin kapsamının genişletilmesi yeni bir yoğunlaşma işlemi olarak kabul edildiğinden bildirim esasının uygulanması gerekmektedir²⁰⁰.

Tam fonksiyonlu bir ortak girişimin varlığından söz edebilmek için çeşitli unsurların birarada gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, ortak girişim, günlük faaliyetlerini sürdürebilmeli ve bunun için gerekli olan kaynaklara dilediği gibi erişebilmeli²⁰¹; faaliyetleri kendisini oluşturan teşebbüslerin faaliyet alanı içerisindeki belirli tek bir fonksiyonla sınırlı kalmamalı, kendisini oluşturan teşebbüslerin alt veya üst pazarında bulunması halinde ise ana teşebbüslerle arasında

¹⁹⁸ Jurisdictional Notice, s.23.

¹⁹⁹ Jurisdictional Notice, s.26, par.103; Komisyon, 3 yıllık bir süreyi uzun süre olarak değerlendirmemekte, bunun için en az 10-15 yıllık bir sürenin öngörülmesi gerekmektedir.

²⁰⁰ Jurisdictional Notice, s.27, par. 106-107; ortak girişimin kapsamı herhangi bir malvarlığı, anlaşma, know-how veya hak devri yapılmadan gerçekleştirildiyse, yeni bir yoğunlaşmadan bahsedilemeyecektir. Bunun yanında, normal şartlarda tam işlerlik arz etmeyen bir ortak girişimin, kapsamının genişletilmesi ile tam işlerlik kazanması mümkündür. Bu durumda bu genişlemenin The EU Merger Regulation kapsamında bir ortak girişimin oluşturulmuş olması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir; Jurisdictional Notice, s. 27, par. 109.

²⁰¹ Jurisdictional Notice, s.24, par. 94.

satış/temin ilişkisinin bulunmaması gereklidir²⁰². Ancak, ortak girişimin kuruluşu aşamasında piyasada yer edinebilmesi için, ana teşebbüslerle arasında satış ve temin bakımından bir ilişki olması makul karşılanmış, Komisyon başlangıç aşamasında söz konusu olabilecek bu ilişkinin, ortak girişimin yapısı dikkate alınarak, normal şartlarda 3 yılı geçmemesi gerektiğini belirtmiştir²⁰³.

Ortak girişimde, kendisini oluşturan ana şirketlere, orta veya uzun vadede, bağlı olup olmaması durumunun somut olaya göre farklı değerlendirildiği görülmektedir²⁰⁴. Örneğin, *TXU/Europe/EDF London Investment* soruşturmasında ortak girişimi oluşturan ana şirketlerin, ortak girişimin ilk müşterisi olması durumu ortak girişim ile kendisini oluşturan ana şirketler arasındaki bağlantının bir ticari ilişkinin olması gereken sınırlar içerisinde bulunması nedeniyle²⁰⁵, tam bağımsızlık kriterinin sorgulanmasına neden olmamış; ancak *Electrabel* ile *Energia Italia*'nın oluşturduğu bir ortak girişim olan *Interpower*'ın tek müşterisinin kendisini oluşturan ana şirketler olması ve bunlardan başka müşterisinin bulunmaması, *Interpower*'ın bağımsız bir tüzel kişi olarak değerlendirilmemesine neden olmuştur. Bu nedenle inceleme sonucunda yoğunlaşma olarak değerlendirilemeyecek bir işlem olduğuna karar verilmiştir²⁰⁶.

Komisyon'a göre, kendisini oluşturan tarafların faaliyetlerinin belirli bir kısmını gerçekleştirmek için kurulan ortak girişimler, Tüzük kapsamında değerlendirilmemektedir. Bununla beraber, ortak girişimi oluşturan şirketlerin ortak girişim üzerindeki desteği, ilgili pazarın içeriği ile birlikte değerlendirilmelidir.

²⁰² Jurisdictional Notice, s.24, par. 95, 97.

²⁰³ Jurisdictional Notice, s.24-25, par. 97.

²⁰⁴ C. Jones, 2007, s.400.

²⁰⁵ JV 36, 03.02.2000. JONES, 2005, s.346.

²⁰⁶ Case No. COMP/M.303, 23.12.2002

Ayrıca, bir ortak girişimin Tüzük kapsamında değerlendirilebilmesi için, pazarda bulunan diğer şirketler gibi faaliyet göstermesi gereklidir²⁰⁷.

139/2004 sayılı Tüzüğün 2/4 ve 5. maddelerinde ortak girişime ilişkin hükümlerinde, bir ortak girişimin Tüzük kapsamında bir yoğunlaşma oluşturması ve kendini oluşturan teşebbüsler ile işbirliği içerisinde olması halinde, bu ortak girişimin ABİDA'nın 101. (ATA m.81) maddesi kapsamında da değerlendirilebileceği yer almaktadır. Bu değerlendirme yapılırken, iki veya daha fazla ana teşebbüsün ortak girişim ile aynı pazarda veya ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın alt veya üst pazarında veya ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazar ile yakın bir ilişki içerisinde olan komşu bir pazarda faaliyet gösterip göstermediği dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, ortak girişimin oluşturulmasında doğrudan etkisi olan işbirliğin, ana teşebbüslerin söz konusu mal veya hizmet piyasalarının önemli bir kısmında rekabeti engellemeleri ihtimalini yaratıp yaratmadığı incelenmektedir²⁰⁸.

Ortak girişim, pazardaki rekabeti tehdit edecek bir koordinasyon oluşturması halinde, ABİDA'nın 101(1,3) maddelerine göre değerlendirilmektedir. Örneğin, ortak girişimin kendisini oluşturan ana şirketlere uyumlu eylem içerisinde olması, yapısal değişiklik sonucunu doğuracak şekilde Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamına girerken, Kurucu Antlaşma'da yer alan düzenlemeler kapsamında da rekabeti bozucu antlaşma olarak değerlendirilmektedir²⁰⁹. Ancak ortak girişimi oluşturan şirketlerin tüm faaliyetlerini ortak girişime aktarmaları halinde bu durum söz konusu olmayacaktır. Bunun yanında, ortak girişimi oluşturan şirketlerin ilgili pazarda ve

²⁰⁷ Duyuru kapsamında ortak girişime ilişkin olarak azınlık oylarına verilen önemli hakları yer almakta olup, bu tür yoğunlaşmalara örnek olarak *RWE/Karntner EN Holding* kararı verilebilmektedir; Case No. COMP/M.2513, 02.08.2001

²⁰⁸ Bunun yanında, ortak girişimin yaratacağı yoğunluk artışı, ortak girişimi oluşturan tarafların faaliyetlerinin sadece bir kısmını birleştirmeleri halinde de gerçekleşebilmektedir; M. O. Alpay, 2004, s.4.

²⁰⁹ C. Jones, 2007, s.400.

ilgili coğrafi alanda faaliyetlerine devam etmeleri halinde, yüksek bir ihtimalle koordinasyonun varlığından söz edilebilmektedir.

Yani, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde yer alan maddeler incelendiğinde, sadece sürekli şekilde ve bağımsız bir ekonomik faaliyet gösteren, tam fonksiyonlu ortak girişimler Tüzük kapsamında değerlendirilmektedir.

2. Birlik Boyutu ve Eşikler

Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün uygulama alanı bulabilmesi için, yoğunlaşmanın Birlik boyutunda olması gereklidir. Hangi yoğunlaşmaların Birlik boyutunda olduğu ise ilgili Tüzük'ün 1. maddesinde belirtilmiştir²¹⁰. Buna göre;

- Yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin dünya çapındaki toplam cirolarının 5 milyar Euro'dan fazla olması;
- Yoğunlaşmaya taraf olan en az iki teşebbüsten her birinin Birlik çapındaki cirolarının 250 milyon Euro'dan fazla olması;

halinde Komisyon'a bildirilme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu iki şartın geçerli olabilmesi için, yoğunlaşma işlemine taraf teşebbüslerin her birinin Birlik çapındaki cirolarının üçte ikisinden fazlasını tek bir üye ülkede gerçekleştirmemeleri gerekmekte olup, bu koşul “2/3 kuralı” olarak da adlandırılmaktadır.

Maddenin devamında, daha fazla yoğunlaşmanın incelemeye tabi olmasını sağlayan bir düzenlemeyle, temel eşiği yerine getiremeyen ancak daha düşük

²¹⁰ Tüzük kapsamının belirlenmesi için tespit edilen bu eşikler, üye ülkelerin düzenli olarak Komisyon'a sundukları istatistiksel raporlar ışığında, Komisyon'un önerisi ve Konsey'in nitelikli oyçokluğu ile alacağı bir karar ile değiştirilebilmektedir; The EU Merger Regulation, m. 1/5.

eşiklerin aşılması ile Birlik boyutunda sayılacak yoğunlaşmalar belirlenmiştir²¹¹.

Buna göre;

- Yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin dünya çapındaki ciroları toplamı 2.500 milyon Euro'dan fazla olan;
- Yoğunlaşmaya taraf olan tüm teşebbüslerin, en az üç üye ülkenin her birinde toplam ciroları 100 milyon Euro'dan fazla olan;
- Bir önceki maddenin amacı dahilinde, en az üç üye ülkenin her birinde, yoğunlaşmaya taraf olan en az iki teşebbüsten her birinin toplam ciroları 25 milyon Euro'dan fazla olan;
- Yoğunlaşmaya taraf olan en az iki teşebbüsten her birinin Birlik çapındaki toplam ciroları 100 milyon Euro'dan fazla olan yoğunlaşmalar,

Birlik boyutunda sayılacak ve Komisyon'a bildirileceklerdir. Bu şartların da geçerli olabilmesi için, yoğunlaşma işlemine taraf teşebbüslerin her birinin Birlik çapındaki cirolarının üçte ikisinden fazlasını tek bir üye ülkede gerçekleştirmemeleri gerekmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, “2/3 kuralı”, özellikle enerji sektöründeki ulusal firmaların hakimiyeti dikkate alındığında, ulusal firmaların belirlenen eşikler altında kalmalarına neden olabilmektedir²¹². Örneğin, *Endesa/Gas Natural* devralmasında, devralma teklifi İspanya'nın yetkili rekabet otoritelerine bildirilmiş, ancak Endesa verilen karara itiraz etmiştir. Bunun üzerine Gas Natural aleyhine, ilgili devralma teklifinin Komisyon'a bildirilmemesi gerekçesiyle şikayette bulunulmuştur. Şikayet

²¹¹ C. Jones, 2005, s. 349.

²¹² Bellamy&Child, 2008, s.666. Komisyon, özellikle 2/3 kuralının gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (MEMO/08/1591). Bu endişe ve gereklilik, özellikle enerji piyasalarında önem taşımaktadır; çünkü büyük ulusal enerji firmaları tüm ulusal pazarın rekabet yapısını etkilemesine rağmen, bu kural sebebiyle Komisyon'un incelemesi dışında kalmaktadır. Bu nedenle de yoğunlaşmanın sınır-ötesi ticaretteki potansiyel etkileri denetim dışında kalmaktadır.

üzerine yapılan incelemede Gas Natural'ın İspanya'da yükümlü doğalgaz şirketi olduğu, elektrik üretimi ve satışında faaliyet gösterdiği; Endesa'nın ise İspanya'da bulunan iki ana elektrik operatöründen biri olduğu ve doğalgaz piyasasında aktif olduğu tespit edilmiştir. Şikayet üzerine yapılan incelemede, Komisyon, devralma işleminin 2/3 kuralı sebebiyle Birlik düzeyinde gerçekleşmediğine, dolayısıyla bildirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Ancak her iki şirketinde Birlik çapındaki cirolarının 2/3'ünün İspanya'da gerçekleştiği gerekçesiyle talep reddedilmiş, yapılan işlemin Birlik düzeyinde olmadığına karar verilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Komisyon bildirimini yapılması gereken yoğunlaşmaların tespiti için ciro hesabı yöntemini esas almıştır. Bildirimde bulunulması gereken ciro eşikleri hesaplanırken, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin hem dünya hem de Birlik çapındaki satışları dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla ciro hesabında da bir yöntem belirlenmiştir. Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 5. maddesinde, ciroların hesabına ilişkin genel düzenlemelere yer verilirken, hesaplama Yetkiye İlişkin Duyuru'da ayrıntılı şekilde açıklanmıştır²¹³. Genel düzenleme uyarınca, ciroların hesabında bir önceki mali yıl dikkate alınmakta olup, teşebbüsün normal faaliyeti içerisinde gerçekleştirdiği mal ve hizmet üretiminden elde edilen gelirler dikkate alınmaktadır²¹⁴. Bu ciroların hesaplanmasında, ileride daha ayrıntılı şekilde tanımlanacak olan ilgili pazar kavramından hareket edilmektedir. Ciro hesabı sırasında farklı para birimlerinin de bulunması halinde Avrupa Merkez Bankası tarafından, Euro alanı dışında bulunan para birimlerinin döviz kurları aylık olarak yayınlanmakta, başvuru yapacaklar ise bunları dikkate

²¹³ Jurisdictional Notice, par.157 vd.

²¹⁴ Bu hesap yapılırken, gelir indirimleri ve ciroyu etkileyen tüm vergiler düşülmektedir.

almaktadırlar²¹⁵. Bununla beraber, aynı teşebbüsler arasında iki yıl içerisinde iki veya daha fazla işlem yapılması halinde, bu işlemlerin hepsi tek bir işlem gibi değerlendirilmekte, işlem tarihi olarak ise son yapılan işlemin tarihi esas alınmaktadır. Bu düzenleme, birden fazla işlem ile Tüzüğün uygulanma alanından kaçılmasını önlemek amacıyla getirildiği şeklinde yorumlanmaktadır²¹⁶. Ancak, Tüzüğün 5. maddesinde yer alan düzenleme de bankalar, özel finans kurumları, finans kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, aracı kuruluşlar ve sigorta şirketleri için farklı usuller belirlenmiştir.

Tüzük'te yer alan uygulama, AB sınırları dışında üretim yapmasına rağmen, ürettiği malı Birlik üyesi ülkelere satan firmaları da kapsamaktadır²¹⁷. Yani, Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamına, AB dışında gerçekleşen yoğunlaşmalarda dahil olabilmekte, bu değerlendirmede tarafların milliyetleri önem taşımamaktadır²¹⁸. Bu kapsamda, AB dışında yapılması planlanan yoğunlaşmalar, AB içerisinde ticaret yaptıkları, faaliyet gösterdikleri takdirde, AB pazarlarını da etkileyebilmektedir. Bu nedenle, ciro hesabı yapılırken, kayıtlı bulundukları, genel merkezlerinin bulunduğu, faaliyet gösterdiği ya da üretim yaptığı ülke ayrımı yapılmadan tüm yoğunlaşmalara uygulanmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Tüzük'te yer alan hükümler uyarınca, Birlik boyutunda sayılan, yani belirtilen eşiklerin üstünde bulunan, tüm yoğunlaşmalar Komisyon'un yetki alanı içerisinde sayılmaktadır. Bu yoğunlaşmalar üzerinde ulusal organların artık herhangi bir denetim hakkı bulunmamaktadır. Ancak,

²¹⁵ İKV, 2002, s.31; Euro alanı içerisinde bulunan para birimlerine ilişkin oranlar ise 01.01.1999 tarihinde sabitlenmiştir.

²¹⁶ C. Jones, 2007, s. 403.

²¹⁷ Ş. Kulaksızoğlu, "139/04 sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü Kapsamında Birleşmelerin Değerlendirilmesi", **Rekabet Dergisi**, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s.82.

²¹⁸ Örneğin bkz. General Electric/Honeywell, Case No. COMP/M.2220, ATRG 2004 L48/1.

Birlik boyutunda sayılmayan yoğunlaşmalar ulusal organların denetiminde olacaktır²¹⁹. 139/2004 sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü başlığı altında açıklandığı üzere, ciro eşikleri aşılmasa, yani ilgili yoğunlaşma işlemi Birlik boyutu taşımasa dahi, Komisyon, Tüzükte yer alan çeşitli koşulların gerçekleşmesi halinde, ilgili yoğunlaşma işlemini inceleyebilmektedir.

3. İlgili Pazar

İlgili pazar kavramı içerisinde ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar olmak üzere iki unsuru barındırmaktadır. Yoğunlaşmalar Tüzüğünde ilgili pazar kavramını açıklayıcı bir hüküm bulunmamakla beraber, Komisyon'un yayınladığı duyurular bu boşluğu doldurmaktadır. Bu düzenlemeyle, pazar tanımını yaparken hangi unsurların dikkate alındığı, bunların kapsamı ve nasıl yorumlandığı genel hatlarıyla açıklamakta; bu sayede yoğunlaşmanın tarafı olan şirketlere, yapmayı planladıkları işlemlerin Komisyon tarafından nasıl nitelendirileceği, nasıl tanımlanacağı önceden genel hatlarıyla bildirilerek yol gösterilmektedir. Bu sayede teşebbüsler başvurularını yapmadan önce bu unsurları dikkate alacak, işlemlerini bu unsurlara uygun olarak değiştirecek ve başvuru sırasında Komisyon karşısında daha iyi ve güçlü bir konumda olacaklardır. Başka bir ifadeyle, yoğunlaşmayı oluşturan taraflar ilgili işlemlerini tamamlarken kendi içlerinde bir denetleme ve değerlendirme yapabileceklerdir.

Pazar tanımının yapılması, rekabeti bozucu etkinin var olup olmadığının inceleneceği alanın sınırlarını belirlemek açısından önem taşımaktadır. Dolayısıyla,

²¹⁹Bir yoğunlaşmanın Birlik boyutunda olmamasına rağmen, üye ülkenin yada ilgili teşebbüsün talebi üzerine, Tüzük'te belirtilen koşulların yerine getirilmesi şartıyla, Komisyon'un yetki alanına girmesi mümkündür.

bir yoğunlaşmaya Tüzük kapsamında izin verilip verilmeyeceğine ilişkin değerlendirme için, öncelikli olarak ilgili pazarın belirlenmesi gereklidir. Ancak, istisnai bazı durumlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Komisyon, *Shell/Montecatini* kararında, ilgili pazar tanımının en dar anlamda belirlenmesi halinde bile herhangi bir hakim durum yaratılmadığı veya bunun güçlendirilmediği gerekçesiyle ilgili pazar kavramının belirlenmesini gerekli görmemiştir²²⁰. Komisyon değerlendirme yaparken öncelikle alternatif pazarları değerlendirmektedir, bu pazarlarda ciddi bir rekabet problemiyle karşılaşmadığı takdirde kesin bir tanım yapmamakta; ancak rekabete olan etkiler konusunda şüphelerini gideremediyse kesin bir pazar tanımı yapmaktadır²²¹.

İlgili pazarın belirlenmesinde ana kriter talep ikamesi (esnekliği) olup, pazardaki talep, arzın yapısı, rekabet koşulları ve karakteristik özellikleri nedeniyle teşebbüsün ürünleriyle ikame edilebilir malların belirlenmesi açısından önem taşımaktadır²²². Ancak, yoğunlaşmalar bakımından yapılan ilgili pazar incelemesi, ABİDA'nın 101-102. (ATA m. 81-82.) maddeleri kapsamında yapılan incelemeden farklılık göstermekte, yoğunlaşmalarda belirlenen ilgili pazarın gelecekteki durumu da göz önünde bulundurulmaktadır²²³.

İlgili pazar kavramı içerisinde yer alan ilgili ürün pazarı, ürünün niteliği, fiyatı ve kullanım amacına göre, tüketici tarafından birbirleriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olan ürün veya hizmetleri içermektedir. Bu tanımdan yola çıkarak, ilgili pazar kavramının belirlenmesinde başta arz ve talep esnekliğinin dikkate alındığını söylemek mümkündür. Talep esnekliğine verilebilecek en güzel örnek,

²²⁰ Shell/Montecatini, ATRG, 22.12.1994, L 332, 48; E. Erdem, 2003, s.258-259.

²²¹ C. Jones, 2005, s. 353.

²²² C. Jones, 2007, s.408.

²²³ Bellamy&Child, 2008, s.387.

United Brands/Komisyon kararıdır²²⁴. İlgili pazarın belirlenmesinde talep esnekliğinin ele alınması dışında, dikkate alınan başka unsurlarda bulunmaktadır. Bu unsurlar arasında, ürünün içeriği, şekli ve gelişimi, tüketicinin bu ürünü kullandığı alanlar ve kullanım şekilleri, ürünün çapraz esnekliği ile ürünün tanıtım şekilleri, satışındaki ilerlemeler, ilgili ürün pazarında ele alınan ürünlerin aynı rekabet koşullarına sahip olup olmadıkları yer almaktadır²²⁵. Hemen belirtmek gerekir ki, Komisyon, ikame edilebilirlik kistasından yola çıkarak, ilgili ürün pazarının belirlenmesi konusunda elektrik piyasasını tek bir pazar olarak kabul etmemekte, kullanımın münhasır olması ve olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Ancak, bu her durum için geçerli olan bir kural olmamakta, her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmektedir²²⁶.

Komisyon'un enerji piyasalarında ilgili ürün pazarına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelerde, dikey yapılanma içerisindeki faaliyet alanlarını ayrı ayrı ele almaktadır. Örneğin, elektrik piyasasını üretim (üretim santrallerinde elektrik üretimi), iletim (yüksek voltajlı elektriğin taşınması), dağıtım (orta ve düşük voltajlı elektriğin taşınması) ve tedarik (nihai tüketiciye elektriğin ulaştırılması) olmak üzere dört başlık altında incelemekte²²⁷; ancak, elektrik üretim kaynakları arasında bir ayırım yapmayabilmektedir²²⁸. Doğalgaz piyasalarındaki ayırım ise ithalat, üretim, iletim, dağıtım, depolama ve satış şeklinde yapılabilir. Bunun dışında, Komisyon

²²⁴ Esas niteliğindeki diğer kararlara örnek olarak *Nestle/Perrieri*, *Aerospatiale Alena/de Havilland* kararları gösterilebilir.

²²⁵ E. Erdem, 2003, s.264-266; Bunun yanında, ilgili pazar için üreticilerin kısa zamanda farklı bir ürün üretebilmesi anlamına gelen arz esnekliği, ilgili pazarın belirlenmesinde çoğunlukla kullanılan, dikkate alınan bir kistas olmamaktadır; bunun nedenleri arasında, bazı durumlarda, yeni ürün üretiminin, stratejinin elden geçirilmesi, üretimin beklemesi, yeni yatırımı gerektirebilmesi yer almaktadır.

²²⁶ Ç. E. Ergün, 2007, s. 109.

²²⁷ Bu ayırımın belirtildiği kararlar, *Edf/London Electricity* (Case No. COMP/IV/M.1346); *EdF/South Western Electricity* (Case No. COMP/IV/M.1606); *EdF/Louis Dreyfus* (Case No. COMP/IV/M.1557).

²²⁸ *EDF/British Energy*, Case No. COMP/M.5424, 22.12.2008.

enerji piyasalarında ilgili ürün pazarı değerlendirmesi yaparken farklı yaklaşımlar da sergileyebilmektedir. Örneğin, bazı incelemelerde doğalgazın toptan satış pazarı uzun ve kısa mesafeli olmak üzere iki aşamalı ele alınmıştır²²⁹.

İlgili pazar tanımının diğer unsuru olan ilgili coğrafi pazar kavramı ise rekabet şartları homojen olan ve komşu bölgelerden, bu bölgelerdeki rekabet koşullarının farklı uygulanıyor olması sebebiyle ayrılan, teşebbüsün faaliyet gösterdiği ürün ve hizmetlerin, arz ve taleplerinin ilgili bulunduğu alanı kapsamaktadır. Zira Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 9/7. maddesinde yer alan bu tanım uyarınca bir değerlendirme yapılırken, mal ya da hizmetlerin karakteristik özellikleri, pazara giriş engelleri ya da tüketici tercihleri ile benzer pazarlar ile teşebbüsün faaliyet göstermekte olduğu pazar arasındaki farklar veya esaslı fiyat değişiklikleri dikkate alınmalıdır.

İlgili coğrafi pazar tanımı, dünya çapında olabileceği gibi yerel sınırlar içerisinde de kalabilmektedir²³⁰. Örneğin London Investment'ın EDF tarafından devralınması işleminde, EDF'nin İtalya, Portekiz, İsveç ve İspanya yanında İngiltere'de de elektrik pazarının tüm alanlarında faaliyet gösteren bir Fransız şirketi iken, London Investment, İngiltere'de elektrik dağıtımı ve satışı faaliyetini sürdürmekte olup, iki şirketin kesiştikleri alan olması sebebiyle, ilgili coğrafi pazar İngiltere olarak belirlenmiş, ilgili tüm ürün pazarları bu coğrafi pazar sınırları içerisinde değerlendirmeye tabi tutulmuştur²³¹. Ülkeler arası ticaretin artması ve homojen rekabet yapısının sınır ötesi şekilde gerçekleşmesi şartıyla *ENI/EDP/GDP* ve *EDP/Commission* incelemelerinde olduğu gibi, ulusal özellikleri barındıran

²²⁹ Bknz. GVS/EnBW&ENI, Case No. COMP/M.2822, 17.12.2002; Exxon/Mobil, Case No. COMP/IV/M.1383, 29.09.1999; VEBA/VIAG, Case No. COMP/M.1673, 10.07.2001.

²³⁰ Bellamy&Child, 2008, s. 744.

²³¹ Case No. COMP/M.1346, 27.01.1999.

nitelikteki birleşmelerde de ilgili coğrafi pazar tanımı genişleyebilmekte; bu tür birleşmeler, farklı üye ülkelerde bulunan teşebbüslerin birleşerek ilgili ürün pazarında sınır ötesi ticareti arttırmalarını sağlayabilmektedir²³². İlgili coğrafi pazar kavramının belirlenmesinde müşterinin aynı malı, aynı fiyata başka bir bölgeden de satın alabilmesi halinde genişlemekte, bu kapsamda ulaşım veya nakliye ücretleri de dikkate alınmaktadır²³³.

Komisyon, enerji alanında ilgili ürün pazarını belirledikten sonra, bu alanlarda ilgili coğrafi pazar belirlemede bulunurken, her bir ürün pazarını ayrı ayrı ele alıp, fiili durumlarına göre her aşamada ayrı bir coğrafi alan tespit edebilmektedir. İlgili pazarın sınırları çizildikten sonra ise, bu alanların rekabet açısından değerlendirilmesine geçilmektedir²³⁴. Bu değerlendirme de, pazarın mevcut durumu ile birlikte ileride tamamlanması muhtemel olan, boru hatları veya yine yakın bir gelecekte piyasaya açılacak olan uzun süreli gaz tedarik sözleşmeleri gibi etkenler dikkate alınmakta, bu aşamaların tamamlanması ile birlikte ilgili yoğunlaşmanın pazarda nasıl bir alanı kapsayacağı da incelenmektedir²³⁵. Ancak, enerji alanında verilen son kararlara bakıldığında, ilgili coğrafi pazar tanımının dar yorumlandığı, bu durumun ise daha hoşgörülü kararlar ortaya çıkmasına neden olduğu gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir²³⁶.

İlgili pazarın belirlenmesi Birlik rekabet politikasının hedefleri ile doğrudan bağlantılıdır. Örneğin, yoğunlaşmaların incelenmesi sırasında, ürünün arzında yapısal farklılıkların kontrol edilmesindeki amaç, etkin rekabetin ortak pazarın bir

²³² Bellamy&Child, 2008, s.745.

²³³ C. Jones, 2007, s.408

²³⁴ Bknz. Edf/London Electricity, Case No. COMP/IV/M.1346, 27.01.1999.

²³⁵ Bknz. GVS/EnBW&ENI, Case No. COMP/M.2822.

²³⁶ G. Federico, "The Economic Analysis of Energy Mergers In Europe and In Spain", **Journal of Competition Law & Economics**, 00(00), 2011, s.7-8; www.jcle.oxfordjournals.org, yararlanma tarihi 27 Mayıs 2011.

bölümünde veya tamamında önemli ölçüde bozulup bozulmadığıdır. Bir yoğunlaşmanın etki ettiği coğrafi pazarın belirlenmesinde ise geçmiş davranışlara dayanılarak yapılan değerlendirmeler farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilmektedir. Farklı zaman dilimlerinin değerlendirilmesi, somut olayda, Komisyon'un yapısal farklılıkları veya belirli bir geçmiş davranışa ilişkin konuları inceleyip incelemediğine bağlı olarak, bir yoğunlaşma için birden fazla coğrafi pazar çıkmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle ilgili pazar kavramının belirlenmesi, yoğunlaşmanın incelenmesi ve etkinliğin değerlendirilmesinin sonuçları bakımından önem taşımaktadır.

4. Yoğunlaşmaların Çeşitleri

Yoğunlaşmalar yatay, dikey ve aykırı olmak üzere üç şekilde gerçekleşmektedir. Enerji piyasalarına bakıldığında, her bir yoğunlaşma çeşidinin piyasalarda farklı etkiler yarattığı görülmektedir. Örneğin, yatay yoğunlaşmalar enerji piyasaları açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira bu yoğunlaşmalar aynı coğrafi pazarda veya komşu coğrafi pazarlarda gerçekleşmelerine göre farklı etkiler göstermekte olup, aynı aşamada ve aynı sektörde faaliyet gösteren iki teşebbüs arasındaki yoğunlaşma işleminde etkin rekabetin zayıflaması veya ortadan kalkması ihtimali daha yüksek bulunmaktadır. Bu nedenle bu tür yoğunlaşmalarda, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin daha ağır taahhütlerde bulunmaları gerekebilmektedir. Dikey yoğunlaşmalarda ise, özellikle üretim ve dağıtım aşamalarındaki yoğunlaşmalar çokça görülen niteliktedir. Fakat AB düzenlemeleri üretim/arz aşamaları ile iletim/dağıtım faaliyetlerinin mülkiyet ayrıştırması yolu ile

birbirlerinden ayrılmalarını öngörmektedir. Bu aşamalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemlerinde de, yoğunlaşma tarafları faaliyetlerini ayırştırmak gibi bir problemle yüzleşmektedirler. Bir diğer yoğunlaşma çeşidi olan aykırı yoğunlaşmaların hem olumlu hem de olumsuz yanları olmakla beraber, farklı aşamalarda ve farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerden birinin veya her ikisinin hakim durumda olması ile ikisinin de hakim durumda olmaması durumlarına göre çok farklı değerlendirmeler yapılabilir.

Yatay yoğunlaşmalar *“iktisadi faaliyetleri bakımından ticaret veya endüstrinin aynı aşamasında faaliyet gösteren işletmeler arasında”* gerçekleşen yoğunlaşmalar olarak tanımlanmaktadır²³⁷. Tüketicilerin malları arasında ayırım yapmadığı ya da mevcut farklardan etkilenmediği, aynı piyasada ve aynı derecede yer alan işletmelerin gerçekleştirdikleri yoğunlaşmalar, rakip firmalar arasında gerçekleştirildiğinden rekabeti en çok etkileyen yoğunlaşma çeşididir²³⁸. Bu tür yoğunlaşmaların rekabeti bozucu etkileri, koordine edilmiş ve koordine edilmemiş etkiler olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Özellikle doğalgaz toptan satış ve elektrik pazarları arasındaki ilişki dikkate alındığında, enerji piyasalarında yatay yoğunlaşma çeşitleri artmakta ve bu tür yoğunlaşmalar dikey yoğunlaşmalara göre tüketici üzerinde daha büyük etki doğurmaktadır²³⁹.

Yatay yoğunlaşmalar, aynı ürün ve coğrafi pazarda faaliyet gösteren ve rekabet halinde olan bir teşebbüsün devralınması veya aynı üye ülkede, fakat komşu coğrafi pazarda bulunan bir teşebbüsün devralınması olmak üzere iki şekilde

²³⁷ G. Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Lisansüstü Tez Serisi No:4, Rekabet Kurumu Yayınları-2000, s.60.

²³⁸ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.79.

²³⁹ G. Federico, 2011, s.8-9.

gerçekleşebilmektedir²⁴⁰. Örneğin, *VEBA/VIAG* kararında, birleşme, öncesinde pazarda sekiz teşebbüs faaliyet gösterirken, birleşen şirket ile RWE'nin bulunduğu oligopolistik bir pazar oluşacağı; bu oligopolistik pazarın iletim sistemini büyük ölçüde elinde bulundurarak, ağ bağlantılarına ulaşımın kısıtlı olduğu ve giriş engellerinin bulunduğu bir pazar yaratacağı gerekçesiyle hakim oligopoli yaratacağına karar verilmiştir²⁴¹. Ancak taahhütlerde bulunularak bu sorun aşılmaya çalışılmıştır. VEBA ve VIAG şirketleri birleşme öncesinde ilgili ürün pazarında birbirlerinin en büyük rakipleri iken, birleşme sonrasında pazarlarda tek bir şirket haline gelmeleri durumunda hakim durumun güçlenecek ve bu durumun önemli rekabet etkileri doğuracaktır²⁴². Komisyon ilgili yoğunlaşma işleminde rekabet etkilerinin doğacağı pazarı, birbirine bağlı şebekelerden elektrik temini pazarı olarak belirlemiştir. Bu kapsamda, her iki şirketin de bağlı kuruluşları aracılığıyla (Bayernwerk AG (VIAG) ve PreussenElektra AG (VEBA)) ilgili ürün pazarında yatay bir bütünleşme gerçekleşmiş olacak ve zaten yoğunlaşmış olan Alman elektrik pazarı daha da yoğunlaşacak, birleşme öncesinde dahi yeterli bulunmayan rekabet ortamı daha da azalacaktır. Zira, birleşme sonrasında VEBA/VIAG şirketi, pazarda faaliyet gösteren ve aynı zamanlarda birleşme nedeniyle ulusal yetkili organlar tarafından inceleme altında bulunan RWE/VEW ile birlikte pazarın neredeyse %80'ini kontrol edecek hale gelecektir. Yani, pazar yapısı duopol bir özellik gösterecektir. Elektrik pazarının özellikleri, pazarda oluşacak duopol yapı ve her iki birleşme işlemi arasındaki yapısal bağlantılar dikkate alındığında, yoğunlaşma sonrasında piyasada paralel davranışların olacağını ve şirketlerin önemli bir rekabet

²⁴⁰ C. Jones, 2007, s.441.

²⁴¹ C. Jones, 2007, s.443-445; bu incelemede ilgili pazar, toptan elektrik satımı pazarıdır.

²⁴² İlgili yoğunlaşma işlemi 4064/89 sayılı Tüzük döneminde incelenmiştir. Bu nedenle inceleme sırasında uygulanan test, ilgili yoğunlaşmanın ortak pazarın tamamında veya bir bölümünde hakim durum yaratıp yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumun güçlenip güçlenmediğine ilişkin testtir.

tehditi ile karşılaşacaklarını, üretim kapasitesini ve iletim ağını kontrol edeceklerini ve pazara giriş engellerinin artacağını söylemek mümkündür. Ancak Komisyon yaptığı inceleme sonucunda ve özellikle tarafların verdikleri taahhütler ile birleşme sonrasında pazarda yaratılacak rekabet ortamının birleşmenin etkilerinden kurtulacağına karar vermiş, yani birleşmeye koşullu olarak izin vermiştir²⁴³.

Exxon/Mobil kararında ise, Exxon birleşme öncesinde de ilgili pazarda (Hollanda) hakim durumda iken, komşu ülke olan Almanya’da ise ortak hakim durumdadır. Birleşme sonrasında ise, Mobil’in kendisine rakip olan (Hollanda’da ve Almanya’da) bazı şirketlere sahip olması nedeniyle birleşme öncesindeki hakim durumunu güçlendirdiğine karar verilmiş; ancak doğalgaz faaliyetlerinin ayrıştırılması koşulu ile birleşmeye izin verilmiştir²⁴⁴. *VEBA/VIAG*, *Exxon/Mobil* dışında, *Grupo Villar Mir/ENBW/Hidroelectrica Del Cantabrico*²⁴⁵, *DONG/Elsam/Energia E2* yoğunlaşmaları da yatay yoğunlaşmalara örnek kararlar arasındadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, 139/2004 sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü hakim durumun olmadığı ve koordineli bir hareketin olmadığı durumlarda rekabeti olumsuz yönde etkileyen birleşmelerinde kontrol edilmesine imkan vermiştir. Bu durum ise, 139/2004 sayılı Tüzük ile, 4064/89 sayılı Tüzük’te uygulanan hakim durum testinden farklı olarak, etkin rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediğine ilişkin değerlendirmenin uygulanmaya başlanmasından kaynaklanmıştır²⁴⁶. Zira Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde yer alan düzenleme ile, önceden yürürlükte olan 4064/89 sayılı Tüzük’ten farklı olarak, farklı ikame malları üreten rakip firmaların birleşmesi

²⁴³ Yoğunlaşma işlemine izin verilmesini sağlayan taahhütler için bkz. Bölüm II, Başlık II.B.5 “Rekabeti Bozucu Nitelikteki Yoğunlaşmalar”.

²⁴⁴ Case No. COMP/M.1383, 29.09.1999.

²⁴⁵ Case No. COMP/M.2434, 26.09.2001.

²⁴⁶ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.79.

sonucunda, söz konusu ikame mallar arasındaki rekabetin ortadan kalkmasına neden olan, işbirliğine dayanmayan, koordineli olmayan oligopoller de kapsama dahil edilmiştir²⁴⁷. Bünyesinde az sayıda şirket barındıran oligopol piyasalarda, iki şirketin birleşmesi durumunda, piyasada lider durumda bulunmasalar ve aralarında bir koordinasyon bulunmasa dahi, birleşen iki şirketin arasındaki rekabetin ortadan kalkması nedeniyle ilgili pazardaki rekabeti etkileyecek sonuçlar doğabilmektedir²⁴⁸. Bir oligopol pazarda iki şirketin birleşmesi sonucunda, bunların aralarında koordinasyon bulunmamasına rağmen, pazarda bulunan diğer şirketleri dışlayacak nitelikte bir güce ulaşmaları halinde, piyasanın yapısı gereği, bu piyasada bulunan tüm şirketler birbirlerine bağımlı olacaklardır; zira birbirlerini dikkate almak ve takip etmek durumundadırlar²⁴⁹. Oligopol pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüste uyumlu eylem veya fiyat belirleme anlaşmalarından kaçınılması, fiyatlardaki paralelliğin ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri (ATA eski m. 81 ve 82) kapsamında değerlendirilmesini zorlaştırmakta, bu nedenle de oligopol nitelik arz eden pazarlarda yoğunlaşmaların kontrolü önemini arttırmaktadır. Komisyon tarafından yapılan incelemelerde, oligopol pazarların genel özelliklerinin enerji pazarında da bulunduğu ve bu özelliklerin fiyat şeffaflığı, çok yenilik gerektirmeyen bir üretimin söz konusu olduğu, öngörülebilir arz ve talep verileri, pazardaki şirketler arasında yapısal bağların ve önemli ölçüde giriş engellerinin bulunduğu ifade edilmektedir²⁵⁰. Komisyon'un çeşitli kararlarında, elektrik ve doğalgaz piyasalarının oligopolistik bir yapı arz ettiği, dolayısıyla yoğunlaşmaların kontrolünün çok büyük bir gereklilik

²⁴⁷ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.79.

²⁴⁸ R. Ö. Arıtürk, **Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar**, Rekabet Kurumu Yayınları, Uzmanlık Tezleri, No:91, Ankara-2008, s.8.

²⁴⁹ R. Ö. Arıtürk, a.g.e., s.8.

²⁵⁰ C. Jones, 2007, s.493; giriş engelleri nedenleri de dipnotta verilebilir.

olarak algılandığı görülmektedir²⁵¹. Bu nedenlerle, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde getirilen test değişikliği, enerji piyasalarındaki yoğunlaşmaların daha sağlıklı şekilde kontrol edilmesini, rekabet ortamının daha üst seviyede korunmasını sağlamaktadır.

Dikey yoğunlaşmalar “*ticari ve endüstriyel faaliyetleri açısından, farklı aşamalarda faaliyet gösteren işletmeler arasında yapılan*” anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır²⁵². Yatay anlaşmalar aynı aşamada faaliyet gösteren işletmelerin iyi niyetli bir şekilde bir araya gelmeyecekleri gerekçesiyle rekabeti bozucu potansiyelde işlemler olarak değerlendirilirken; dikey anlaşmalar ise aynı faaliyet alanında bulunmasalar bile işletmelerden birinin üçüncü kişiler ile olan ilişkisini bozabileceği gerekçeleri ile rekabeti bozucu nitelik kazanmışlardır²⁵³.

Dikey yoğunlaşma da, taraflardan en az birinin hakim durumda olması halinde, rekabetin önemli derecede etkilenebileceğini ifade edilen görüşler bulunmaktadır²⁵⁴. Ancak, Yoğunlaşmalar Tüzüğü uyarınca hakim durum yaratmasa veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmese dahi rekabeti önemli ölçüde engelleyen yoğunlaşma işlemlerinin kontrol edilebilmesi bu durumu tersine çevirmiştir. Örneğin, Komisyon, *E.ON/MOL* davasında kendinden beklenenden çok farklı bir karar vermiş ve hakimiyet olmasa bile rekabet endişesi yaratacak sorunların çıkabileceğini göstermiştir²⁵⁵. Bunun gibi, *RWE/Essent* yoğunlaşmasında da yoğunlaşma sonrasında oluşacak işletmenin elinde tutacağı kapasitenin, üretim pazarında yaratacağı etki dikkate alınmıştır²⁵⁶.

²⁵¹ C. Jones, 2007, s.494.

²⁵² G. Öz, 2000, s.60.

²⁵³ G. Öz, 2000, s. 60. Dikey yoğunlaşmaların pazarda yarattığı ve yaratabileceği etkilere ilişkin kararlara örnek olarak; Tetra Level v. Commission C T-5/02 [2002] ECR II-4381, [2002] CMLR 1182; General Electric v. Commission C T-210/01, [2005] ECR II-5575, [2006] CMLR 686.

²⁵⁴ M. O. Alpay, 2004, s.6-7.

²⁵⁵ C. Jones, 2007, s.471.

²⁵⁶ Case No. COMP/M.5467.

Dikey yoğunlaşmalar da, bir piyasadaki rekabeti doğrudan etkilememekle beraber, bu yoğunlaşmaların olumlu ve olumsuz sonuçları birlikte değerlendirilerek yasaklanıp yasaklanmamalarına karar verilebilmektedir²⁵⁷. Bu doğrultuda, üretim ve dağıtımın yanında ekonomik ve teknik olarak da ilerleme sağlaması ve tüketiciye yeni alternatifler sunması, dikey yoğunlaşmaların olumlu etkileri arasında gösterilebilecekken; yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin pazar güçlerinin artması sebebiyle pazara girişte engeller ortaya çıkarması ise olumsuz etkileri arasında sayılmaktadır²⁵⁸.

Dikey yoğunlaşmalara örnek olarak, en güncel enerji kararları arasında yer alan, *RWE/Essent*²⁵⁹, *Vattenfall/Nuon Energy*²⁶⁰ ve *EDF/Segebel*²⁶¹ kararları gösterilebilir. Bu üç yoğunlaşmanın ortak noktası, ilgili pazar olan toptan elektrik piyasasının tam anlamıyla ulusal bir boyutunun olmamasının yanında, yoğunlaşma işleminden en çok etkilenen üye ülkeler arasında sınır ötesi ticaret ve şebeke kapasitesinin önemli düzeylere ulaşmasıdır²⁶².

Aykırı yoğunlaşmalar ise, yatay ve dikey yoğunlaşmalardan farklı olarak, aynı ya da farklı coğrafi pazarlarda bulunan ancak birbirinden farklı ürün piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilen yoğunlaşmalardır²⁶³. Olumsuz sonuçları en az olan yoğunlaşma şekli olmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı etki yaratıp yaratmadıkları her somut olaya göre incelenmesi, yoğunlaşmanın gerçekleştiği piyasanın özellikleri, teşebbüslerin pazar

²⁵⁷ P. Güven, 2003, s.119.

²⁵⁸ P. Güven, 2003, s.119-120.

²⁵⁹ Case No. COMP/M.5467.

²⁶⁰ Case No. COMP/M.5496.

²⁶¹ Case No. COMP/M.5549.

²⁶² G. Federico, 2011, s.7.

²⁶³ P. Güven, 2003, s.120. Aykırı yoğunlaşmalar için karma yoğunlaşma kavramı da kullanılmaktadır; H. Ulu, **Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin**, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:54, Rekabet Kurumu Yayınları-2004, s.7.

payları, finansal büyüklükleri, giriş engellerinin meydana gelip gelmemesi, rekabet üzerindeki fiili ve potansiyel etkilerinin değerlendirilmesi gibi birçok unsurun değerlendirilmesi gerektiği bir yoğunlaşma çeşididir²⁶⁴.

Aykırı yoğunlaşmalara enerji piyasaları açısından bakıldığında, farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bir yoğunlaşmanın tarafını oluşturmaları faydalı dahi olabilmektedir. Elektrik veya doğalgaz teşebbüslerinin birleşmesinde, kombine hizmetlerin sunulması, idari yönetim, faturalama ve bakım konuları ile elektrik üretiminin büyük bir kısmının doğalgazdan sağlandığı günümüzde, elektrik piyasasında satış yapan ve doğalgaz ihtiyacı olan şirketlerin, arz güvenliğinin sağlanması bakımından olumlu etkileri bulunmaktadır²⁶⁵. Bu açıdan farklı sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslerin bir yoğunlaşmanın tarafını oluşturmaları faydalı olabilmektedir. Ancak, hakim durumda ve farklı pazarlarda olan teşebbüslerin birleşmesi, rekabeti kaldırabileceği gibi, ciddi giriş engelleri de oluşturabilmekte, bu yolla tek bir pazarının oluşmasına engel olabilmektedir²⁶⁶.

Örneğin, *DONG/Elsam/Energia E2*²⁶⁷ yoğunlaşmasında, DONG Danimarka hükümeti tarafından yönetilen, doğalgaz arama, üretim, deniz aşırı transfer, depolama ve dağıtım faaliyetleri ile petrol ve doğalgaz satışı alanlarında faaliyet gösteren bir şirket iken; Elsam ve E2, Danimarka'da elektrik üretimi ile toptan satış ticareti yapan şirketlerdir²⁶⁸. Bu yoğunlaşma işleminde yapılan inceleme ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. *ENI/EDP/ GDP*²⁶⁹ işleminde ise devralınan şirket olan GDP Portekiz'de doğalgaz sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren

²⁶⁴ P. Güven, 2003, s.121-122.

²⁶⁵ C. Jones, 2007, s. 474.

²⁶⁶ C. Jones, 2007, s.478.

²⁶⁷ Case No. COPM/M.3868, 14.03.2006

²⁶⁸ Aynı yoğunlaşma işlemi kapsamında DONG tarafından devralınan diğer şirketler olan KE ve FE ise evsel ve endüstriyel kullanıcılara elektrik sağlamaktadırlar.

²⁶⁹ Case No. COMP/M.3440, 09.12.2004

ve bağılı kuruluşlarıyla birlikte doğalgaz ithali, nakliyesi, depolanması ve sahip olduğu yüksek basınçlı boru hatları ağıyla tedariki faaliyeti gösteren bir şirket iken, devralan şirketlerden ENI, İtalya’da enerji tedarikinin tüm aşamalarında; EDP ise, Portekiz’de elektrik sağlayıcısı olarak faaliyet göstermektedir. Bunların dışında aykırı yoğunlaşmalara örnek olarak *E.ON/MOL* işlemi gösterilebileceği gibi, *Tractebel/Distrigaz*²⁷⁰ işleminde ise farklı pazarlarda faaliyet göstermeleri avantaja dönüşmüş ve bu özellik sebebiyle yoğunlaşma işlemine izin verilmiştir.

5. Rekabeti Bozucu Nitelikteki Yoğunlaşmalar

Komisyon ilgili yoğunlaşmanın üzerinde yaptığı ilk inceleme sonucunda üç şekilde karar verebilmektedir²⁷¹. Bu kararlardan ilki, yoğunlaşmanın Tüzük kapsamına girmediğine ilişkin karardır. Bu durumda, ayrıntılı incelemede bulunmadan inceleme dosyası kapatılmaktadır. Komisyon tarafından verilebilecek ikinci karar, yoğunlaşmanın Tüzük kapsamına girmesine rağmen, ortak pazarda rekabeti önemli ölçüde etkileyecek nitelikte olmadığı, dolayısıyla ortak pazar ile uyumlu olduğu karardır. Komisyon bu karar ile birlikte, yoğunlaşmanın tamamlanabilmesi için bazı kısıtlamalar getirebilmektedir. Üçüncü karar ise, yoğunlaşmanın Tüzük kapsamına girdiğine ve ortak pazar ile uyumlu olmadığına ilişkin ciddi bir şüphesi var ise, yoğunlaşma hakkında inceleme başlatılmasına ilişkin karardır. Bu karar sonucunda, Komisyon, ilgili işlem ortak pazarı veya onun önemli bir kısmındaki etkin rekabetin önemli ölçüde etkileyecek bir etki doğuruyorsa ortak pazar ile uyumlu olmadığına; bu şekilde bir etki doğurmuyorsa uyumlu olduğuna

²⁷⁰ Case No. COMP/M.493, 01.09.1994

²⁷¹ The EU Merger Regulation, m. 6/1.

karar verecektir²⁷². İleride ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, belirli şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmesini öngörebileceği gibi, teşebbüslerin yoğunlaşmanın rekabeti bozucu etkilerini ortadan kaldıracak taahhütlerde bulunması halinde yoğunlaşmaya izin verebilmektedir. Ancak, öngörülen taahhütler, yoğunlaşmanın sonucunda ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi sonucunu ortadan kaldırmıyorsa, yoğunlaşmaya izin verilmeyecektir²⁷³.

Komisyon kararını verirken, öncelikle ilgili yoğunlaşmanın etkilendiği mal veya hizmet çeşidini (ilgili ürün pazarı) ve bu etkinin kapsadığı alanı (ilgili coğrafi pazar) belirlemektedir. İlgili pazarın sınırları çizildikten sonra ise, ilgili yoğunlaşmanın bu sınırlar içerisinde rekabeti bozucu etki yaratıp yaratmadığı tespit edilecektir. Bu tespitin yapılması sırasında ise Yoğunlaşmalar Tüzüğüne kabul görmüş olan etkinlik değerlendirilmesi yapılacaktır. Çalışmamızın bu kısmında ise öncelikle Tüzük kapsamında kullanılan etkinlik değerlendirmesine yer verilecek; sonrasında ise, Komisyon'un bir yoğunlaşmanın uygulanabilir olması için öngördüğü izin, şart ve yükümlülüklerle değinilecektir.

²⁷² The EU Merger Regulation, m. 2.2, 3.

²⁷³ Komisyon aldığı kararı yoğunlaşmanın tarafını oluşturan teşebbüslere ve ilgili üye ülkelerin yetkili organlarına derhal bildirecektir. Bunun yanında, yoğunlaşmanın tarafını oluşturan teşebbüslerce yapılan bildirimin Yoğunlaşmalar Tüzüğü (The EU Merger Regulation) kapsamına girdiğine karar verilmesi halinde yapılan bildirim yayınlanmaktadır (m.4/3). Kararın bu yolla üçüncü kişilere bildirilmesi, hem bir piyasada meydana gelecek olan yoğunlaşmalardan öncelikli olarak etkilenecek taraflar olmaları (müşteri, tüketici veya rakip firmalar gibi); hem de piyasanın ve de ilgili ürünün özelliklerine hakim olabilmeleri nedeniyle yoğunlaşmanın değerlendirilmesinde önem taşımaktadır; H. Ulu, 2004, s.26.

5.1 Etkinlik Değerlendirmesi

İlgili pazarın sınırları belirlendikten sonra, Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında ortak pazarın veya onun önemli bir bölümündeki etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek ve özellikle sonucunda hakim durum yaratılacak veya var olan bir hakim durumu güçlendirecek bir yoğunlaşma olup olmadığına ve bu doğrultuda ortak pazar ile uyumlu olup olmadığına karar verebilmek için etkinlik değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirmede önemli olan nokta, hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi yerine, etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesidir. Bir başka ifadeyle, hakim durum yoğunlaşmaların kontrolü sırasında kullanılan tek etken değil, içlerinden sadece bir tanesidir²⁷⁴. Yoğunlaşmalar Tüzüğü ile 4046/89 sayılı Tüzük'te hangi yoğunlaşmaların mevzuat kapsamında rekabeti bozucu nitelik taşıdığının tespitinde önemli bir değişiklik yapılmıştır. 4046/89 sayılı Tüzük'te hakim durum testi ("dominance test") uygulanırken, yeni düzenleme ile rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi testi ("Significant Impediment to Effective Competition-SEIC") kullanılmaya başlanmıştır²⁷⁵. Bu değişiklik ile Komisyon'un bir anlamda kendine iki ölçütlü bir test yarattığını söylemek yanlış olmayacaktır²⁷⁶.

Etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi testinin yanında, hakim durumun yaratılması veya kuvvetlendirilmesi ölçütünün de bunun en önemli örneği olarak gösterilmesinin, yani hakim durumun tamamen metinden çıkarılmamasının nedenleri

²⁷⁴ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.86.

²⁷⁵ Hakim durumun oluşacağı haller ABİDA 102. maddesinde (ATA m.82) düzenlenmiştir. Hakim durum testinin uygulanması ile Kurucu Anlaşmada düzenlenen hakim durum uygulamasının birbirinden ayıran en önemli özellik ise, yoğunlaşma kapsamında hakim durumun daha önceden var olması aranmazken, hakim durumun yaratılması yada mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yeterli olup, bu hakimiyetin tek başına yada birlikte hakimiyet şeklinde ortaya çıkabilmesidir. Oysa, Kurucu Anlaşmada mevcut bir hakim durumun kötüye kullanılması hüküm altına alınmıştır.

²⁷⁶ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.61.

arasında, sistemin değiştirilmek istenmesi ile birlikte, değişiklik öncesindeki içtihatların korunması yer almaktadır²⁷⁷. Bu yöntem ile hem yeni bir sistem oluşturularak Komisyon'un hakim durum yaratmasa yada bir hakim durumu güçlendirmese dahi rekabette olumsuz etkiler doğuran veya doğurabilecek olan Birlik boyutundaki yoğunlaşmalar yetki alanına dahil edilmiş, hem de 1989 yılından itibaren neredeyse 25 yıllık bir süre boyunca oluşturulmuş ve yerleşmiş olan içtihatlar sıfırlanmamış, bu içtihatlardan yararlanılması için uygun bir ortam yaratılmıştır. Bununla beraber, hakim durum testi yerine etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testinin²⁷⁸ uygulamaya konulmasıyla hedeflenen, koordinasyon halinde olmayan ve yoğunlaşma sonrasında oluşacak pazar payının, hakim durumun varlığını gösteren standart eşiklerini aşmaması halinde dahi kontrol kapsamına alınmasıdır²⁷⁹. Bu sayede, hakim durum testinde hakim durum bir sınır olarak kabul edilirken, rekabetin etkin şekilde etkilenmesi testi (SEIC) ile hakim durum oluşmasa dahi, etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi sonucunu doğuran yoğunlaşmalar da kontrol kapsamına alınmıştır. Başka bir ifadeyle, yeni testin uygulamaya konulmasıyla, hakim durum yaratmayan yoğunlaşmalar da kontrole tabi tutulmuş ve Komisyon'un kontrol alanı genişlemiştir²⁸⁰.

2004'te yapılan değişiklikten sonra uygulanmaya başlanan etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi testi (SIEC) dışında yoğunlaşmaların kontrolü için uygulanan başka yöntemlerde bulunmaktadır. Bunlar, kamu yararı testi, rekabetin önemli ölçüde azalması testi ("Substantial Lessening of Competition Test" – SLC) ve

²⁷⁷ R. Ö. Arıttürk, 2008, s.51-52.

²⁷⁸ Etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi (SIEC), hakim durum testi ile İngiltere, İrlanda ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde uygulanmakta olan "etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması" (SLC) testinin ortasında yer alan karma bir testtir; Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.86.

²⁷⁹ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.86.

²⁸⁰ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz., R. Ö. Arıttürk, 2008.

hakim durum testi (“dominance test”) olmak üzere üç başlıkta toplanabilir. Kamu yararı testi, yoğunlaşmaları kamu yararını etkilediğine ya da etkileyeceğinin beklenmesine göre değerlendirilen geniş kapsamlı bir test olup, 2002 yılına kadar Birleşik Krallık olmak üzere Güney Afrika, Brezilya ve Hindistan’da uygulanmaktadır²⁸¹. Bir diğer yöntem olan SLC testinde ise, ‘tekeli yaratma eğilimi’nin de içerisinde bulunması sebebiyle, salt bir uygulamadan bahsedilmemekte, ancak uygulamada özellikle rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi üzerinde durulması nedeniyle bu testin tipik örneği olarak gösterilmektedir²⁸².

Hem SLC hem de hakim durum testlerinin tek başına uygulandıkları sistemlerde dahi, bu testlerin salt uygulamalarından bahsedilememesi; testin esasının belirlenmesinde hem düzenlemenin lafzının, hem de bunun fiili uygulamasının dikkate alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır²⁸³. Zira, 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde uygulanan hakim durum testi de salt bir test olarak kabul edilmemekte, etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi kriterini de içerisinde barındırması nedeniyle karma bir test olarak değerlendirilmektedir²⁸⁴. Bu değerlendirmeler dikkate alındığında, yoğunlaşmaların kontrolü için uygulanan testin tespitinde, kesin sınırlar çizmeden önce hem teoride hem de pratikte nasıl uygulandığının ve yorumlandığının dikkate alınması gerekmektedir.

SIEC testinin uygulanmaya konulması Komisyon’un müdahale alanını arttırmakla birlikte bazı zorlukları da gündeme getirmiştir. Örneğin, hakim durumun söz konusu olmadığı yoğunlaşmalarda etkin rekabetin önemli ölçüde etkilendiği tespitinin ispatı için, hakim durum gibi sabit teknik ve ispat şekline daha kuvvetli

²⁸¹ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.10.

²⁸² R. Ö. Arıtürk, 2008, s.11; bu test Amerika dışında, Birleşik Krallık, İrlanda, Avustralya, Yeni Zelanda gibi ülkelerde uygulanmaktadır.

²⁸³ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.12.

²⁸⁴ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.12.

verilere ihtiyaç duyulmaktadır²⁸⁵. Ancak, yeni testin Birlik düzeyinde uygulamaya konulmasının ardından, Yunanistan, Hollanda, Estonya ve Belçika gibi bazı AB ülkeleri de ulusal sınırları içerisinde bu testi uygulamaya başlamışlardır²⁸⁶. Bu durum ulusal düzenleme ile Birlik uygulaması arasındaki uyumu arttırmaktadır.

Komisyon, Tüzük kapsamına giren bir yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu olup olmadığını değerlendirirken belirli başlıkları dikkate almaktadır. Komisyon bu bağlamda ilk olarak, ortak pazarda etkin rekabetin geliştirilmesi ve sürdürülmesine olan ihtiyacı değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi ise, ilgili pazarların yapısını ve yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin Birlik içinde ve dışındaki gerçek veya potansiyel rekabetlerini inceleyerek yapmaktadır²⁸⁷. Bunun yanında, teşebbüslerin pazardaki yerleri, ekonomik ve finansal güçleri, ürün sağlayıcıları ve ürünün kullanıcıları için mevcut olan alternatifler, bunların ürünlere veya pazarlara erişimi, hukuki veya diğer giriş engellerinin bulunup bulunmaması, ilgili mal veya hizmetlerin arz ve talep hareketleri, ara malı ve nihai mal tüketicilerinin menfaatleri ve tüketici yararına olmak ve rekabeti engellemek koşuluyla teknik ve ekonomik gelişimin ilerlemesi gibi unsurlarda değerlendirme sırasında dikkate alınmaktadır. Yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde önemli olan bir diğer unsur ise tüketici açısından yeterli rekabet ortamının yoğunlaşmadan sonra da devam edip etmediğidir²⁸⁸.

Komisyon, değerlendirmesi sırasında, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin pazar payları, bunların birbirleriyle yakın rekabet içerisinde olup olmadıkları, tüketicilerin diğer sağlayıcılara yönelip yönelmemesindeki kolaylık,

²⁸⁵ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.53-54; Bunun yanında, SIEC testinin iki farklı şekilde daha yorumlanabileceği de ifade edilmektedir.

²⁸⁶ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.12.

²⁸⁷ The EU Merger Regulation, m. 1. 2.

²⁸⁸ C. Jones, 2007, s.408.

yoğunlaşmış teşebbüsün diğer rakiplerin gelişimine engel olup olmadığı ve yoğunlaşmanın rekabet gücünü bertaraf edip etmediği gibi kriterleri inceleyerek karar vermektedir. Bu hallerin söz konusu olması halinde Komisyon'un, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsler arasında bir koordinasyonun varlığına, dolayısıyla bir etkinin varlığına kanaat getirdiği görülmektedir²⁸⁹.

4046/89 sayılı Tüzüğün uygulamada olduğu dönemde Komisyon yoğunlaşmaları, yoğunlaşmaya taraf olan şirketlerin piyasada bulunan diğer şirketlerle işbirliği içerisinde olmalarına gerek kalmadan hakim durumunu tek başına kullanmalarına imkan veren “*tek firma hakimiyeti*” ve yoğunlaşmaya taraf olan şirketler ile piyasada bulunan diğer şirketlerin gücü birlikte kullanmalarını sağlayan “*birlikte hakimiyet/oligopolistik firma hakimiyeti*” olmak üzere ikiye ayırarak incelemekteydi²⁹⁰. Birlikte hakimiyetin ilk defa kullanıldığı dava *Nestle/Perrier* davası olmakla birlikte, Tüzüğün birlikte hakimiyet durumuna uygulanması konusundaki belirsizlik *Kali&Salz* davasıyla ortadan kaldırılmış²⁹¹; *Airtours* davasında ise birlikte hakimiyet için var olması gereken koşullar belirlenmiştir. Buna göre, birlikte hakimiyetin varlığından söz edebilmek için, pazarın her rakibin birbirini takip edebileceği şekilde şeffaf olması, ortak politika ile uyumlu bir teşvik kapsamında sözsüz koordinasyonun sürdürülebilir olması, ortak politikanın rakiplerin ve tüketicilerin öngörülebilir tepkileri nedeniyle risk altında olmaması gerekmektedir. Bu şartların hepsinin aynı anda bulunması ve bunun ispatının güçlüğü sebebiyle Komisyon'un birlikte hakimiyete dayanarak karar vermesini güç kılabilir. Yinede 136/2004 sayılı Tüzüğün birlikte hakimiyetin kanıtlanması

²⁸⁹ Örnek kararlar için, P. Craig, G. De Burca, 2007, s.1058-1062.

²⁹⁰ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.83.

²⁹¹ Ş. Kulaksızoğlu, 2003, s.84. AD benzer olarak Nestle/Perrier davasında piyasada hakim durum nedeniyle etkin rekabetin azalacağına, Kali&Salz/MsK/Treuhand davasında ise tüzük hükümlerinin birlikte hakimiyete de uygulanacağına yer vermiştir.

gerekliliğini ortadan kaldırdığı ifade edilmekle birlikte, Tüzük hem koordine edilmiş hem de koordine edilmemiş etkileri kapsamaktadır²⁹². 139/2004 sayılı Tüzük ile uygulamaya konulan SEIC testi ile, birlikte hakim durumda olmasalar bile oligopol pazarlarda koordine halinde olmayan etkilerin dahi bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmaktadır²⁹³.

Komisyon SEIC testinin uygulamaya nasıl yansıtacağını açıklayabilmek için Yatay ve Yatay Olmayan Yoğunlaşmalar Duyurusu olmak üzere iki duyuru yayınlamıştır. Bu duyurularla amaçlanan, yeni uygulamanın ayrıntılarını belirlemek, farklı uygulama ve kararların çıkmasını engellemek yanında, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsleri nelerle karşılaşacakları konusunda bilgilendirmek ve yoğunlaşma işleminden önce bu uygulamalara ilişkin gerekli önlemleri almalarını sağlamaktır. Komisyon, Yatay Yoğunlaşmalar Duyurusu'nda, yoğunlaşma sonucunda pazarda büyük bir güce sahip olunmasına rağmen bu gücü kullanamayabileceği, yoğunlaşma sonunda hakim durum oluşmasına rağmen bunun aynı zamanda tüketicinin refahını arttırıcı bir etki doğurması yada yoğunlaşma sonrasında oluşan pazar yapısının, yoğunlaşmadan önceki pazar yapısını engellemediği hallerde de ortaya çıkabilecek olması sebebiyle, sadece hakim durum incelemesinin yapılmasının hatalı sonuç doğurabileceğine karar vermiştir²⁹⁴. Yatay Olmayan Yoğunlaşmalara ilişkin Duyuru'da ise, bir yoğunlaşmanın rekabeti etkileyip etkilemediğinin anlaşılabilmesi için, yeterli derecede pazar gücüne ulaşmış ulaşılmadığı, bu durumu kullanarak bir faaliyette bulunup bulunmama olasılığı ve bu tür bir faaliyetin rekabete ve tüketici refahına etki edip etmeyeceği olmak üzere üç kriter kullanılmaktadır²⁹⁵. Dolayısıyla

²⁹² P. Craig, G. De Burca, 2007, s.1065.

²⁹³ The EU Merger Regulation, par.25.

²⁹⁴ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.44.

²⁹⁵ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.48-49.

sadece hakim durum oluşturulması yoğunlaşmanın önünde engel durum olarak nitelendirilmemekte, asıl olarak rekabetin ve buna bağlı olarak tüketici refahının etkilenip etkilenmediğine bakılmaktadır²⁹⁶.

139/2004 sayılı Tüzük'te yer alan SEIC sistemi, pazardaki etkilerin sayısal olarak değerlendirilmesinde somut yöntemlerin dışına çıkılması nedeniyle eleştirilse de, yatay yoğunlaşmalara ilişkin duyurularda kullanılan kriterler dikkate alındığında, SEIC testinin, rekabetin nihai hedefi olan tüketici refahının sağlanabilmesi için sınırları en aşağıya çekerek, kontrol alanını genişlettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yolla daha rekabetçi ve dolayısıyla tüketici refahının daha üst düzeyde olduğu bir kontrol mekanizması yaratılmaktadır.

5.2. Koşullu İzin

Komisyon'un vereceği kararlar yukarıda belirtildiği gibi olup, Komisyon'a bildirilen yoğunlaşmalar, Tüzük kapsamında benimsenen test doğrultusunda, yoğunlaşmanın gerçekleştirileceği ilgili pazardaki rekabeti, başta hakim durumun yaratılması veya güçlendirmesi olmak üzere önemli ölçüde zayıflatabileceğinden yasaklanabilmektedir. Ancak ilgili pazardaki rekabeti önemli derecede etkileyen her yoğunlaşma yasaklanmamaktadır. Bir yoğunlaşmanın bütünleşme göstermesi bu tür yoğunlaşmaların mutlaka yasaklanacakları anlamına gelmemektedir. Önemli olan yoğunlaşma sonrasında pazarda yaratılan etkilerin veya değişikliklerin etkin rekabeti önemli derecede etkileyip etkilemediğidir. Örneğin, Komisyon GDF ile Centrica şirketlerinin SPE, ALG Negoce SA ve Luminus şirketleri üzerinde ortak kontrole

²⁹⁶ R. Ö. Arıtürk, 2008, s.49.

sahip olmasının hem yatay hem de dikey bütünleşme yarattığına, bu bütünleşmenin pazarda ikinci büyük şirketi oluşturacağına²⁹⁷; ancak piyasanın geneline bakıldığında, pazar payı artışının düşük olması nedeniyle etkin rekabeti önemli derecede sınırlandırmadığına, bu nedenle de yoğunlaşmanın gerçekleştirilir nitelikte olduğuna karar vermiştir. Buna benzer olarak, her ikisi de Hollanda da petrol sektöründe faaliyet gösteren şirketler olan Petroplus International B.V. ve European Petroleum Holdings N.V. (EPH) şirketlerinin birleşmesi işlemine, yoğunlaşma nedeniyle pazarda meydana gelecek olan pazar payı artışının çok küçük olması ve birleşen şirketin tüm pazarlarda birçok büyük şirketle rekabet etmek zorunda kalacağı gerekçesiyle izin verilmiştir. Yani, yoğunlaşma taraflarının pazar paylarının düşük olması ve ilgili pazarda rekabet içerisinde oldukları başka şirketlerin de bulunması, bir yoğunlaşmanın ilgili pazarda rekabet endişesi yaratmamasının gerekçesi olabilmektedir. Bir başka örnek olan, İspanyol şirketi Viesgo'nun²⁹⁸, Alman şirket E.ON tarafından devralınması işlemine, benzer gerekçelerle izin vermiştir. Buna benzer olarak, NWR Energy'nin Dalkia Ceska Republika tarafından devralınması işleminde, Komisyon, elektrik dağıtım pazarının, elektrik üretimi, toptan ve perakende satışı, bakım ve onarım teknolojileri ile dikey bütünleşme arz etmesi açısından rekabetin etkilendiğini belirtmiş, ancak belirtilen pazarlarda yeteri miktarda rakip olması ve pazar paylarının düşük olması sebebiyle rekabeti olumsuz yönde etkileyecek sonuçlar doğurmayacağına karar vermiştir.

Yoğunlaşma işlemlerinin rekabet üzerindeki etkileri, her somut olayda yukarıdaki örnekler gibi kolayca çözümlenememektedir. Yoğunlaşmalar Tüzüğünde bu gibi durumlarda uygulanabilecek bazı ara yollara yer verilmiştir. Buna göre,

²⁹⁷ Söz konusu pazar, Belçika; pazarda bulunan diğer şirketler ise Distrigaz ve Electrabel'dir.

²⁹⁸ Belirli faaliyetleri İspanyol enerji şirketi Endesa'ya ait Viesgo, İtalyan enerji şirketi Enel tarafından kontrol edilmektedir.

Tüzüğün 6(2) ve 8(2) maddeleri uyarınca, Komisyon yoğunlaşma taraflarının yerine getirecekleri bazı koşullarla veya değişikliklerle yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu olduğuna karar verebilmektedir. Bu durumda yoğunlaşmanın tarafları, rekabeti bozucu olası etkileri ortadan kaldıracabilecek ve Komisyon’u yoğunlaşmaya izin vermesine ikna edebilecek bazı çözüm önerilerinde bulunmaktadır. Ancak, Komisyon bu koşulları tek taraflı olarak belirleyememekte, başka bir ifade ile Komisyon’un öngöreceği koşullar, yoğunlaşma taraflarınca verilen taahhütler ve teklifler üzerine yapılmaktadır²⁹⁹. Bu durum EDP kararında açıkça belirtilmiş olup, bu kararda yoğunlaşma işleminin tarafı olan teşebbüslerin getirecekleri taahhütlerin bu teşebbüsler tarafından talep edilmesi gerektiğine, aksi takdirde Komisyon’un kendi inisiyatifine bağlı olarak bu taahhütlerde değişiklik yapmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir³⁰⁰. Yoğunlaşma taraflarının, rekabet endişelerini ortadan kaldıracak nitelikte önerilerde bulunmamaları halinde, Komisyon ilgili yoğunlaşmanın Birlik müktesebatına aykırı olduğuna karar verecektir. Enerji piyasalarına ilişkin birçok kararda Komisyon bu yöndeki iradesini açık bir şekilde ortaya koymuştur. Buna örnek olarak, ileride incelenecek olan *EDP/ENI/GDP* kararı gösterilebilir.

Komisyon’un, yoğunlaşmanın taraflarınca getirilen önerilerin pazardaki rekabetin korunacağı ya da tüketici menfaatlerini koruyacak şekilde değiştiğini kabul etmesi halinde, yoğunlaşmaya koşullu olarak izin verebilmektedir. Yani, tarafların getirdikleri taahhütler rekabet endişelerini tamamen ortadan kaldırmalı ve her açıdan

²⁹⁹ Notice on Remedies, par. 6; bkznz. IDM Case T-210/01 *General Electric v. Commission* [2005] ECR II-5575; CJI Case T-87/05 *EDP v. Commission* [2005] ECR II-3745.

³⁰⁰ Notice on Remedies, par. 6, 85.

uygulanabilir niteliklere sahip olmalıdır³⁰¹. Bu tür yükümlölükler yoğunlaşma taraflarının Komisyon'a verdikleri taahhütlerin uygulanmasını sağlamayı amaçlamakta; yani, böyle bir durumda yoğunlaşmaya ancak Komisyon'un getirdiği koşul ve yükümlölüklerin kabulü ile izin verilmektedir³⁰². Koşullu izin olarak tanımlanan bu halde yoğunlaşma ortak pazar ile uyumlu ilan edilecektir. Bunların yanında; Komisyon gerekli görürse bu kararına başka şart ve yükümlölüklerde ekleyebilmekte, bu şart ve yükümlölüklerin yerine getirilmemesi halinde ise verdiği izni geri alabilmektedir³⁰³. Bu doğrultuda, yoğunlaşmanın öngörülen belirli düzenlemeler yapıldıktan sonra ortak pazardaki rekabet için artık bir tehdit oluşturmadığına, dolayısıyla, ilgili yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu olduğuna karar verilecektir. Başka bir ifadeyle, koşullu izin ile ortak pazar ile uyuşmadığı gerekçesiyle hakkında soruşturma açılacak hatta tamamlanmasına izin verilmeyecek bir yoğunlaşma işleminin, yoğunlaşmanın tarafını oluşturan teşebbüsler tarafından verilen taahhütler sayesinde izin alabilmesine imkan vermektedir³⁰⁴. Verilen taahhütlerin şüpheleri gidermediği ve rekabet üzerindeki etkileri kaldırmadığı sonucuna ulaşılması halinde, teşebbüslere önceki tekliflerinde şüpheleri giderecek nitelikte değişikliklerin yapıpıp tekrar sunulması imkanı verilebilmektedir³⁰⁵.

Taraflara bu taahhütlerini sunmaları için bazı süreler verilmiştir. Buna göre ön inceleme aşamasında da, daha detaylı incelemeyi içeren soruşturma süresince de

³⁰¹ Bununla birlikte, yoğunlaşma tarafı olan teşebbüslerin bu koşulları yerine getirip getirmediğini ise kontrol etmektedir.

³⁰² İKV, 2002, s.33.

³⁰³ Şart ve yükümlölükler arasındaki en önemli fark; şartın yerine getirilmemesi halinde yoğunlaşma işlemi Komisyon tarafından onaylanmamış sayılması, yükümlölüğün yerine getirilmemesi halinde ise, Komisyon'un yoğunlaşmanın uygunluğuna ilişkin olarak verdiği karardan vazgeçip vazgeçmemesi veya yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslere ceza verilmesinin, Komisyon'un kendi takdirinde olmasıdır; O. Şenyücel, **AT Komisyonu'nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar**, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Cilt:10, Sayı:2, Nisan-2009, s.88.

³⁰⁴ H. Ulu, 2004, s.25.

³⁰⁵ H. Ulu, 2004, s.26.

taahhütlerde bulunulabilir³⁰⁶. Ancak, Komisyon'un belirlenen zaman içerisinde karar verebilmesi için tarafların bu taahhütleri sunmakta geç kalmaması gerekmektedir³⁰⁷. *Shell/BASF* kararında özellikle değinildiği gibi, bildirimde bulunulmadan önce yoğunlaşmanın taraflarını oluşturan teşebbüslerin, Komisyon ile iletişim içerisinde olması ve ilgili yoğunlaşmanın karşılaşılabilecek problemler önceden tespit edilerek, bunlara uygun çözüm yolları geliştirebilmesi gereklidir. Bildirim öncesi Komisyon organları ile yoğunlaşmanın tarafları arasında yapılan gayri resmi bu toplantılarda, taahhütlerin neler olacağı ve bunların yeterli olup olmadığı görüşülmekte, dolayısıyla hem yoğunlaşmanın tarafları hazırlıklı olarak bildirimde bulunmakta, hem de Komisyon nasıl bir bildirim ile karşılaşacağını önceden bilmektedir. Her iki aşama içinde belirtilen bildirim sürelerinin, herhangi bir bildirim yapılmadan aşılması halinde tarafların taahhütlerini sunma imkanları kalmamaktadır. Ancak Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde bu sürelerin geçilmesinden sonra yapılan bildirimlerin kesinlikle kabul edilmeyeceğine ilişkin bir yükümlülük bulunmadığından, Komisyon, somut durumun koşullarına göre yapılan taahhüt bildirimlerini kabul edebilmektedir. Buna göre, Komisyon daha önce yapılan taahhütlerin düzeltilmesine ilişkin bildirimini kabul edip etmeyeceğine karar verirken, süre aşımından sonra sunulan taahhütlerin uygulamaya konulması ile ilgili yoğunlaşma işlemi için belirlenen rekabet endişelerini tam ve tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortadan kaldıracak

³⁰⁶ Ön inceleme aşamasında, Komisyon'a bildirim tarihinden itibaren 20 iş günü içerisinde tarafların taahhütlerini içeren bildirimlerini sunması gerekmektedir. Bu süre içerisinde taahhüt bildiriminin yapılması durumunda, Komisyon'un bildirim konusunda karar vermesi için öngörülen 25 günlük süre 35 güne çıkmaktadır (The EU Merger Regulation, m. 10(1)). Bildirimi yapılan yoğunlaşmanın daha ayrıntılı olarak incelendiği ikinci aşamada ise, bu aşamanın başlamasının ardından 65 iş günü içerisinde tarafların taahhütlerini Komisyon'a sunmaları gerekmektedir. Eğer taraflar taahhütlerine ilişkin bildirim 55 iş günü içerisinde sunarlarsa, Komisyon'un karar verme süresi 90 iş gününe, 55. iş gününde veya sonrasında sunarlarsa 105 iş gününe çıkacaktır (The EU Merger Regulation, m. 19(2)). Ancak taahhütlerin ilk aşamada (Phase I) sunulması ciddi çekinceleri ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır ki, pazarın derinlemesine incelendiği ikinci aşamaya (Phase II) geçilmeden yoğunlaşmaya ilişkin olarak olumlu bir karar verilebilsin; Notice on Remedies, par. 18.

³⁰⁷ Notice on Remedies, par. 82.

niteliklerde olup olmadığını ve Komisyon'un bunları göz önünde bulundurarak karar verebileceği zamanın bulunup bulunmadığını dikkate almaktadır³⁰⁸. Bu koşulları karşılıyor ise, Tüzük ile belirtilen sürelerin aşılmasından sonra sunulan taahhüt bildirimleri kabul edilebilmekte, bu koşulları karşılamayan bildirimleri ise reddetmektedir. Örneğin, *TotalFina/Elf* incelemesinde süre aşımından sonra yapılan değişiklik talebi kabul edilmiş; ancak *ENI/EDP/GDP* incelemesinde bir kısım düzeltme talebi kabul edilirken, bir kısım talep ise belirtilen koşulları karşılamadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir.

Komisyon'un verilen taahhüdü kabul etmesi ve koşullu izinin gerçekleşebilmesi için taahhüdün çeşit, kapsam ve ölçek bazında ilgili pazarın yapısına uygun olup olmadığı belirlenmekte, rekabeti bozucu etkiyi ortadan kaldıracak nitelikteki taahhütlerin ise kısa bir zaman diliminde gerçekleştirilebilecek olması gerekmektedir³⁰⁹. Kısaca, teşebbüslerce getirilecek olan önerilerin ve bu kapsamda verilen taahhütlerin rekabet sorununu açıkça giderecek nitelikte kesin ve kalıcı çözümler olması, bunun uygulamaya nasıl yansıtılacağı ve etkilerinin net bir şekilde açıklanması, hatta rekabet sorunu bulunan pazarlarda çok geniş kapsamlı şekilde hazırlanması gerekmektedir. Bu mekanizma olmadan, getirilen taahhüdün işlerliğini takip etmek, işlemiyorsa iptal etmek mümkün olmayacak; bu durumda da Komisyon yoğunlaşma taraflarınca getirilen taahhüdü kabul etmeyebilecektir. Benzer bir durum *ENI/EDP/GDP* incelemesinde yaşanmıştır.

Komisyon tarafından kabul edilen koşullar çeşitli şekillerde olabilmektedir. Ancak genel bir ayırım yapmak gerekirse doktrinde yapısal ve davranışsal koşullar

³⁰⁸ Notice on Remedies, par. 94.

³⁰⁹ Notice on Remedies, par. 12, 13. Ayrıca bkz. O. Şenyücel, 2009, s.78-79; Komisyon, taahhütlerin 'kapsamlı ve etkin' olmalarına ilişkin gerekliliği özellikle General Electric (2005, T-210/01) ve EDP (2006, T-87/05) kararlarında dile getirmiştir.

olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır³¹⁰. Koşullu İzne İlişkin Duyuru’da ise bu ayırım yapısal ve davranışsal koşullar yerine ayrıştırma ve diğer koşullar olarak yapılmaktadır³¹¹. Yapısal ve davranışsal koşullar arasında bir ayırım yapmak gerekirse, yapısal koşullar, teşebbüslerin belirli malvarlıklarını devrettikleri genellikle ayrıştırma usullerinin uygulandığı ve sonuçlarının daha çabuk görülebildiği koşullardır. Davranışsal koşullar ise lisans devri, uzun süreli sözleşmelerin devri veya ayrıştırılan teşebbüsün belirli bir süre geri alınmaması, fiyatların sabit tutulması gibi, işlemin gerçekleştirilmesinden sonra takip edilmesi gereken koşullardır. Ancak davranışsal koşullar, rekabet endişelerini ortadan kaldırıp kaldırmadıklarının belirlenmesi için izleme sürecine ihtiyaç duymamakta; sürecinin tamamlanması ile son bulmamaktadır.

Yapısal koşulların başında ayrıştırma gelmektedir. Bir ayrıştırma taahhüdünün kabul edilebilmesi için, yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkacak olan teşebbüs yapısının ayrıştırılan kısmının tek başına piyasada faaliyet gösterebilecek nitelikte olması gerekmektedir³¹². Bu nedenle ayrıştırılan kısmın faaliyet gösterebilmesi için gerekli olan tüm maddi ve gayri maddi malların devredilmesi ve bu işlemlerin kapsamının Komisyon’a ayrıntılı şekilde açıklanması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda, ayrıştırılan teşebbüsün piyasada faaliyet gösterebilmesini

³¹⁰ Bununla beraber, ayrıştırmanın önemli bir tedbir mekanizması olarak kullanılması nedeniyle, tedbirlerin ayrıştırma, yapısal ve yapısal olmayan olmak üzere üçe ayrılarak incelendiği çalışmalar da bulunmaktadır; O. Şenyücel, 2009, s.83.

³¹¹ Yapısal tedbirler arasında yer alan ayrıştırma, rekabeti bozucu etkileri en uygun şekilde gideren yöntem olarak görülmekte, bu nedenle ayrı bir madde olarak ele alınmakta, genel olarak yapısal ve yapısal olmayan/davranışsal tedbirler arasındaki ayırım ise bunların denetleme sürelerine göre yapılmakta, kısa vadeli denetim gerektiren tedbirler yapısal, bunu aşan sürelerde denetim gerektiren tedbirler ise yapısal olmayan/davranışsal tedbirler olarak değerlendirilmektedir; O. Şenyücel, 2009, s.84-85.

³¹² Örneğin, *Exxon/Mobil* davasında, Mobil’e bağlı olan havacılık yağı iş kolunun bu teşebbüs ile çok bütünleşmiş olması nedeniyle devrinin istenen sonucu vermeyeceği ancak Exxon’un havacılık yağı kolunun devri halinde oluşan yeni teşebbüse etkin bir rakip olabileceğine karar verilmiştir. H. Ulu, 2004, s.46.

sağlayabilmek için, devreden teşebbüsler ile olan ilişkisinin belirli bir süre devam edebileceği öngörülebilmekte³¹³, fakat ilişkinin ayrıştırılan teşebbüsün bağımsızlığını etkilemeyecek nitelikte olması gerekmektedir.

İzlenebilir olması ve sonuçlarını çok kısa zamanda gösterebilecek olması nedeniyle ayrıştırma, en çok kabul gören taahhütlere aittir. Ayrıştırma, özellikle yatay bütünleşmeler nedeniyle oluşan rekabet endişelerini ortadan kaldırmada çok etkili bir yöntem olup, dikey veya aykırı yoğunlaşmalarda da önemli bir çözüm yolu olarak uygulanmaktadır³¹⁴. Örneğin *EON/MOL* ve *DONG/Elsam/Energia E2* incelemelerinde, ilgili yoğunlaşmaların rekabeti önemli ölçüde etkilemeyeceklerine karar verilmesinin en büyük, beklide tek sebebi, yoğunlaşma taraflarının uygulamakla yükümlü oldukları ayrıştırma hükümleridir.

Ayrıştırma işlemi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, bir işletmenin tamamını kapsayacağı gibi sadece bir iş kolunun devri ile de gerçekleştirilebilmektedir. Bununla beraber, ayrıştırılan teşebbüsün bazı bölümlerinin ayrıştırılmadan muhafaza edilmesine (carve-out), personelin, müşteri bilgilerinin, lisans ya da markaların da ayrıştırma yanında devredilmesine karar verilebilmektedir. Bu bağlamda Komisyon'un verilen taahhüdün rekabet endişelerini giderecek nitelikte olduğuna ikna edilebilmesi için ayrıştırma paketinin içerisinde yer alan malvarlığı, marka ve lisans devrini içeren paketin ayrıştırılan teşebbüsün uygun alıcı elinde varlığını sürdürebilecek nitelikler arz etmesi gerekmektedir³¹⁵. Bunların yanında, çok nadiren uygulanıyor olsa da, Komisyon belirli bir zaman dilimi içerisinde lisans sahibinin, ilgili ürünü yeniden markalandırmasına (re-branding)

³¹³ Notice on Remedies, par. 27-28.

³¹⁴ Notice on Remedies, par.17.

³¹⁵ Notice on Remedies, par. 37. Lisans için uygun bir lisansör bulunamaması halinde up-front lisans veya fix-it-first yöntemleri uygulanabilmektedir.

imkan verecek şekilde zaman sınırlandırmalı lisans devri yapılmasına izin verilebilmektedir³¹⁶. Bu yöntem, piyasada doğuracağı sonuçların kesin olmaması nedeniyle pek tercih edilen bir yöntem olmamaktadır.

Ayrıştırma uygulamasının enerji piyasalarına nasıl yansıdığını görebilmek için, temel nitelikte olan kararların daha ayrıntılı şekilde incelenmesinde yarar vardır. Bu kararların başında Alman enerji grubu E.ON'un, Macar petrol ve doğalgaz şirketi MOL'un doğalgaz toptan satış ve depolama faaliyetlerini yürüttüğü iki teşebbüsünü (MOL WMT ve MOL Storage) devralması işlemi gelmektedir³¹⁷. Komisyon, ilgili yoğunlaşmanın Macaristan piyasalarındaki rekabeti önemli derecede etkileyeceği ve iki şirketin faaliyetleri arasında hem yatay hem de dikey anlamda bir bütünlük yaratacağı gerekçesiyle inceleme başlatmıştır. Birinci aşamadan (Phase-I), ikinci aşamaya (Phase-II) geçilmesinin temel nedenleri arasında yoğunlaşma sonucunda, E.ON'un doğalgazın toptan temini bakımından dikey olarak yoğunlaşmasına neden olacağı, bunun yanında devralma sonrasında Macaristan pazarında mevcut hakim durumun güçlenmesi nedeniyle doğalgaz ve elektrik altyapı pazarlarında rakiplerin piyasanın dışında kalmasına ve toptan satış pazarındaki mevcut rekabet potansiyelinin azalmasına neden olabileceği yer almaktadır³¹⁸. İnceleme sırasında E.ON çeşitli taahhütlerde bulunmuştur. Bu taahhütlerden ilki, MOL tarafından yürütülen, tüm doğalgaz üretim ve iletim faaliyetlerinde ve E.ON tarafından elde edilen doğalgaz toptan satış ve depolama faaliyetlerinde MOL grubunun MOL WMT

³¹⁶ Bu koşulun kabul edilebilmesi için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre; devredilecek markanın bilinen bir marka olmalı ve yeniden markalama döneminde ayakta kalabilecek olmalı; üretim veya dağıtım için gerekli olan malvarlığının veya know-how'ın devri yapılmalı; lisans kendine has ve kapsamlı olmalı ve belirlenen süre, yeniden markalama için yeteri kadar uzun olmalıdır.

³¹⁷ Case No. COMP/M.3696, 21.12.2005.

³¹⁸ Bu devralma ile E.ON, MOL'un sahip olduğu toptan satış, ticaret ve pazarlama aktiviteleri ile depolama aktivitelerine sahip olmasının yanında, MOL ile Gazprom şirketinin ortaklaşa sahip olduğu Panrusgaz'in hisselerini de elde edecektir.

ve Storage şirketlerinde bulunan azınlık hisselerinin ayrıştırılması, yani tam bir mülkiyet ayrıştırmasının gerçekleştirilmesidir. Bir diğer taahhüt ise, E.ON'un önemli miktarda doğal gazı bırakmasıdır. Bu kapsamda E.ON 8 yıllık bir gaz salınım programı uygulayacak ve MOL E&P ile olan 10 yıllık doğalgaz tedarik sözleşmesinin yarısını ayrıştıracaktır³¹⁹. Bu sayede pazara diğer aktörlerin girmesinin yolu açılacaktır. Komisyon, yaptığı detaylı incelemenin sonunda ve tarafların yapmayı taahhüt ettikleri işlemlerin neticesinde devralma işlemine izin vermiş, söz konusu taahhütlerin yerine getirilmesiyle toptan satıcıların ve tüketicilerin ayrımcı uygulamalara maruz kalmadan ve tarafsız şekilde kaynağa ulaşabilme imkanının tanındığını belirtmiştir.

Ancak, Komisyon, 2004 yılında GDP'nin EDP ve ENI tarafından devralınması işlemini yasaklamıştır³²⁰. Yoğunlaşmanın tarafı olan EDP (Energias de Portugal) Portekiz'de faaliyet gösteren elektrik operatörü olup, üretim, dağıtım ve tedarik olmak üzere neredeyse tüm aşamalarda faaliyet göstermekte ve İspanyol şirketleri aracılığıyla İspanya'da da elektrik ve gaz faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bir diğer taraf olan ENI ise, uluslararası düzeyde enerji tedarikinin ve dağıtım ağının her aşamasında faaliyet göstermektedir. Bu iki teşebbüsün devralmak istediği GDP (Gas de Portugal) şirketi ise Portekiz'de doğal gazın her aşamasında faaliyet göstermektedir. Bununla beraber GDP ithalat depolama, taşıma, toptan satış alanlarında Portekiz'de bulunan altı yerel doğalgaz dağıtım şirketlerinden beş tanesine sahiptir, diğer yerel dağıtım şirketi ise EDP'ye aittir. Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, bildirimde bulunulan yoğunlaşmanın EDP'nin toptan ve perakende elektrik pazarındaki hakimiyetini arttıracığına ve bununla birlikte

³¹⁹ Bu gaz salınım taahhüdü, bu tarihe kadar Avrupa çapında yapılmış en uzun süreli ve en kapsamlı (yılda bir milyar metreküp) gaz salınım taahhüdü olmuştur.

³²⁰ Case No. COMP/M.3440, 09.12.2004.

GDP'nin bu pazarlarda rekabet edebilme kabiliyetini ortadan kaldıracığına karar vermiştir. Bunun yanında, doğalgazın elektrik üretiminde kullanılan ana maddelerden biri olması nedeniyle bu yoğunlaşma işlemi sonrasında mevcut bulunan ve gelecekte piyasaya girecek olan üreticilerin, aynı zamanda en büyük rakipleri olan EDP'ye bağlı olacakları bir pazar yapısının ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Bunların yanında, ilgili yoğunlaşmanın, 2003 yılında yürürlüğe giren Elektrik Direktifi ile serbestleşme sürecine giren Portekiz elektrik pazarındaki serbestleşmenin etkilerini azaltıcı sonuçlar doğuracağı; ayrıca hem hane kullanıcılarına hem de sanayi kullanıcılarına uygulanan fiyatları arttıracığı, dolayısıyla tüketici refahına hizmet etmeyeceği ifade edilmiştir. İnceleme aşamasında taraflar, EDP'nin yeni üretim santralleri kurmasını ertelemesi gibi bazı taahhütlerde bulunmuş olsalar da bunlar Komisyon tarafından rekabet üzerindeki etkileri giderebilecek nitelikte kabul edilmemiştir³²¹.

Bu iki yoğunlaşma işlemi birbirlerine benzer gibi görünseler de, Komisyon E.ON/MOL arasındaki işleme taahhütlerin yerine getirilmesi koşuluyla izin verirken, GDP'nin ENI ve EDP tarafından devralınması işlemine, yoğunlaşma taraflarının taahhütlerine rağmen izin vermemiştir. Benzer gibi görünen ancak farklı kararlarla sonuçlanan bu iki yoğunlaşma işlemi arasında bazı farklar bulunmaktadır. EDP/GDP ile E.ON/MOL yoğunlaşma işlemleri arasındaki farklar ise Komisyon tarafından üç başlık altında toplanmıştır³²². Buna göre, ilk fark E.ON/MOL işleminde yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin farklı ülkelerde (Almanya/Macaristan) faaliyet gösteren teşebbüsler olmasına rağmen, EDP/GDP işleminde tarafların aynı ülkede (Portekiz) bulunmasıdır. Bir diğer farklılık ise, E.ON ve MOL şirketlerinin

³²¹ Komisyon'un bu kararı IDM tarafından da onaylanmıştır.

³²² MEMO/05/492.

pazarın aynı aşamalarında faaliyet gösteren firmalar olmamaları, dolayısıyla yatay bir yoğunlaşma yaratmamaları, rekabete ilişkin sorunların dikey yoğunlaşma aşamasında gerçekleşmesidir. Son ve en önemli farklılık ise, E.ON/MOL pazarda yaratabilecekleri önemli rekabet etkilerinin ortadan kaldırılması için tatmin edici bir taahhüt paketi sunarlarken, EDP/GDP'nin yoğunlaşma sonucunda pazarda oluşacak etkilerin ortadan kaldırılması için yapıcı taahhütlerde bulunmamasıdır. Bu iki örnek arasındaki farklılık, taahhütlerin ve bunların içinde yer alan ayırıştırma şekillerinin önemini ortaya koymakta, Komisyon'un inceleme yaparken her somut olayı kendi içerisinde değerlendirdiğinin açık bir örneğini oluşturmaktadır.

Ayırıştırmaya ilişkin bir diğer önemli örnek ise, devlete ait olan ve Danimarka'da doğalgaz piyasasının tüm aşamalarında faaliyet gösteren DONG şirketinin, Danimarka'da elektrik üretimi faaliyeti gösteren Elsam and Enegia E2 (E2) ile Danimarka'da elektrik tedariki faaliyetini yerine getiren Kobenhavns Energy Holding A/S ile Frederiksberg Elnet A/S (KE ve FE) şirketlerini devralmak istemesi ve bu şirketler üzerinde tek başına kontrol hakkına sahip olması işlemidir³²³. Rekabete tamamen açık olan Danimarka elektrik ve doğalgaz piyasalarında gerçekleşecek olan bu yoğunlaşma, DONG şirketinin mevcut piyasalarda bulunan hakim durumunu daha da güçlendireceği, giriş engellerini arttıracacağı, doğalgaz depolama ve tedarik pazarlarında Elsam ve E2'nin DONG karşısındaki rekabetinin sona ereceği, elektrik pazarında da DONG şirketinin potansiyel bir rakip olma ihtimalinin de ortadan kalkacağı, bu nedenlerle de rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceğine ilişkin önemli şüpheler taşıdığı gerekçesiyle incelemeye alınmıştır. Değerlendirmeler sırasında DONG birçok yapısal taahhütte bulunmuştur. Buna göre,

³²³ Case No. COMP/M.3868, 14.03.2006.

DONG, sahip olduğu doğalgaz depolama tesislerinden en büyük iki tanesini tamamen ayrıştırarak ve doğalgaz salınımına ilişkin bir program uygulayacaktır. Mülkiyet ayrıştırmasının yanında yapılacağı taahhüt edilen program uyarınca, 2005 yılında Danimarka'nın gaz talebinin %10'unun satışı gerçekleştirilecektir. 7 yılda tamamlanacak olan bu program toplamda 400 milyon m³ doğalgazın satışını i ermektedir³²⁴. Bu taahhütler ile Danimarka doğalgaz depolama pazarında faaliyet gösterecek ikinci büyük rakip yaratılmış olacak, gaz satışı ise piyasaya yeni aktörlerin girmesini sağlayacaktır. Bu taahhütlerin, ilgili yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkabilecek olumsuz etkileri ortadan kaldıracabileceğine karar verilmesini sađlamıştır³²⁵.

2006 yılında gerçekleştirilen enerji piyasalarındaki ayrıştırmaya ilişkin bir diğer  rnek Gaz de France ile Suez şirketlerinin birleşmesi iřlemidir³²⁶. Gaz de France (GDF), doğalgaz sektörünün tüm alanları ile birlikte, elektrik üretimi, perakende satışı ve servis hizmetleri alanlarında ve yoğunluklu olarak Belçika ve Fransa'da faaliyet gösteren bir enerji řirketidir³²⁷. Suez ise, GDF gibi, çoğunlukla Belçika ve Fransa'da elektrik ve doğalgaz sektöründe hakim bir şirket olup, bunların yanında, elektrik ve gaz alanında faaliyet gösteren Electrabel, gaz alanında faaliyet gösteren Distrigaz, doğalgaz altyapı projeleri yürüten Fluxys gibi başka yoğunlaşma

³²⁴ İki aşamada gerçekleştirilecek olan satış işlemi, Danimarka bağlantı noktası GTF ile Kuzey Avrupa bağlantı noktaları NBP (İngiltere), TTF (Hollanda), ZBT (Belçika) ve BEB-VP (Almanya) arasında yapılacaktır.

³²⁵ Bu yoğunlaşma işlemine paralel olarak Finlandiya, Almanya ve Polonya'da elektrik pazarında faaliyet gösteren İsveç devletine ait Vattenfall, Elsam ve E2 şirketlerinin bazı mal varlıklarını almak için işlem başlatmış ve Komisyon'a bildirimde bulunmuştur. Komisyon  zellikle İsveç, Danimarka ve Almanya'daki pazarları dikkate alarak incelemede bulunmuş ve bu yoğunlaşma işleminin NordPool (Kuzey Avrupa elektrik değişim bölgesi) bölgesindeki fiyatlar üzerinde, önemli etkileri olup olmayacağını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmelerinin sonucunda, Vattenfall'ın pazardaki yapısının g  lenmeyeceği ve bu gücünün fiyatlar üzerinde ciddi bir etki yaratmayacağı, dolayısıyla ilgili pazarda rekabeti bozucu bir etki yaratmayacağı için izin vermiştir.

³²⁶ Case No. COMP/M.4180, 14.11.2006.

³²⁷ Bunun yanında, Belçika elektrik ve gaz piyasasında ikinci büyük şirket olan SPE  zerinde Centrica ile birlikte ortak kontrolü bulunmaktadır.

işlemlerine taraf olmuş şirketlerinde sahibidir. Komisyon ilk değerlendirmesinde, GDF ile Suez'in birleşmesi işleminin, yoğunlaşmanın tarafı olan şirketlerin mevcut hakim durumlarını daha da kuvvetlendireceği, Belçika ve Fransa piyasalarında birbirleri üzerinde gittikçe artan rekabet baskısının ortadan kaldıracağı, örneğin GDF'nin Belçika'da en büyük rakipleri olan, Suez şirketinin bağlı kuruluşları Distrigaz ve Electrabel arasındaki rekabetin ortadan kalkacağı gerekçeleriyle ilgili pazarlardaki etkin rekabetin önemli derecede etkilenebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Bununla birlikte, ilgili birleşme hem Belçika hem de Fransa pazarlarında önemli giriş engelleri yaratacak, üçüncü kişilerin alt yapı olanaklarına ulaşmaları, bu alt yapıların tek bir şirket elinde bulunacak olması nedeniyle etkilenebilecek ve yatay yoğunlaşmanın etkilerini arttırılabilecektir. Yoğunlaşma taraflarının sunduğu taahhütler uyarınca, Suez, bağlı kuruluşu olan Distrigaz ile ilişkilerini ayrıştıracak ve Fluxys üzerindeki kontrol yetkisinden vazgeçecektir. Bununla birlikte GDF ise SPE üzerindeki hisselerinin ayrıştırılmasını sağlayacaktır³²⁸. Bunların yanında, yine birleşme sonrasında doğabilecek önemli rekabet etkilerinin ortadan kaldırılması, altyapı olanaklarının geliştirilmesi ve yeni aktörlerin de pazara girmesinin kolaylaştırılması amacıyla yatırım projeleri gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda Zeebrugge bağlantı noktası geliştirilecek ve bağımsız bir operatör tarafından işletilecektir. Bu taahhütler özellikle mülkiyet ayrıştırması ve alt yapı olanaklarının arttırılması gibi yapısal çözümler getirmesi bakımından önem taşımakta, bu nedenle de rekabeti önleyici etkileri ortadan kaldırmaktadır.

³²⁸ GDF bunun dışında bölgesel ısıtma pazarında faaliyet gösteren bağlı kuruluşu Cofathec Coriance ile olan bağlarını da ayrıştıracaktır.

VEBA/VIAG kararı da, yukarıda incelenen kararlardan çok daha önce verilen ve enerji piyasasındaki ayrıştırmalar açısından önem taşıyan bir karardır³²⁹. VEBA ve VIAG şirketleri elektrik, doğalgaz, petrol, kimyasallar, telekomünikasyon, su, atık, demir ticareti ve lojistik olmak üzere birçok pazarda ve bu pazarların birçok aşamasında faaliyet gösteren şirketlerdir. Çeşitli alt kuruluşları ile birlikte Alman enerji piyasalarında önemli bir yere sahiptirler. Örneğin, VIAG, alt kuruluşu olan Bayernwerk AG, VEBA ise bağlı kuruluşu olan PreussenElektra AG aracılığıyla elektrik endüstrisinin her aşamasında faaliyet göstermekte ve bu şirketler birbirine bağlı güç şirketleri arasında Almanya’da lider konumda yer almaktadırlar. Yoğunlaşmalar Tüzüğüne tabi olan işlem ise, VIAG’ın VEBA’nın bünyesine girerek tek bir şirket olmasıdır. Komisyon VEBA/VIAG birleşmesini değerlendirirken, aynı dönemlerde Alman yetkili organları tarafından incelenen RWE/VEW birleşmesini de dikkate almış ve her iki birleşme sonucunda pazar yapısında meydana gelecek değişiklikleri ve her iki işlemin taraflarının getirdikleri taahhütler sonunda pazardaki rekabetin nasıl korunmuş olacağını irdelemiştir. Buna göre, Alman bağlantı şirketi VEAG ile linyit üreticisi LAUBAG’ın yoğunlaşmanın tarafı olan şirketlerden ayrılarak bağımsız şirketler olmaları önerisi kabul edilmiştir³³⁰. Zira bu ayrıştırma sonrasında VEAG, VIAG’ın birleşme öncesindeki konumunu devralacak ve pazarda EnBW ile birlikte VEBA/VIAG ve RWE/VEW ile rekabet içerisinde olabilecektir. Bunun yanında pazarda etkin olan VEBA/VIAG ve RWE/VEW şirketleri, geçiş dönemi olarak belirlenen yedi yıllık süre boyunca elektriği VEAG’tan alacaklardır.

³²⁹ Case No. COMP/M.1673, 13.06.2000.

³³⁰ Bunların yanında, VIAG’ın doğrudan ve dolaylı olarak kontrol hakkının bulunduğu VEW şirketi ile VEBA’nın kontrol hakkının bulunduğu Rhenag Rheinische Energie AG şirketindeki hisselerinin satışı ile VEBA/VIAG ile RWE/VEW şirketleri arasındaki bağlantı da koparılmış olacaktır.

Ayrıca, her iki oğunlaşmada, kuzey ve güney bölgeleri arasında yapılan ticaretle iletim ücreti almama koşulu getirilmiştir.

Son olarak, daha yakın tarihli olan ve farklı bir üretim dalının incelenmesi sebebiyle diğer örneklerden ayrılan *EDF/British Energy* kararına değinmekte fayda vardır³³¹. EDF ve British Energy (BE) şirketleri İngiltere’de elektrik üretimi piyasasında faaliyet göstermektedirler. BE nükleer santrallerde ürettiği elektriği sanayi kullanıcılarına satarken, İngiltere’de faaliyet gösteren altı büyük şirket arasında yer alan EDF ise, üretimde kömür ve doğalgazı kullanmakta, hem küçük hem de büyük ölçekli çok sayıda kullanıcıya satış yapmaktadır. Yoğunlaşma işleminin Komisyon'a bildirim öncesinde uzun bir görüşme süresi geçirilmiş ve ilgili ürün pazarı üretim/toptan satış pazarı, ilgili coğrafi pazar ise İngiltere olarak belirlenmiştir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Komisyon, ilgili ürün pazarını belirlerken elektrik üretim kaynakları arasında bir ayırım yapmamıştır. Ancak normal uygulamasından farklı olarak ilgili yoğunlaşmanın incelenmesi sırasında nükleer enerji santrallerinin kurulabilmesi için uygun niteliklere sahip olan arazilerin bulunması bakımından ayrı bir ilgili ürün pazarı bulunduğu belirtilmiştir. İlgili ürün ve coğrafi pazar belirlendikten sonra, üretim ve toptan satış pazarındaki genel duruma bakıldığında, BE şirketinin en büyük üretim şirketi olduğu ve pazarda, kendisini devralmak isteyen EDF'nin de aralarında bulunduğu altı şirket ile rekabet halinde olduğu görülmektedir³³². Komisyon'a göre bu yoğunlaşma sonucunda ilgili pazarda oluşacak olan rekabet engelleri arasında, tarafların elinde bulunan kapasiteyi

³³¹ Case No. COMP/M.5224, 22.12.2008.

³³² Bu şirketler EDF, Centrica, E.ON, RWE, Iberdrola/Scottish Power ve SSE'dir. Sanayi ve ticari kullanıcılar açısından devralma işlemine bakıldığında ise, yoğunlaşma işlemi sonrasında, pazarda rekabet halinde bulundukları şirketler olmasına rağmen, %30-40 arasındaki pazar payı ile tartışmasız lider olacakları belirtilmiştir.

durdurabilmeleri ve bu yolla fiyatların artmasına neden olabilmeleri ile toptan satış pazarının işlerliği üzerinde etkin rol oynayabilmeleri yer almaktadır.

Bu incelemenin sonucundan önce, mevcut duruma ilişkin bazı değerlendirmeler hem piyasaların analizinin yapılabilmesi hem de Komisyon'un değerlendirme yaparken ne gibi etkenleri dikkate aldığını anlayabilmek açısından önem taşımaktadır. Zira söz konusu devralma işleminde İngiltere hükümeti hem kanun koyucu hem de British Energy şirketinin en büyük hissedarlarından biridir. Bu aşamada kanun koyucu olarak nükleer santrallerin kurulmasını teşvik ederken, şirket hissedarı olması sebebiyle, şirketin devri sonucunda önemli miktarda bir gelir elde edecektir. Devralma işleminin, elektrik fiyatlarının önemli derecede arttığı bir döneme denk gelmesi ve İngiltere enerji piyasasının AB içerisindeki rekabete en açık piyasa olması gibi mevcut durum özellikleri diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gereken özelliklerdir.

Komisyon'un bu endişeleri karşısında EDF bir takım taahhütlerde bulunmuş; ancak bunlar mevcut endişeleri kaldırmaya yeterli görülmemiştir. Bunun üzerinde, yeni önerilerde bulunulmuş ve bu kapsamda EDF İngiltere'de sahip bulunduğu iki adet elektrik üretim santralini tamamen ayrıştırmayı; İngiliz toptan satış pazarında sahip olduğu belirli miktardaki (2012-2015 yılları arasında yıllık 5-10TWh) elektriği, İngiltere'de bulunan ve nükleer santrallerin inşası için elverişli bir alanı ihale usulüyle satmayı; yoğunlaşma sonucunda oluşacak şirketin sahip olduğu üç adet bağlantı anlaşmasını sonlandırmayı taahhüt etmiştir. Sunulan bu taahhütler sonucunda Komisyon işleme izin vermiştir³³³.

³³³ Bu inceleme Komisyon tarafından İngiltere elektrik pazarında yapılan, en büyük ve önemli kapsamlı inceleme özelliğini taşımaktadır.

Ayrıştırma sonucunda gerçekleşecek davranışın da Birlik boyutu taşıyıp taşımadığına bakılmalı, var ise bunun içinde ayrıca bildirimde bulunulması gerekmektedir. Örneğin *Exxon/Mobil* birleşmesi, *BP/JV Dissolution* ile *Mobil/JV Dissolution* olmak üzere iki ayrı incelemenin konusu olmuştur³³⁴. Buna benzer olarak, önceden Komisyon’a bildirilmesi zorunlu olmayan bir işlemin niteliğinin değişmesi halinde bildirimde bulunulması gerekmektedir. Enesa’nın ENEL ve Acciona tarafından devralınması işlemi Komisyon’a bildirilmiş³³⁵; sonrasında ENEL, E.ON ve Acciona arasında yapılan bir anlaşma ile, Endesa’ya ait olan üretim santrallerinden birinin ayrıştırılarak E.ON’a devredilmesine karar verilmiştir. Komisyon, işlemin kapsamının değişmesi durumunda bunun yeni bir bildirim gerektirdiğini belirtirken, ilgili yoğunlaşma işlemine ilişkin değerlendirmede, yapılan değişikliğin yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin pazar payları üzerinde çok düşük bir etkisi olduğunu belirtmiştir.

Ayrıştırmanın işlerlik kazanabilmesi ve istenilen sonuca ulaşabilmesi için en uygun alıcıya verilmeside dikkat edilmesi gereken konulardandır. Bu aşamada yapılacak öneriler ve potansiyel alıcıların belirtilmesi, Komisyon için büyük önem taşımaktadır³³⁶. İkinci olarak, alıcının bağımsız olması, devredilecek iş kolu veya işletmenin faaliyet konusunda tecrübesi olması ve bu devrin yeni rekabet problemleri yaratacak bir nitelik taşımaması gerekmektedir³³⁷. İncelenen tüm kararlarda bu unsurlar dikkate alınmakta tek bir kararla dosya kapatılmamaktadır. İlgili taahhüt sonucunda piyasanın nasıl bir yapı arz edeceği önem taşımakta, ayrıştırma süresi,

³³⁴ Notice on Remedies, par. 104. Birlik kapsamında olmasa bile ulusal bazda izne tabi olabilir. Bu durumda, Komisyon’un verdiği onay kararı ulusal rekabet otoritelerinin yetkisini etkilememeli ve bu izinler ayrıştırmanın uygulanmasını önemli derecede geciktirmemelidir.

³³⁵ Case No. COMP/M.4685, 04.06.2007.

³³⁶ Notice on Remedies, par.47-49.

³³⁷ Başka bir ifadeyle, alıcının yeni bir işletme elde etme amacından çok endüstriyel amaçlarla bir işletme elde etme amacında olması gerekmektedir.

taraf lar ve Komisyon'ca belirlenmektedir. Ancak genel olarak bağ layıcı anlaşmanın yürürlüğe girmesi, kapanışın veya gerekli transferlerin, yani ayrıştırmanın tamamlanması aşamasını içermektedir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi aşamasında uygun alıcının bulunması, ikinci kısmında ayrıştırma işleminin en az maliyetle yapılmasını sağlamaktadır. Komisyon 'ilk ayrıştırma dönemi' olarak adlandırdığı ve uygun alıcının arandığı dönem için 6 ay, tarafların ayrıştırma işlemini tamamlayamamaları halinde devreye girecek olan ve 'kayım ayrıştırma dönemi' olarak adlandırdığı dönem için ise 3 aylık süreler öngörmektedir, ancak bu süreler somut olayın niteliklerine göre arttırılabilmektedir³³⁸.

Alıcının belirlenmesi konusunda da benimsenmiş bazı yöntemler bulunmaktadır³³⁹. Uygulanabilecek ilk yöntem ile karardan sonra belirli bir süre içerisinde Komisyon'un onayladığı yöntemlerle ve satın alacak firmaların taşıması gereken özellikler var ise bunlar belirlenerek satışa çıkarılmasıdır. İlk seçeneğe ek olarak, yoğunlaşma tarafları, alıcı ile (up-front buyer) bağ layıcı bir anlaşma yapmadan, bildirilen yoğunlaşmanın kesinlik kazanmayacağını taahhüt edebilmektedirler³⁴⁰. Bir diğer seçenekte ise, Komisyon'un incelemesi sırasında yoğunlaşmanın tarafları, ayrıştırılan iş kolunun kim tarafından alınacağını belirlemekte ve alıcı ile bağ layıcı bir anlaşma (fix-it-first) imzalamaktadır. Yani diğer yöntemlerden farklı olarak, son yöntem ile alıcının kimliği belirlenmektedir. Örneğin, Verbund'un endüstriyel tüketicilere dağıtım faaliyetini yürüten APC'de bulunan kontrol hisselerinin satışı birleşmeden önce tamamlanmıştır. Buna göre, satış geçerli olduğunda ve APC için bulunan alıcı Komisyon tarafından onaylandığında

³³⁸ Notice on Remedies, par. 97.

³³⁹ Notice on Remedies, par. 52-57.

³⁴⁰ Bu yöntem, daha çok üçüncü kişi hakları, ayrıştırılan iş kolunun satış kabiliyeti ve rekabetin korunması konusunda şüphelerin olması halinde uygulanmaktadır.

yoğunlaşma işlemi tamamlanmış olacaktır. Bu da ilgili coğrafi pazarda faaliyet gösteren şirketlerin veya yabancı rakiplerin APC'yi alarak faaliyet alanlarını genişletebilmelerine ve bu pazara girmelerine imkan vermekte ve pazarda mevcut bulunan şirketlerin pazardaki güçleri dengeleyici bir kuvvet yaratmaktadır. Bu yöntemlerin benimsenmesinde de Komisyon, alıcının taşıması gereken temel özellikler yanında, yoğunlaşmanın taraflarınca önerilen taahhütleri en üst düzeyde uygulanabilir kılacak ve ilgili olaydaki rekabet risklerini ortadan kaldıracak çözüm yolları olup olmadığını dikkate almaktadır. Yapısal tedbirlerin uygulanması aşamasında uygun alıcının olmaması tarafları davranışsal tedbirlere yönelmeye zorunlu kılabilirken; yapısal tedbirlerden vazgeçilmesi halinde eski hale getirmek çoğunlukla mümkün olmamaktadır³⁴¹.

Komisyon kararında, ayrıştırma hükümlerinin yanında, bunların gerçekleşmemesi ihtimaline karşı olarak alternatif koşul veya yükümlülükler de getirebilmektedir. Ayrıştırma hükümlerinin yanında, hatta bazı durumlarda ayrıştırmanın etkilerinin devam edebilmesi için, yoğunlaşma sonrasında oluşan yeni teşebbüsün, ayrıştırılan iş kolunun tamamı veya bir kısmını belirli bir süre boyunca geri alamayacağına ilişkin bir hüküm getirilebilmektedir³⁴². Buna göre, Komisyon'un yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsler tarafından yapılan taahhüdün sürdürülebilir olacağı konusunda şüphelerinin bulunması ve ilk taahhüdün gerçekleşmemesi veya belirlenen süre boyunca uygulanamaması halinde yerine getirecekleri ikinci bir koşul üstlenebilmektedirler. “*Crown-Jewel*” olarak tanımlanan bu seçeneğin kabul

³⁴¹ O. Şenyücel, 2008, s.87.

³⁴² Notice on Remedies, par. 43; geri alım süresi genellikle 10 yıl olarak öngörülmektedir.

edilebilmesi için, alternatif ayrıştırma taahhüdünün hangi koşullar altında ve ne kadar bir süre sonunda uygulanacağına ilişkin kesin sınırların belirtilmesi gerekmektedir³⁴³.

Ayrıştırma hükümleri, yoğunlaşmanın tarafları ile rakipleri arasındaki bağlantının, bu bağlantıların yoğunlaşma sonrasında ciddi rekabet endişeleri yaratacak olması halinde koparılması için de kullanılabilir. Örneğin, *VEBA/Degussa* incelemesinde olduğu gibi, bir ortak girişimde bulunan azınlık haklarının, ana rakip ile olan bağlantının ortadan kaldırılması için ayrıştırılmasına karar verilebilmektedir³⁴⁴.

Ayrıştırma, Komisyon tarafından uygulanacak tek koşul ve yükümlülük değildir. Ancak en etkili ve en çok tercih edilenidir. Ayrıştırmadan başka taahhütlerin de Komisyon tarafından kabul görebilmesi için, sonuçları bakımından aynı etkiyi vermesi gerekmektedir. Bunlar arasında enerji piyasalarında en çok uygulanan taahhüt şekilleri ise şebeke ve ağlara erişim, gaz satışı ve uzun süreli anlaşmaların devri yöntemleridir. Üçüncü kişilerin şebeke ve ağlara erişimi ayrımcılık olmadan ve şeffaflık esası uyarınca gerçekleşmelidir. Ancak, Komisyon, pazara yeni rakiplerin girmesiyle pazardaki rekabetin azalacağı düşüncesinde ise, piyasaya girişleri kolaylaştırmak amacıyla şebeke ve ağlara erişimin sağlanmasına karar verebilmektedir. Enerji piyasalarında uygulanan bir diğer taahhüt şekli olan gaz satışı en önemli örneklerini *E.ON/MOL* ve *DONG/Elsam/Energi E2* incelemelerinde göstermiştir. Bunların yanında, benzer olarak, *BP/E.ON*, *Shell/DEA* incelemeleri sonucunda verilmiş, boru hatlarına ulaşımın sağlanmasını içeren kararlar da bulunmaktadır³⁴⁵. Enerji piyasalarında sıkça görülen bir diğer taahhüt ise uzun süreli

³⁴³ Notice on Remedies, par. 44-46.

³⁴⁴ Case No. COMP/IV/M.942, 03.12.1997.

³⁴⁵ Bu tür taahhütler, Komisyon'un bunların uygulanacağından emin olmak istemesi nedeniyle, up-front buyer ve fix-it-first yöntemleri ile desteklenebilmektedir.

anlaşmaların devridir. Bunun gibi, müşterilere belirli aralıklarda uzun süreli sözleşmeleri feshetme hakkı da verilebilmektedir. Yoğunlaşma sonucunda oluşan veya değişen teşebbüs yapısı, sahip olduğu sözleşmeler nedeni ile ilgili pazarda rekabeti bozucu etkiler doğurabilmektedir. Örneğin, üst pazarlarda rakiplerin giriş yapmasını alt pazarda ise tüketiciye ulaşmasını engelleyebilmektedir³⁴⁶. Bu nedenle *ENI/EnBW/GVS* incelemesinde olduğu gibi tüketicilere yaptıkları sözleşmeleri belirli sürelerin sonunda feshetme hakkı tanınması gibi taahhütlerde getirebilmektedir³⁴⁷. Buna benzer olarak, ESB (İrlanda) ile Statoil'in (Norveç) Synergen isimli bir ortak girişim kurmalarına ilişkin olarak Komisyon'a yapılan bildirimde, ortak girişim tarafından üretilen elektriğin satışına ilişkin uzun süreli sözleşmeler rekabet açısından problem yaratmış³⁴⁸; tarafların uzun süreli sözleşmelerin süresinin kısaltılması ve üretilecek elektrik miktarının bir kısmının serbestleştirilmesi koşuluyla işleme izin verilmiştir³⁴⁹.

Alman toptan doğalgaz satış şirketi GVS'nin EnBW ve ENI'nin oluşturacakları bir ortak girişim ile devralmaları işleminde, GVS'nin ve EnBW'nin Almanya'nın Baden-Württemberg bölgesindeki doğalgaz toptan satış pazarındaki payları dikkate alındığında, yoğunlaşma sonrasında GVS'nin hakim durumun önemli derecede güçleneceği bu nedenle pazardaki rekabeti etkileyeceği belirtilmiştir. Ancak yoğunlaşmanın taraflarınca getirilen ve GVF ile EnBW'nin uzun süreli tedarik anlaşmaları yaptığı şirketlere, belirli dönemlerde bu sözleşmelerden feshedebilme imkanının verilmesiyle, yoğunlaşmanın ilgili pazar üzerindeki olumsuz etkilerinin

³⁴⁶ Notice on Remedies, par.67.

³⁴⁷ Bu tür taahhütlerin getirilmesi sırasında Komisyon, bu sözleşmelerin hukuki olarak devredilmesine rağmen, fiili olarak da devam edip etmediğini de incelemektedir.

³⁴⁸ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.126.

³⁴⁹ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.126.

kalkacağına karar verilmiştir³⁵⁰. Önceden resmi yollarda bildirimde bulunmak kaydıyla, 5-10 yıl gibi belirli aralıklarda toptan satış şirketlerinin doğalgazı nihai tüketiciye ulaştıran müşterilerine, uzun süreli tedarik sözleşmesini feshetme hakkı tanınmıştır. Bu şekilde başka şirketlerin piyasaya girmesine olanak sağlayacak bir ortam yaratılmıştır.

Yoğunlaşmaya izin verilebilmesi için öngörülen, planlanan taahhütler, oluşturulan yeni teşebbüsün rekabet edebilir olması veya pazarda bulunan mevcut rakipleri güçlendirecek nitelikte olmaması gereklidir³⁵¹. Taahhütler sonucunda gerçekleştirilecek devir işleminde, devralacak teşebbüsün pazardaki durumu da dikkate alınan konulardandır. Bu konuya verilen önem *Totalfina/Elf* kararında da görülmektedir. Söz konusu yoğunlaşmada, taraflar devir yapmayı taahhüt etmiş, ancak devralacak olan teşebbüslerin pazara yeni girecek olmaları, bu nedenle etkin rekabeti sağlayamayacakları gerekçesiyle işlem reddedilmiştir³⁵². Bu sebeple, Komisyon uygun alıcının belirlenmesi sırasında her bir alıcıyı rekabeti bozucu etkilerin ortadan kaldırılması açısından uygun olup olmadığına göre tek tek değerlendirmektedir.

Komisyon tarafından verilen kararlarda, koşul veya yükümlülüklerin yanında, yeniden değerlendirmeye ilişkin hükümler de yer almaktadır. Daha öncede ifade edildiği gibi, yapısal davranışlar kısa süre içerisinde sonuçlarını doğururken, davranışsal koşullar ise daha uzun süreli izleme hükümlerine ihtiyaç duymakta, bu

³⁵⁰ Bknz. Case No. COMP/M.2822, GVS/EnBW&ENI. Bu kararın verilmesinde bir diğer önemli etken ise, yakın bir gelecekte tamamlanması beklenen bir boru hattı projesinin bulunması ve bunun bir süre sonra uzun süreli tedarik anlaşmasının alımı için piyasaya açılacak olmasıdır. Yoğunlaşmanın tarafı olan şirketlerin müşterilerine uzun süreli sözleşmelerden fesih hakkı tanınmasıyla, pazarda bulunan diğer şirketlerle anlaşma yapma imkanı, başka bir ifade ile rekabet ortamının bozulmaması sağlanmıştır.

³⁵¹ İKV, 2002, s.34.

³⁵² O. Şenyücel, 2008, s. 91; *Totalfina/Elf*, Case No. COMP/M. 1628; Komisyon'un verdiği bu karar Genel Mahkeme (Bidayet Mahkemesi) tarafından da onaylanmıştır.

nedenle de çok tercih edilen bir yöntem olmamaktadır. Yapısal koşulların başında yer alan ayrıştırmaların daha çok tercih ediliyor olmasının nedenlerinden biri, yetkili birimlerce bu koşulların yerine getirilip getirilmediğinin sürekli incelenmesine gerek olmamasıdır³⁵³. Zira iş kolunun bir kısmının veya tamamının veyahutta işletmenin devri gibi yapısal koşullar³⁵⁴, bir kere gerçekleştirmekle yerine getirilmiş olan koşullardır. Bu nedenle sürekli olarak kontrol edilmesine gerek duyulmamaktadır. Her ne kadar en etkin yol olarak öngörülmekte ise de, yapısal tedbirlerin uygulanmasında da problemlerle karşılaşılabilir; örneğin, ayrıştırma işlemlerinde bilgi eksikliği, devir işleminin rekabet edebilme gücünden yoksun teşebbüslere yapılmaya çalışılması, devralacak teşebbüslerin piyasada varlık göstermeleri için gerekli olan bilgilere sahip olmamaları gibi sorunlar çıkabilmektedir³⁵⁵. Yeniden değerlendirme hükmü ise, taahhüdün uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi ile birlikte tarafların talep etmesi halinde, taahhüt sürelerinin veya diğer sürelerin uzatılması, tadili, değiştirilmesi veya feshedilmesi gibi kararların alınmasına imkan vermektedir³⁵⁶. Bir teşebbüsün iş kolunun devri, sadece belirli bir bölgede bulunan ürün pazarı için öngörülebileceği gibi, bir ürün pazarının bölgesel olarak ayrılmasının mümkün olmadığı veya bu ayrımın etkin sonuçlar doğurmadığı durumlarda, ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerin tamamının devredilmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir³⁵⁷. Örneğin, *Totalfina/Elf* kararında³⁵⁸, Lyon ve Toulouse havaalanlarına akaryakıt sağlayıcısı olarak tekel

³⁵³ H. Ulu, 2004, s.37.

³⁵⁴ H. Ulu, 2004, s.40-45.

³⁵⁵ O. Şenyücel, 2008, s.86-87.

³⁵⁶ Uygulamaya bakıldığında ise, değişikliklerin genellikle sürelerin uzatılması şeklinde gerçekleştiği, taahhütlerin feshinin ise çok istisnai hallerde uygulandığı görülmektedir. Ancak, ayrıştırma işlemleri kısa süre içerisinde tamamlandığı ve sonuçlarını göstermeye başladığı için, Komisyon'un gözden geçirme hükmüne dayanılarak yapılan değişiklik taleplerini kabul etmediği görülmektedir.

³⁵⁷ H. Ulu, 2004, 40-45.

³⁵⁸ Case No IV/M.1628, 2000.

oluşturmasını engellemek için, Totalfina'nın yarı hissesinin üçüncü kişilere devredilmesi koşulu getirilmiştir. İş kolunun devri yanında, bir teşebbüsün üretim faaliyetlerini yürüten işletmesinin tamamının, pazarda sadece bir işletmenin bulunması halinde ise bunun bir kısmının devredilmesi de önerilebilecek koşullardandır. *Shell/BASF* kararında³⁵⁹ polipropilen üretim tesislerinin bir kısmı, *Exxon/Mobil* kararında³⁶⁰ ise baz yağ üretim tesislerinin bir kısmının üçüncü kişilere devredilmesi koşulu getirilmiştir. Bir diğer örnek olan, *DONG/Elsam/Energia E2* incelemesinde verilen gaz satış programında, tarafların talebi üzerine değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler, taahhüdün istenilen koşulları sağlaması ve sonucu vermesi için gerekli görüldüğü takdirde talep edilmekte; Komisyon'da tarafları dinledikten sonra aynı amaçla değişikliğin gerekli olup olmadığına karar vermektedir.

Teşebbüslerin koşulları yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi ve koşullarda öngörölmüş olan yükümlölüklerin yerine getirilmesi için kayyım ("trustee") ataması yapılabilmekte³⁶¹, bu atamanın yapılmasında titiz davranılmaktadır. Nitekim Komisyon *General Electric/Honeywell* kararı ile hakemlerin inceleme alanına girmemeye özen gösterdiğini ortaya koymuştur³⁶². Teşebbüslerin kayyıma verecekleri yetkileri belirtmeleri yanında verilen bu yetkilerin öngörölen koşulların yerine getirilmesi için yeterli olması gereklidir³⁶³. Kayyım, Komisyon'un verdiği kararın uygun şekilde yerine getirilip getirmediğini inceler; hatta yoğunlaşmanın taraflarının ilk ayrıştırma döneminde uygun alıcıyı

³⁵⁹ Case No IV/M.751, 2000.

³⁶⁰ Case No. IV/M.1383, 1999.

³⁶¹ Notice on Remedies, par.117-127. Mevcut Duyuru'da öncekinden farklı olarak, hakem müessesesi getirilmiş, ispat yükü yer değıştirmiş, öncesinde Komisyon'da olan ispat yükü taraflara yüklenmiştir.

³⁶² O. Şenyücel, 2008, s.93; General Electric/Honeywell, Case No. COMP/M.2220.

³⁶³ Notice on Remedies, par.126. Nitekim General Electric/Honeywell davasında kayyıma tanınan yetkiler yetersiz bulunmuştur.

bulamamaları halinde devreye girerek, Komisyon yönetiminde ve kendisine verilen yetkiler ve süre çerçevesinde, en az maliyetle ayrıştırma işlemini tamamlar. Bu kapsamda, kayyımlar izleme veya denetleme ve ayrıştırma kayyımı olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İzleme işini yürütecek olan kayyımın Komisyon'un kararının ardından devreye girmesi zorunlu iken, ayrıştırma işini yürütecek olan kayyım tarafların bu işlemi gerçekleştirememesi halinde atanmaktadır. Bu iki kayyım aynı kişi olabileceği gibi farklı kişiler arasından da seçilebilmektedir. Yoğunlaşmanın taraflarınca yapılacak olan bu seçim, Komisyon'un onayına tabidir. Ancak taraflar seçtikleri kayyım adayının yetkilerinin kapsamını ve ilgili işlemleri yapmaya uygun ve ehil olduğunu gösterir bilgileri Komisyon'a sunmakla yükümlüdürler.

Yoğunlaşmalar her zaman etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğurmadığı gibi, doğursa bile, piyasada bazı olumlu etkiler yaratması ya da yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin özel durumları sebebiyle bildirimde bulunulan yoğunlaşmanın tamamlanmasına izin verilebilmektedir. Rekabeti etkileyecek nitelikteki yoğunlaşmalara izin verilmesi için öne sürülen geçerli sebeplerin başında etkinliğin artması, batan teşebbüs savunması, piyasaya giriş kolaylığının ya da piyasada güçlü alıcıların bulunması gelmektedir³⁶⁴.

Bir yoğunlaşmaya, etkin rekabeti önemli şekilde etkileyecek olsa bile, pazardaki etkinliği arttıracak olması sebebiyle izin verilebilmektedir. Bu olumlu sonuçlara örnek olarak daha gelişmiş üretim, dağıtım ve pazarlama olanaklarının veya AR-GE harcamalarının faydalarından yararlanmak gösterilebilir. Ancak bunun

³⁶⁴ Giriş kolaylığı, piyasaya girişlerin kolay olması halinde, o piyasada gerçekleşecek yoğunlaşmaların rekabete olan etkisi azalacaktır. Girişlerin kolay olduğu monopol bir pazarda dahi, hakimiyete sahip olan teşebbüsün hakim durumunu kullanmasına imkan vermeyecek; zira yeni teşebbüslerinin pazara girmesinin önüne geçebilmek için fiyatlar rekabet edilebilir seviyelerde tutulabilmektedir; ALPAY, 2004, s.12.

her zaman geçerli olacağını söylemek mümkün değildir³⁶⁵. Örneğin, *AT&T/NCR* ve *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* gibi incelemelerde bu savunma Komisyon tarafından kabul görmemiştir. Bunun en önemli sebebi ise etkinlik artışının tespitinin ve daha sonrasında kontrolünün çok güç olmasıdır³⁶⁶. Bu nedenle, Komisyon'un ilgili yoğunlaşmanın rekabeti arttırıcı bir nitelik taşıdığı ve bunun tüketici yararına sonuçlar doğurduğuna karar verebilmesi için, yoğunlaşma taraflarının gerçekleşen pazarda etkinliğin artacağına ilişkin doğrulanmış veya doğrulanabilir rakamlarla ifade edilen deliller sunmaları gerekmektedir³⁶⁷.

Batan teşebbüs savunması ise “*artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda bulunan ve pazar dışına çıkması muhtemel bir teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmanın rekabeti önemli ölçüde kısıtlanması durumunda, özel bir değerlendirmeye tabi tutulması görüşü olarak*” tanımlanmaktadır³⁶⁸. Komisyon batan teşebbüs değerlendirmesini yaparken üç unsuru dikkate almaktadır. İlk olarak, batan teşebbüsün, başka bir teşebbüs tarafından devralınmaması halinde, ekonomik zorluklar nedeniyle yakın bir gelecekte pazardan atılıp atılmayacağı dikkate alınmakta; sonrasında ise bildirilen yoğunlaşmadan başka ve daha rekabetçi bir alternatifin olup olmadığı incelenmektedir. Son olarak ise, ilgili yoğunlaşma işleminin yokluğunda batan teşebbüsün varlıklarının piyasadan çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmektedir³⁶⁹.

Giriş kolaylığı ise, bir piyasada faaliyet göstermeye başanabilmesinin önünde engel olmaması haline dayanmaktadır. Girişin kolay olduğu piyasalarda gerçekleşecek yoğunlaşmaların rekabete olan etkisi azalacaktır. Girişlerin kolay olduğu monopol

³⁶⁵ Bellamy&Child, 2008, s.772.

³⁶⁶ M.O.Alpay, 2004, s.13-14.

³⁶⁷ Bellamy&Child, 2008, s. 772.

³⁶⁸ M.O.ALPAY, 2004, s.15.

³⁶⁹ C.Jones, 2007, s. 412.

bir pazarda dahi, hakimiyete sahip olan teşebbüs hakim durumunu kullananayacak, yeni teşebbüslerin piyasaya girmesini önlemek için fiyatlar rekabet edilebilir seviyelerde tutulmaya çalışılacaktır³⁷⁰.

5.3.Yan Sınırlamalar

Yan sınırlamalar, yoğunlaşmanın özelliği uyarınca uygulamaya konulmasını gerekli kılan ve yoğunlaşmanın tarafını oluşturan teşebbüslerin faaliyetlerini belirli koşullar altında kısıtlayan sınırlamalar olarak tanımlanabilir. Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 6(1)(b), 8(1) ve (2) maddeleri Komisyon'a, ilgili yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu olmasına karar verebilmesi için gerekli gördüğü takdirde bu sınırlamaları uygulama imkanı vermektedir. Ancak Komisyon'un kendisine verilen bu yetkiyi kullanabilmesi için sınırlamalar, doğrudan yoğunlaşmayla ve onun uygulanabilmesi ile ilgili olmalı, yani yoğunlaşmanın ortak pazar ile uyumlu kabul edilebilmesi için gerekli olmalıdır³⁷¹. Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde yan sınırlamalara ilişkin ayrıntılı bir açıklama yer almazken bu konunun ayrıntıları, yan sınırlamalara ilişkin Komisyon Duyurusu'nda yer almaktadır³⁷². Duyuru'da yan sınırlamalar genel ilkeler, devralmalar ve ortak girişimler için ayrı ayrı ele alınmış ancak her iki başlık altında da temel olarak üç çeşit yan sınırlamaya yer verilmiştir. Bunlar rekabet etmeme koşulu, lisans anlaşmaları ile satın alma ve tedarik anlaşmalarıdır.

³⁷⁰ M. O. Alpay, 2004, s.12.

³⁷¹ Sınırlamanın yoğunlaşma ile doğrudan bağlantılı olmadığı ve yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için gerekli olmadığı hallerde, ilgili anlaşma ve düzenlemeler, ABİDA'nın 101 ve 102. maddesi (ATA m. 81,82) kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilirler; C.Jones, 2005, s. 358.

³⁷² Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations, 2005/C, 56/03. Bu duyuru 2001/C, 188/03. sayılı Duyuru'yu uygulamadan kaldırmıştır.

Rekabet yasağı, maddi ve gayri maddi olmak üzere ilgili malvarlığının üzerindeki tüm değerlerin devredildiğini garanti etmektedir. Zira devredilen bu değerler yoğunlaşmanın varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan, zorunlu olan değerler olmakta, bunlar olmadan teşebbüsün bir kısmının veya tamamının satışından beklenen yararın sağlanması mümkün görülmemektedir³⁷³. Rekabet yasağı kendisinden beklenen yararı aşacak nitelikte olmamalı, koşulları, süresi, kapsadığı alan, konusu ve kimlerin sorumlu olduğunun sınırları orantılılık ilkesine göre belirlenmelidir. Bunların yanında yasağın geçerli olacağı alan devredilen teşebbüsün ekonomik faaliyetlerini göstereceği ürün ve hizmet pazarı ile sınırlandırılmalıdır³⁷⁴.

Ortak girişimlerde ise, ortak girişimi oluşturan teşebbüsler ile ortak girişim arasında bir rekabet yasağının olabilmesi, ortak girişimin faaliyet gösterdiği süre boyunca uygulanmalı, ilgili yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli olmalıdır. Ayrıca, rekabet yasağının uygulanacağı alan, ortak girişimin kurulmasından önce, kurucu teşebbüslerin mal ve hizmet sağladığı alanla, buna benzer olarak, ortak girişimin faaliyet gösterdiği mal ve hizmet pazarı ile sınırlandırılmalıdır³⁷⁵.

Yan sınırlamaların bir diğer şekli ise lisans anlaşmalarıdır. Buna göre, teşebbüs devri ile birlikte, ilgili teşebbüsün faaliyet göstermesi için gerekli olan fikri mülkiyet hakları veya know-how kullanım haklarının tamamı ya da bir kısmı devredilebilmektedir³⁷⁶. Bu kapsamda patent hakları, markalar, ticari isimler, endüstriyel haklar ve telif hakları devredilecek lisanslara örnek olarak gösterilebilir.

³⁷³ Notice on Restrictions, par. 18-23.

³⁷⁴ Komisyon tarafından öngörülen rekabet yasağı süresi en fazla 3 yıl olarak belirlenmektedir.

³⁷⁵ Ortak girişim ile yeni bir pazara giriliyor ise, rekabet yasağının sınırları, ortak girişimin faaliyet göstermeyi planladığı ürün, hizmet ve coğrafi sınırlara göre belirlenmelidir.

³⁷⁶ Bu durumda devreden, devredilen lisansın sahibi olmaya devam etse bile, bu lisansın doğan tüm kullanım hakları devralan tarafa geçecektir.

Teşebbüse tesis edilen bu haklar, belirli bir süre ile sınırlandırılmamakla birlikte, basit veya kendisine özgü olabileceği gibi, belirli bir kullanım alanıyla da sınırlandırılabilir. Ortak girişimlerde de durum farklı değildir.

Bir diğer yan sınırlama çeşidi olan tedarik ve temin yükümlülükleri uyarınca, devredilen teşebbüsün pazarda faaliyet gösterebilmesi ve kendisine bir yer edinebilmesi için, devreden teşebbüsün sahip olduğu tedarik anlaşmalarının tamamını veya bir kısmının, belirli bir süre için devralana satmasına karar verilebilmektedir³⁷⁷. Bu yöntemle, devreden ilgili pazardaki ekonomik hakimiyeti bir parça olsun bölünmüş olacaktır. Ancak, pazarda otonominin sağlanabilmesi için bu devir işleminin belirli bir süre ile sınırlanması gereklidir³⁷⁸. Ortak girişimlerde de, ortak girişimi oluşturan ana teşebbüsler, ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın alt ya da üst kısmında faaliyet gösteriyorlarsa, hizmet ve dağıtım anlaşmaları da dahil olmak üzere, tedarik anlaşmaları kapsamında devre konu olabilmektedirler.

III.DEĞERLENDİRME

AB'nde yoğunlaşmaların kontrolü konusunda, 1980'li yıllara kadar çok üzerinde durulmayan konular arasında yer alırken, sonrasında göz ardı edilemeyecek bir mekanizma olduğu ve ortak pazarın oluşturulmasında önemli bir role sahip olduğunun farkına varılması ile ilk düzenlemeler yapılmıştır. İlk düzenlemelerin yapılmasına kadar sancılı bir süreç geçirilmiş olsa da, zaman içerisinde gelişerek ilerleme kaydetmiş ve kısmen oturmuş bir sistem oluşturulmuştur. Bu ilerlemelerin başında, ilk düzenlemelerde hakim durum testinin kullanılıyor olması yerine etkin

³⁷⁷ Hizmet ve dağıtım anlaşmaları da bu kapsamda değerlendirilebilmektedir.

³⁷⁸ Notice on Restrictions, par. 33. Komisyon tarafından bu geçiş süresi en fazla 5 yıl olarak belirlenmiştir.

rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi testine dönülmüş olması gelmektedir. Bu yolla, hakim durumda olmayan veya mevcut bir hakim durumu güçleştirmeyen yoğunlaşmalar da değerlendirme kapsamına alınmış, Komisyon'un yetki alanı genişletilmiştir. Bununla birlikte, Birlik boyutunda olmayan yoğunlaşmaların Komisyon tarafından veya Birlik boyutunda olan yoğunlaşmaların ise üye ülkelerin düzenleyici otoriteleri tarafından kontrol edilmesine imkan veren bir sistem oluşturulmuştur. Bu yolla yoğunlaşma işlemlerinin en kısa şekilde ve etkin merciide değerlendirilmesi amaçlanmış, usul ekonomisi esas alınmıştır.

Yoğunlaşmaların kontrolünün enerji piyasalarında uygulanması ise bu piyasaların serbestleşme yoluyla rekabete açılmasıyla gerçekleşmiştir. Devlet eliyle yürütülen ve çoğunlukla ulusal sınırlar içerisinde piyasaları tek başına yönlendirebilen aktörlerin, serbestleşme çalışmaları sonucunda ulusal sınırlar dışına yönelmeleri sadece ulusal sınırlar içerisinde değil, Birlik çapında da rekabet endişelerin oluşmasına neden olmuştur. Hem ulusal pazarlarda, hem de ortak bir pazar olma hedefinde ilerleyen AB enerji pazarında rekabet kurallarının etkin şekilde uygulanması gerekliliği göze çarpmıştır. Nitekim Komisyon yoğunlaşmaların kontrolünde sahip olduğu münhasır yetkisini kullanarak tek pazar olma yolunda ilerleyen enerji piyasalarını şekillendirmektedir.

Birliğin yoğunlaşmaların kontrolü konusunda ilk düzenlemeleri yaptığı 1989 yılından bu yana öngörülen testin yanında, Komisyon tarafından yapılan değerlendirmelerde de değişiklik göze çarpmaktadır. Örneğin, son verilen kararlarda ilgili coğrafi pazar eskiye oranla daha geniş yorumlanmakta, yoğunlaşma işleminin gerçekleştiği piyasanın daha az yoğunlaşmış olmasına rağmen bunun tüketicinin üzerindeki etkilerinin ne olduğu değerlendirilmektedir. Bir yoğunlaşma işleminin

değerlendirilmesinde ilgili işlemin hem yatay hem de dikey etkileri incelenmekte, hangi tür yoğunlaşmalarda ne gibi etkiler doğurduğu ayrı ayrı ele alınmaktadır. Örneğin elektrik piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüs ile doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün birleşmesinde, birleşmenin olumlu ve olumsuz sonuçları birlikte ele alınmakta, her türlü olumsuz sonuca göre bir koşul öngörülmesi istenmektedir. Bu değerlendirmelerin yanında, farklı üye ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki yoğunlaşmalarda Birlik çapında bir tekel yaratılmamasına dikkat edilmektedir.

Komisyon'un enerji piyasalarına ilişkin verdiği kararlarda, yoğunlaşma işlemlerinin yasaklanmadığı görülmektedir. Verilen kararların büyük bir kısmında rekabeti önemli ölçüde etkileyen yoğunlaşmalara belirli koşulların gerçekleştirilmesi kaydıyla izin verilmektedir. Bu yöntem, yoğunlaşma işlemine engel olmadan, işlemin rekabetçi bir piyasaya uyum sağlayabilecek şekilde gerçekleştirilebilmesine imkan vermektedir. Bu sayede hem piyasa gelişmekte, hem de rekabet yapısı korunmakta, hatta hakim durum özelliği baskın olan piyasalara yeni girişlerin olması sağlanmaktadır. Koşulların yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüsler tarafından verilen taahhütler doğrultusunda öngörülmesi ise, bu mekanizmanın işlerliğini sağlamaktadır. Nitekim yoğunlaşma tarafları bir taahhüt verirken, Komisyon'un endişelerini ortadan kaldıracak, menfaatlerine uygun olan taahhütleri vermektedirler. Her ne kadar Komisyon'un karar sonrası denetim mekanizmaları olsa da, bu uygulama asıl uygulayıcı olan yoğunlaşma taraflarının koşulu gerçekleştirme ve başarıya ulaşma oranını arttırmaktadır.

Enerji piyasalarına ilişkin kararlarda başta mülkiyet ayrıştırması olmak üzere, uzun süreli anlaşmaların devri, doğal gaz satışı, üçüncü kişilerin erişimi, en

çok tercih edilen koşullardır. Başka bir ifadeyle bu koşullar, bir yoğunlaşma işlemi nedeniyle enerji piyasalarındaki rekabet etkilerinin ortadan kaldırması için uygulanan en etkin yöntemlerdir. AB rekabet hukuku kurallarının izin verdiği bu yöntemlerle, giriş engellerinin yüksek olduğu piyasalara yeni aktörlerin girmesi, üçüncü kişilerin sisteme erişimlerinin kolaylaşması ve ayrımcı uygulamaların engellenmesi ile enerji piyasalarının tek bir pazar olması sağlanmaktadır.

Kurucu Antlaşmalar ve piyasalara ilişkin direktifler kapsamında oluşturulmaya çalışılan tek pazar olma hedefi, rekabet ilkelerinden ayrılmadan gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Komisyon'da bu yoldan ayrılmadan piyasanın en etkin şekilde işleyebilmesi için çalışmalar yapmakta, ancak ulusal düzeyde faaliyet gösteren hakimiyetin dağılmasına çalışılırken, Birlik çapında hakim şirketlerin oluşmasına da neden olabilmektedir. Hem ulusal hem de uluslararası alanlarda hakimiyetin tek elden yürütülmesini ya da sınırlı bir grup arasında paylaşılmasını engellemek, bununla birlikte tüketici refahını sağlamak adına rekabet kurallarının uygulanmasına ağırlık verilmesi gerekmektedir.

BÖLÜM III

TÜRKİYE ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)

I. TÜRKİYE ENERJİ POLİTİKASI VE HUKUKU

Enerji temini ve kaynaklarının kullanımı bir ülke ekonomisinin gelişimi için ihtiyaç duyacağı temel girdilerden olup, sürekli, güvenli ve ucuz enerjinin temini ekonomide istikrarın sağlanmasına etki etmektedir. Gelişmekte olan ülkeler arasında yer alan Türkiye için de enerji kaynaklarının kullanımı ve ekonomideki yeri büyük önem taşımaktadır. Ülkemiz enerji piyasalarına bakıldığında, öz kaynaklarının etkin bir şekilde kullanılmaması, petrol ve doğalgaz arama ve üretim faaliyetlerinin piyasanın çok küçük bir dilimini oluşturması, yeterli depolama tesisinin bulunmaması, doğalgazın siyasi açıdan istikrar ve güven taşımayan ülkelere ithal edilmesi ve büyük oranda ithal edilen bu kaynağın elektrik üretiminde çok büyük bir rol oynaması, kayıp-kaçak oranının çok yüksek olması, üretilen elektriğin neredeyse %20'sinin tüketiciye ulaşmadan harcanması gibi etkenler, tüketici refahının yanında ülke ekonomisini doğrudan etkilemekte, kalkınmayı önemli ölçüde yavaşlatmaktadır.

Türkiye'de üretilen enerji kaynakları, tüketim miktarını karşılamamakta, bu nedenle enerji ihtiyacının büyük bir kısmı dışarıdan karşılanmaktadır. İthal edilen enerjinin tüketimdeki oranının çok yüksek olması ve ithalat yapılan ülkelerin istikrar açısından güvenilir olmaması, Türkiye'deki enerji politikalarının dünya enerji piyasalarından büyük oranda etkilenmesine neden olmaktadır. Enerji kaynaklarının

gelişmekte olan ülkemiz endüstrisinde kullanımı ve tüketiciye ulaştırılması, uzun yıllar boyunca kamu hizmeti sayılmış, devlet eliyle yönetilmiş, zamanla bu anlayışın yerini serbest rekabet ortamında gelişen ve sürdürülebilir piyasalar oluşturulmasının almasıyla bu yönde çalışmalara başlanmıştır.

Ülkemizdeki enerji piyasalarına ilişkin düzenlemelerin hukuki bir boyuta taşınması çok yeni bir oluşum olsa da son yıllarda hızla ilerleyiş göstermektedir. Bu düzenlemelerin başında 4648 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Kanunu yer almaktadır. Bunların yanında 6326 sayılı Petrol Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu ve 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu da ilgili mevzuat içerisinde yer almaktadır. Mevzuat çalışmalarıyla birlikte piyasaları düzenleme görevini üstlenmek üzere bağımsız bir organ olan Enerji Piyasaları Düzenleme Kurumu (EPDK) 2001 yılında kurulmuştur³⁷⁹. Bu düzenlemeler, AB’nde yer alan direktiflerle paralellik taşımalarına rağmen, özellikle 3. Enerji Paketi’nin ardından 2011 yılında yürürlüğe girecek olan yeni direktifler dikkate alındığında, Türkiye’nin ayrıştırma başta olmak üzere, birçok konuda AB’nin gerisinde kaldığı gözlenmektedir³⁸⁰.

Türkiye’de yüksek miktarda üretilen kömür aynı zamanda en çok kullanılan enerji kaynağıdır³⁸¹. Özellikle termik santrallerde kullanılan kömürün üretimi hem

³⁷⁹ Kurul’un görevleri arasında lisansların verilmesi, işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin düzenlenmesi, piyasa performansının izlenmesi, performans standartlarının oluşturulması, dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin düzenlenmesi, fiyatlandırmada uygulanacak temel esasların tespit edilmesi ve bunların denetlenmesi gibi faaliyetler yer almaktadır.

³⁸⁰ Çeşitli incelemeler, ayrıştırmanın, fiyatların düşmesi, yatırımların ve iletim şebekesinin kullanımı artması ile teşebbüs masraflarının azalması gibi olumlu etkileri olduğunu göstermektedir; M. Eroğlu, “Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, **Rekabet Dergisi**, Rekabet Kurumu Yayınları, Cilt:11, Sayı:1, Ocak 2010, s. 120

³⁸¹ Türkiye’de yaklaşık 10 milyar kömür rezervi bulunmaktadır. Büyük oranda üretilen linyit, özellikle çimento, şeker ve toprak sektörlerinde ve ısınmada kullanılmaktadır; Türkiye Kömür İşletmeleri, **2009 yılı Yıllık Faaliyet Raporu**, s.3.

devlet, hem de Maden Kanunu uyarınca verilen lisanslara sahip özel sektörler tarafından gerçekleştirilmektedir. Petrol kaynaklarımız ise, toptan tüketimin büyük bir kısmını oluşturmakla birlikte, petrol ithalatı gittikçe artmakta, ileriki yıllarda daha da artacağı tahmin edilmektedir³⁸². Diğer enerji alanlarında olduğu gibi, petrol de uzun yıllar devlet tekeli hakimiyetini sürdürmüştür. 1954 yılında çıkarılan 6326 sayılı Petrol Kanunu ile petrol arama, üretim ve rafinaj faaliyetleri yerli ve yabancı şirketlere açılmış, o tarihe kadar petrol faaliyetlerini yürütmekle görevli devlet kuruluşu olan Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) ile birlikte birçok özel şirket petrol ve doğalgaz arama üretim faaliyetlerinde bulunmaya başlamıştır³⁸³. Piyasa faaliyetlerini düzenleyen Petrol Piyasası Kanunu'nda alınması gerekli olan lisansların yanında³⁸⁴, rafinaj faaliyetleri ile bağlantı noktaları düzenlemelerine yer verilmiştir. Petrol ve doğalgaz arama ve üretim piyasasında TPAO'na tanınan ayrıcalıklar halen varlığını sürdürse de piyasanın göreceli de olsa rekabete açıldığını söylemek mümkündür³⁸⁵. Petrol rafineri işlemi ise, Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. (TÜPRAŞ) tarafından gerçekleştirilmektedir. TÜPRAŞ'ın 2000 yılında Koç Holding

³⁸² Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, **Türkiye Enerji Raporu 2009**, Ankara 2009, s.15. 2010 yılında petrol ihtiyacımızın 34.8 milyon tona, 2020 yılına gelindiğinde ise 43.4 milyon tona ulaşacağı tahmin edilmekte olup, bu miktar toplam üretimimizin ileriki yıllarda da ihtiyacımızı karşılamayacağını göstermektedir; Y. Aslan, 2008, Cilt II, s.7.

³⁸³ 20 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe giren 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile petrol ve doğalgazın üretim ve rafinaj faaliyetleri 6326 sayılı Petrol Kanunu'nda çıkarılarak yeniden düzenlenmiş, sadece petrol ve doğalgaz arama ve üretim faaliyetlerine ilişkin hükümler bırakılmıştır. Bu durum ilgili alanda yetkili olan otoriterin değişmesine neden olmuştur. Buna göre, Petrol Kanunu'nu yürütmekle yükümlü olan organ Petrol İşleri Genel Müdürlüğü olup, Petrol Piyasası Kanunu'nu yürütmek denetlemekle yetkili organ ise EPDK'dır.

³⁸⁴ Esasları Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde düzenlenen lisanslama usulleri uyarınca rafinerici, işletme, madeni yağ, depolama, iletim, serbest kullanıcı, ihrakiye teslimi, dağıtıcı, taşıma ve bayilik lisansları verilmektedir. Dağıtıcıların aralarında yapacakları akaryakıt ticareti için ise, Kuruldan ayrıca izin alma zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, 5307 Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Kanunu çerçevesinde, LPG içinde taşınması ve otogaz bayilik faaliyetlerinin yapılması (tüplü LPG bayiliği hariç), depolanması, LPG tüpünün imalatı, dolumu, muayenesi, tamiri ve bakımı ile bu amaçla tesis kurulması ve işletilmesi için lisanslar verilmekte, kullanıcıların uyması gereken usuller, fiyat oluşumları ve idari cezalar düzenlenmektedir. Bu faaliyetlerin sürdürülmesine ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması yanında, gözetim ve denetim faaliyetleri de EPDK tarafından yürütülmektedir.

³⁸⁵ Halen tasarı halinde olan ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'nda değişiklik öngören Petrol Kanunu Tasarısı ile TPAO'ya tanınan ayrıcalıkların kaldırılması planlanmaktadır.

tarafından devralınarak özelleştirilmesi ile devlet tekeline ayrılmış olsa da, rafineri sektöründe tekel konumu devam etmektedir³⁸⁶.

Petrolde sonra en çok kullanılan enerji kaynağı olan doğal gaz ile elektrik piyasaları da uzun yıllar boyunca tek elden ve devlet tarafından yürütülmüştür. Elektrik piyasasına özel şirketlerin girişine verilebilecek ilk örnekler Çukurova Elektrik A.Ş. ve Kepez ve Civarı Elektrik Santralleri A.Ş.'ne tanınan imtiyazlar olmuştur³⁸⁷. Sonrasında, elektrik piyasasını yürüten kurumsal yapının ayrıştırılması ile piyasadaki dikey bütünleşmeye son verilmiş, ancak bu durum devlet tekeli ortadan kaldırmamıştır. Son yıllarda ise piyasaların yapılandırılması ve rekabete açılması için ilk adımlar atılarak, serbest bir pazar oluşturulması amaçlanmış, bu yapılandırma ile bölgesel olarak dağıtım şebekelerinin, santrallerin özelleştirilmesiyle ve doğalgazdaki sözleşme devirleriyle piyasada etkin rekabetin sağlanması hedeflenmiştir.

Doğalgaz piyasalarında, AB'nde olduğu gibi doğal gaz üretiminde büyük oranda dışa bağımlı olan Türkiye'de gaz ithalatını, başta Rusya olmak üzere, İran, Azerbaycan, Nijerya ve Cezayir'den karşılamaktadır³⁸⁸. Arz güvenliği açısından büyük problem teşkil eden doğalgaz, %50'lik payı ile elektrik üretiminde çok önemli bir yere sahiptir³⁸⁹. Doğalgazın kullanımı 1974 yılında Boru Hatları ile Petrol Taşıma

³⁸⁶ TÜPRAŞ'ın %51 lik hissedici Koç Holding'e ait olup, %49 luk kısmı ise halka arz edilmiştir.

³⁸⁷ 1954 yılında Seyhan Barajı ve bu baraj üzerinde kurulu elektrik santrali, Çukurova Elektrik Anonim Şirketi'ne (ÇEAŞ) devredilmiş; 1960 yılında ise, Antalya bölgesinde faaliyet gösteren Kepez ve Civarı Elektrik Santralleri A.Ş.'ye (KEPEZ) imtiyaz tanınmıştır. ÇEAŞ ve KEPEZ dışında, bunlardan daha önce kurulan ve Bünyan Hidroelektrik Santralini işleten Kayseri ve Civarı Elektrik AŞ şirketinin imtiyaz hakkı 1981 yılında kaldırılmış, ancak 1991 yılında AKTAŞ ile birlikte faaliyetlerine devam etmiştir.

³⁸⁸ Buna göre, Rusya %63, İran %15,5, Azerbaycan %7,9, Nijerya ve Cezayir toplamda %13,6 oranında doğalgaz ihtiyacımızı karşılamaktadır. Bunlardan Nijerya ve Cezayir'den LNG ithal edilmektedir.

³⁸⁹ Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, **Türkiye Enerji Raporu 2009**, Ankara 2009, s.20. Doğalgaz tüketiminde, %96,5'i ithalat ile %3,5'i ise yerli üretiminde sağlanmış olup, 2007 yılındaki toplam doğalgaz üretimi 891,5 milyon m³ iken, tüketimi 35,5 milyar m³'tür.

A.Ş. (BOTAŞ)'ın kurulması ile başlamış olup³⁹⁰, BOTAŞ doğalgaz ithalini halen tek başına gerçekleştirmektedir. Ancak, BOTAŞ'ın hakimiyetine kanun koyucu tarafından bir sınırlama getirilmiştir. 4646 sayılı Doğalgaz Piyasaları Kanunu'nun geçici 2. maddesi uyarınca; BOTAŞ, ithalatı ulusal tüketimin %20 oranına düşünceye kadar, sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamayacaktır. Buna göre, toplam yıllık ithalat miktarı, yıllık ulusal tüketiminin %20'sine düşürünceye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satım sözleşmelerini kısmen veya bütün olarak, tüm hak ve yükümlülükleri ile devredecek, devir işlemi istekli olan ithalat lisans sahipleri ve satıcılar ile ön onay alan şirketler arasında ihale yoluyla gerçekleşecektir. Bugüne kadar, %80'ini satmakla yükümlü olunmasına rağmen, sadece %10'luk kısmının satışı tamamlanabilmiştir³⁹¹. Aynı madde uyarınca, BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkelerle yapılan sözleşmeler sona erinceye kadar, hiç bir ithalatçı şirket tarafından yeni gaz alım sözleşmesi yapmayacağı, BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler dışındaki ülkelere yapılacak sözleşmelerde ise, EPDK'dan izin alınması gerekeceği hüküm altına alınmıştır³⁹². Bunun yanında, Bakanlar Kurulu kararı ile şehirlerde doğalgaz dağıtım faaliyetlerinin özel sermaye şirketleri tarafından yürütülmesine izin veren düzenlemenin ardından, şehir içi dağıtım faaliyetleri özelleştirilmiştir³⁹³. Bakanlar Kurulu'ndan alınan onay ile faaliyet gösteren yerel dağıtım

³⁹⁰ BOTAŞ, 1974 yılında TPAO'ya bağlı olarak kurulmuştur. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan BOTAŞ'ın TPAO'da ayrılması ise 95/6526 sayılı Bakanlar Kurulu ile gerçekleşmiştir.

³⁹¹ Bu satışlar ise 2007 yılında Shell Enerji A.Ş., Bosphorus Gaz Corporation A.Ş., Enerco Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Avrasya Gaz A.Ş.'ye gerçekleştirilmiştir.

³⁹² Maddenin devamında, *“söz konusu mevcut sözleşmelerin sona erdiği tarihten itibaren aynı miktarlar için yeni ithalat sözleşmeleri yapılabilir. Ancak, ihraç amaçlı veya Kurumca tespit edilecek yurt içi doğal gaz arz açığının olması durumunda söz konusu ülkelerle yeni gaz alım bağlantıları”* yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

³⁹³ 397 sayılı Kanun Hükmünde Kararname. Bunlar arasında, İGDAŞ, Bahçeşehir (İstanbul), EGO (Ankara), İZGAZ (İzmit), AGDAŞ (Adapazarı), ESGAZ (Eskişehir), BURDAGAZ (Bursa) yer almaktadır.

şirketlerine fiyatları belirleme imkanı tanınmış, ancak tamamen serbest bırakılmayarak, bir üst sınır belirlenmiştir. Buna göre, belirlenen fiyatlar BOTAŞ'tan alınan doğalgaz alım fiyatının %45'ini aşmayacaktır.

Türkiye'de enerji piyasalarının temelini oluşturan elektrik ve doğalgaz piyasalarında ilk yasal düzenlemeler 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu (DGPK) ile yapılmıştır. Her iki kanunda da, piyasaların kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde ve çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, serbestleşme yoluyla, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir yapının oluşturulması ile bu piyasalarda bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda, üretim, iletim, dağıtım, depolama, pazarlama ve satış ile ithalat ve ihracata ilişkin tüm gerçek ve tüzelkişilerin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

EPK uyarınca, şirketlerin piyasada faaliyet gösterebilmesi için faaliyet alanına uygun lisansları almaları gerekmektedir. Buna göre, üretim, otoprodüktör, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış lisansları verilmektedir³⁹⁴. Ancak, bu lisanslar faaliyet gösterecek şirket adına bir kez değil, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyetin yürütüldüğü her bir tesis veya bölge için ayrı ayrı verilmektedir. Ayrıca, lisans sahibi, lisansı kapsamındaki faaliyetlerini lisansta belirlenen çerçevede yerine getirmekle mükelleftir. Bununla beraber, bir şirket birden fazla alanda faaliyet gösteriyorsa bunların hesaplarını ayırtırmak, yani hesap ayırtırması yapmak

³⁹⁴ Lisanslar; üretim, iletim ve dağıtım lisanslarında minimum süre 10 yıl olmak üzere 49 yıla kadar verilebilmektedir. Toptan satış lisans sahipleri ise, ithalat veya ihracat faaliyetinde bulunabilmekte, bu faaliyetler içinde EPDK'dan izin alınması gerekmektedir.

zorundadır³⁹⁵. Türkiye ile AB düzenlemeleri arasında bir paralellik olduğu söylenebilse de mevzuat AB düzenlemelerinin ve piyasa gerekliliklerinin gerisinde kalmıştır. Bunun ortadan kaldırılması için, 2008 yılında Elektrik Piyasası Kanunu'nun da değişiklik yapılmış ve dağıtım şirketlerinin, üretim ve perakende satış faaliyetlerini 2013 yılından itibaren birbirinden ayırıştırmaları ve ayrı tüzel kişilikler altında faaliyet göstermeleri hüküm altına alınmıştır. Bunun sonucunda elektrik piyasaları sadece muhasebe ayırıştırmısından çıkarılmış, hukuki ayırıştırma temel düzenleme olarak getirilmiştir. Ancak, 4646 sayılı DGPK kapsamında doğal gaz piyasasında birden fazla konuda faaliyet gösteren tüzel kişilerin muhasebe ayırıştırmalarını yapmaları zorunlu tutulmuştur. AB'nin 2011 yılında yasal olarak mülkiyet ayırıştırmasını zorunlu kılması göz önüne alındığında bu düzenleme halen yeterli sayılamamaktadır.

DGPK'nda da, EPK gibi, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek olan teşebbüslere lisans alma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre, ithalat, ihracat, toptan satış, depolama, iletim, sıkıştırılmış doğalgaz (CNG) ve dağıtım lisansları bulunmakta olup³⁹⁶, elektrik piyasası düzenlemelerinde olduğu gibi, bir defaya mahsus olarak değil, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyetin yürütüldüğü her bir tesis veya bölge için ayrı ayrı verilmektedir. Daha öncede ifade edildiği gibi, doğalgazın iletimi kapsamında, BOTAŞ'ın hakim durumuna son verilmesi amacıyla, ithalat payının %20 oranına düşürülmesi hedeflenmiş, ancak bu zamana kadar bu hedefe ulaşmak mümkün olmamıştır. Dağıtım alanında ise, şehir içi dağıtım ağları ihale yoluyla

³⁹⁵ Verilen lisansların devredilmesine izin verilmemekle birlikte hisselerin satışı mümkündür. Lisans sahibi olan bir teşebbüsün, bir veya daha fazla teşebbüsü devralmak istediği takdirde, Kurul'dan onay alması gerekmektedir.

³⁹⁶ Lisanslar tek seferde en az 10 olmak üzere, en fazla 30 yıla kadar verilmektedir. Petrol ve doğalgaz üretim faaliyetleri ise 6326 sayılı Petrol Kanunu çerçevesinde yürütülmekte, bu alanda faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nden işletme ruhsatı almaları gerekmektedir. Ancak, üretilen doğalgazın satılabilmesi için DGPK'da yer alan hükümler uyarınca ilgili lisansların alınması gerekmektedir.

teşebbüslere verilmektedir³⁹⁷. Doğalgaz depolama faaliyeti ise arz güvenliğinin sağlanması konusunda önemli bir unsur olmasına rağmen, maliyetli bir alan olması nedeniyle çok gelişmemiştir³⁹⁸. Bunların yanında, doğalgaz piyasalarındaki faaliyetlerin kalitesinin belirli standartlarda tutulması için EPDK tarafından, doğalgaz tesislerinin tasarımı, yapımı, revizyonu, bakımı, onarımı, kontrolü, müşavirliği gibi faaliyetlerde bulunacak olan kişi veya teşebbüslere bu işleri gerçekleştirmeye ehil olduklarını gösterir sertifikalar verilmektedir³⁹⁹. Doğalgaz piyasasında, elektrik piyasasından daha farklı bir başka durum ise, elektrik dağıtım faaliyeti serbestleşme yolunda hızla ilerlerken, doğalgaz dağıtım alanında BOTAŞ'ın halen tekel konumunda olmasıdır.

Enerji piyasalarını serbestleştirme ve kendi ihtiyacını kendi kaynaklarıyla karşılayabilme yolunda ilerleyen Türkiye, transit geçiş ülkesi olması bakımından da küresel enerji piyasasında çok önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle Rusya doğalgazının, arz güvenliği problemiyle boğuşan AB'ne ulaşması ve Trans-Avrupa Ağları bakımından ülkemiz birincil öneme sahip ülkeler arasındadır. Türkiye bu kapsamda birçok transfer projesinde transit ülke olarak yer almakta, bu sayede daha uygun miktara doğalgaz elde etmektedir⁴⁰⁰. Bunlar arasında önemli yere sahip olan Nabucco Boru Hattı Projesiyle, Türkiye'nin Asya ile Avrupa arasında bir doğalgaz köprüsü olması hedeflenmektedir⁴⁰¹.

³⁹⁷ Bugün 58 adet dağıtım bölgesine gaz arzı sağlanmaktadır.

³⁹⁸ Türkiye'de BOTAŞ, Ege Gaz AŞ ve TPAO doğalgaz depolama lisansına sahip kuruluşlardır.

³⁹⁹ Buna ilişkin esaslar Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

⁴⁰⁰ Bu projeler arasında Bakü-Tiflis-Ceyhan, Bakü-Tiflis-Erzurum ve Güney Kafkas Boru Hattı ile Mavi Akım Projesi, Güney Avrupa Gaz Ringi Projesi, Türkiye-Yunanistan ve Türkiye-İtalya arasındaki boru hattı projeleri, Samsun-Ceyhan boru hattı ve son olarak Nabucco Boru Hattı Projesi yer almaktadır.

⁴⁰¹ İnşa edilecek boru hattı, Türkiye'nin doğu sınırından giriş yaparak, Bulgaristan, Romanya ve Hırvatistan üzerinden Avusturya'ya ulaşacak; bu sayede Hazar, Orta Doğu ve Mısır bölgelerindeki doğalgazın Avrupa tüketicisine ulaşmasını sağlayacaktır. İnşaatına 2011 yılının sonunda başlanması planlanan projede, ilk gaz transferi 2014 yılında yapılacaktır. Daha fazla ve güncel bilgi için bkz.

Tüketimini karşılayamama ve arz güvenliği problemi ile karşı karşıya olan Türkiye’de de, AB’nde olduğu gibi, yenilenebilir enerji kaynaklarının üretimi bakımından son yıllarda önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Yenilenebilir enerji kaynakları bakımından zengin bir yapıya sahip olunmasına rağmen, bu konuda atılmış en büyük adım 10 Mayıs 2005 tarihinde çıkarılan Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun’dur. Bu Kanun ile yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının yaygınlaştırılması, bu kaynakların güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması, sera gazı emisyonlarının azaltılması, atıkların değerlendirilmesi, çevrenin korunması ve bu amaçların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan imalat sektörünün geliştirilmesi amaçlanmıştır. Kanun kapsamında yenilenebilir enerji kaynak alanlarının korunması, bu kaynaklardan elde edilen elektrik enerjisinin belgelendirilmesi ve bu kaynakların kullanımına ilişkin usul ve esaslar hüküm altına alınmıştır⁴⁰².

Son olarak değinilmesi gereken nükleer enerji kaynaklarının kullanımı konusunda, AB’nde bulunan bazı endişeler ülkemiz için de geçerliliğini korunmaktadır⁴⁰³. Türkiye’de henüz aktif üretim yapan bir nükleer enerji santrali

<http://www.nabucco-pipeline.com/portal/page/portal/en>. Nabucco’ya alternatif olarak yakın zamanda Güney Akım projesinde imza atılmıştır. Bu anlaşma uyarınca Rusya’dan gelip Karadeniz’de Türk karasularından geçerek Balkanlara ulaşacak bir boru hattı inşa edilecektir. 2015’te faaliyete geçecek ve Rusya gazını taşıyacak hat, Bulgaristan’da ikiye ayrılarak Yunanistan ile Sırbistan, Macaristan, Avusturya ve İtalya’ya kadar uzanacaktır. Temel anlaşma Rus şirketi Gazprom ile İtalyan enerji devi ENI arasında yapılırken, transit ülkeler olan Yunanistan, Bulgaristan ve Sırbistan ile de anlaşmalar imzalanmıştır.

⁴⁰²Yenilenebilir enerji kaynaklarının dağılımında ise büyük bir kısmının biyokütle (%51,64) yakıtlarından elde edildiği görülmektedir. Bunun dışında hidroelektrik ve jeotermal kaynaklar (%32,2), jeotermal ısı (%10,8), güneş (%4,5), rüzgar (%0,72) ve biyo yakıtlar (%0,01) ülkemizde üretilen yenilenebilir enerji kaynaklarıdır. Bu kaynakların, yenilenebilir enerji kaynaklarının ülke genelindeki enerji kaynakları arasındaki %9’luk payı içerisindeki dağılımları ise, biyokütle %4,53, hidroelektrik ve jeotermal %2,82, jeotermal ısı %0,95, güneş %0,40, rüzgar % 0,07 şeklindedir; DEKTMK, s.29-30.

⁴⁰³ Karadeniz Bölgesinde yer alan halk ve bu bölgede üretilen mamüller, Çernobil kazası sonrasında açığa çıkan radyoaktif maddenin etkisinde kalmış, bu durum konuyu ülkemiz için daha hassas bir hale

bulunmamaktadır. Ancak, Rusya ile 12 Mayıs 2010 tarihinde imzalanan Nükleer Santral Anlaşması'yla Mersin, Akkuyu'da bulunan nükleer enerji santralinin çalışır hale getirilmesi ve tahmini olarak 2017 yılında faaliyete başlaması konusunda anlaşmaya varılmıştır⁴⁰⁴. Bunun yanında Avrupa'dan alınan bir tekniğin geliştirilmesi ile Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından geliştirilen Radyasyon Erken Uyarı Sistemi sayesinde, tüm gümrük kapılarında, havalimanlarında radyasyon tespiti ve erken uyarı ağı kurulmuş, bunların denetimi ise tek bir kriz merkezine bağlanmıştır⁴⁰⁵.

Enerji kaynaklarının kullanımının etkinleştirilmesi ve piyasanın serbestleşmesi yanında, enerji verimliliğinin artırılması ve enerji tasarrufunun sağlanması alanında da ülkemizde çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Bu düzenlemeler arasında, sanayi kuruluşlarının bünyelerinde enerji verimliliği uzmanı bulundurması zorunluluğu, binalarda kullanılacak ve enerjinin muhafazasını sağlayan yeni bir yalıtım standartlarının getirilmesi ve uygulamaya konulması yer almaktadır⁴⁰⁶. Enerji verimliliği konusunda en kapsamlı düzenleme Enerji Verimliliği Kanunu ile yapılmıştır. 18 Nisan 2007 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile enerjinin etkin kullanılması, israfının önlenmesi, enerji maliyetlerinin ekonomi üzerindeki yükünün hafifletilmesi ve çevrenin korunması için enerji kaynaklarının ve enerjinin

getirmiştir. Son olarak Japonya'da yaşanan deprem sonrasında Fukushima Nükleer Santrali'nde yaşanan felaket ise, deprem hattında bulunan Türkiye için nükleer enerji ile üretim yapılmasının sorgulanmasına neden olmuştur.

⁴⁰⁴ Bu doğrultuda, Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletilmesine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmayı Onaylayan Kanun 14 Temmuz 2010 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir.

⁴⁰⁵ <http://www.taek.gov.tr/bilgi-kosesi/kaza-ve-tehlike-durumu/115-kaza-ve-tehlike-durumu/296-radyasyon-erken-uyari-sistemi-agi-resa.html>

⁴⁰⁶ Son yıllarda uygulamaya konulan birçok düzenlemenin başında, 25.10.2008 tarih ve 27035 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik; 05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği ve 09.06.2008 tarih ve 26901 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ulaşımda Enerji Verimliliğinin Artırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik gelmektedir.

kullanımında verimliliğin arttırılması amaçlanmıştır⁴⁰⁷. Kanun kapsamında, üretim, iletim, dağıtım ve tüketim aşamalarında, endüstriyel işletmelerde, binalarda, elektrik enerjisi üretim tesislerinde, iletim ve dağıtım şebekeleri ile ulaşımda enerji verimliliğinin artırılmasına ve desteklenmesine ilişkin düzenlemeler ile toplumda enerji bilincinin geliştirilmesine ve yenilenebilir enerji kaynaklarından yararlanılmasını sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁰⁸. Bu düzenlemelerin uygulamaya konulması ile enerji verimliliği konusunda ileriki yıllarda ve stratejik hedefler doğrultusunda önemli ilerlemeler sağlanabilecektir. Bununla beraber, Türkiye Avrupa Elektrik Şebekesi'ne (UCTE) üye olmuş, 2000 yılında Enerji Şartı Antlaşması'nı, 2003 yılında ise Kyoto Protokolü'nü imzalamıştır⁴⁰⁹.

Hem AB'de hem de ülkemizde enerji kaynaklarının temini, üretimin tüketime oranı, arz güvenliği gibi sorunların ortak olmasına rağmen, Türkiye'nin enerji piyasalarının serbestleşmesi ve rekabete açılması ile bu piyasalara ilişkin standartların belirlendiği düzenlemelerin yapılmasında çok geri kaldığı görülmektedir. Türkiye, enerji kaynaklarında işbirliği ve stratejik hedefler doğrultusunda ilerlemeye gayret göstermektedir. Bu ilerleme gelişmekte olan ülkemizin kalkınması ve nihai hedef olan tüketici refahının arttırılması için önem taşımaktadır. Nitekim 2010 yılı İlerleme Raporu'nda, elektrik, yenilenebilir enerji ve enerji verimliliğinin yanı sıra arz güvenliği konularında ilerleme kaydedildiği, ancak doğalgaz sözleşme devirlerinin tamamlanması, yeni santraller kurulması aşamasında nükleer enerji ile nükleer güvenlik ve radyasyondan korunma konularında gelişme

⁴⁰⁷ Bu amacı gerçekleştirmesi için, Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren, Enerji Verimliliği Koordinasyon Kurulu görevlendirilmiştir.

⁴⁰⁸ Ancak, enerji verimliliğinin artırılmasına yönelik önlemlerin uygulanmasıyla, özellik veya görünümleri kabul edilemez derecede değişecek olan sanayi alanlarında işletme ve üretim faaliyetleri yürütülen, ibadet yeri olarak kullanılan, planlanan kullanım süresi iki yıldan az olan, yılın dört ayından daha az kullanılan, toplam kullanım alanı elli metrekarenin altında olan binalar, koruma altındaki bina veya anıtlar, tarımsal binalar ve atölyeler, Kanun kapsamı dışında tutulmuşlardır.

⁴⁰⁹ Türkiye henüz Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olmamıştır.

kaydedilmesi için ilave çaba gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁰. Yakın zamanda tamamlanmış olan, inşasına başlanan ve başlanacak olan projelere bakıldığında Türkiye'nin enerji temini konusunda dünya çapında rol oynayabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

II. TÜRK REKABET HUKUKU VE ENERJİ PİYASALARINA ETKİSİ

Rekabet hukuku serbest piyasa ekonomilerinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Rekabetin sağlanması ile kaynak dağılımında verimlilik sağlanmış olacak, verimliliğin sağlanması ise tüketici refahının artması sonucunu doğuracaktır⁴¹¹. Bununla birlikte rekabetin olmadığı bir piyasada devlet müdahalesi gibi başka etkenler varlığını sürdürecektir, bu durum ise refah seviyesindeki artışa engel olacaktır⁴¹². Enerji sektöründe ise piyasa koşullarının gerekliliği ve AB'ne uyum programı çerçevesinde, uzun yıllar boyunca devlet tekelinde olan piyasaların rekabete açılması çalışmalarına başlanmıştır. Son yıllarda hız kazanan bu çalışmalar ile yıllar boyu rekabete kapalı alanlar, rekabet edebilme seviyesine gelme yolunda ilerlemektedir.

Bilindiği gibi, enerji piyasaları üretim/ithalat, iletim, dağıtım ve arz (perakende ve toptan satış) olmak üzere dört ana bölüme ayrılmaktadır. Ülkemizde iletim ve dağıtım faaliyeti özellikle elektrik piyasası için doğal tekel konumundadır. İletim ve dağıtım ağlarının kurulmasının maliyeti ve aynı ağlardan birden fazla inşa edilmesindeki fiziki imkansızlık, bu alanlarda iki veya daha fazla teşebbüstense tek bir teşebbüsün faaliyet göstermesini daha ekonomik kılmaktadır. Üretim/ithalat ile arz, yani toptan ve perakende satış aşamaları rekabete açılabilmekte olup, ülkemizde de tüm yasal mevzuat bu alanların serbestleşmesi üzerine kurulmaktadır.

⁴¹⁰ 2010 İlerleme Raporu, COM (2010) 660, s.65.

⁴¹¹ İKV, 2002, s. 61.

⁴¹² İKV, 2002, s. 61.

Türkiye enerji piyasalarının genel yapısı bu şekilde olmakla birlikte, bu piyasaların serbestleşme ile devlet elinden kurtulması ve tüketici refahını esas alan sürdürülebilir rekabetçi bir pazar olması rekabet kurallarının etkin uygulaması ile sağlanmaktadır. Nitekim enerji piyasalarının yapılandırılmasında, rekabet uygulamalarının dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin 4628 sayılı EPK'nın 2. maddesinde Kanun'un amacı "*elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle, piyasada rekabet ortamının sağlanması temel hedefler arasında yerini almıştır. 4646 sayılı DGPK'da ise, rekabetin korunması ve geliştirilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiş ve RKHK'da yer alan rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, yoğunlaşmalara ilişkin hükümlerin doğalgaz piyasası içinde geçerli olacağı belirtilmiştir⁴¹³. Ayrıca piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişinin, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin, farklı düzenleyici kurumların uygulayacağı kurallar olması sebebiyle, rekabet hukuku mevzuatı ile çatışma içerisinde olması beklenirken, işbirliği içerisinde olması, piyasaların rekabete açılması ve sürdürülebilir nitelik arz etmesi esasının dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, her iki kurumun temelde tüketici refahı amacına hizmet ediyor olması çatışmayı engellemektedir. Bu nedenle rekabet uygulamaları, bu piyasaların kendine has özellikleri dikkate alındığında, piyasaların

⁴¹³ EPK'da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

yeniden yapılandırılmasında başrol oynamakta, uygulamalarda ortaya çıkan sorunlar ise önem arz etmektedir. Enerji piyasalarının serbestleşmesinde karşılaşılan rekabet sorunlarının başında, rekabeti bozucu anlaşmalar ve uyumlu eylemler ile hakim durumun kötüye kullanılması gelmektedir.

RKHK'nun 4. maddesinde düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile uyumlu eylemler rekabetin açık olduğu her alanda gerçekleşebilmektedir. Enerji piyasalarında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve uyumlu eylemler, doğal tekel olmayan ancak böyle bir yapı barındırmaları nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir. İletim ve dağıtım doğal tekel niteliğinde olduğundan bu alanlarda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile uyumlu eylemleri görmek pek mümkün olmamaktadır. Ancak, akaryakıt piyasası gibi doğal tekel olmayan piyasalarda bu tip düzenlemelere ihtiyaç duyulmamakta, bunun sonucunda dağıtıcı firmalar herhangi bir kısıtlama olmadan müşteriye doğrudan mal satabilmektedir⁴¹⁴. Dolayısıyla doğal tekel niteliği taşıyan piyasaların, getirilen bazı kısıtlamalar ile faaliyet olanaklarının sınırlandırılması makul görülebilirken, bu niteliği taşımayan piyasalardaki faaliyetler daha serbest ilerleyebilmektedirler. Nitekim dikey yapılanma içerisinde olan bu piyasalarda dikey anlaşmalar rekabeti bozucu etki doğurabilmektedir. Bunun önlenmesi için ise, pazarların sadece serbestleşme hareketleri ile devlet elinden özel şirketlere geçmesi değil, ayrıştırma hükümlerinin de uygulanmasının sağlanması gerekmektedir.

Tüm bunların yanında dikey bütünleşik bir yapıya sahip olan piyasaların bölünmesini ve rekabeti bozucu anlaşmalar ile uyumlu eylem içerisine girmeleri gibi rekabeti bozucu etki doğurmalarını engellemek için AB uygulamalarında yoğunlaşmaların kontrolünde de fazlasıyla kullanılan bir yöntem olan ayrıştırma,

⁴¹⁴ Y. Aslan, 2008, Cilt II, s. 176-177.

yeterli seviyede ve nitelikte olmasa da uygulanmaktadır. Ülkemizde özellikle elektrik piyasalarında batı illeri, doğuyu sübvansiyon etmektedir. Bununla beraber genellikle sanayi sektörü hane halkını, yani serbest olmayan tüketiciyi sübvansiyon ederken, ülkemizde normalden farklı olarak hane halkı sanayi sektörünü sübvansiyon etmektedir. Hem çapraz sübvansiyonun önlenmesi hem de piyasalardaki dikey bütünleşik yapı ile oluşan rekabeti kısıtlayıcı faktörlerin ortadan kaldırılabilmesi için, ayırıştırma uygulamalarının yaygınlaştırılması, sadece piyasaların serbestleştirilmesine değil, serbestleştirme sonrasında ortaya çıkacak olan pazar yapısının da dikkate alınması gerekmektedir. İlerleyen bölümlerde, ayrıntılarıyla açıklanacak olan yoğunlaşma uygulamalarında da görüleceği üzere, özellikle doğalgaz satış şebekelerinin özelleştirilmesi işlemlerinde, piyasada herhangi bir rekabetin bulunmaması nedeniyle rekabeti bozucu bir işlemin olmadığına, bu değerlendirmenin piyasaya başkaca şirketlerin girmesi halinde daha ileriki işlemlerde yapılacağına ilişkin birçok Rekabet Kurulu kararı bulunmaktadır. Oysa dikey bütünleşik yapının kaldırılması ile tüketiciye kendi sağlayıcısını seçme serbestliği tanınması halinde, piyasaya daha fazla toptan satıcı girecek, bu durum ise piyasadaki rekabeti, bağlantılı olduğu diğer alanları, bir alt aşamada yer alan perakende satışı da etkileyecektir. Fakat Türkiye’de serbest tüketici ve serbest olmayan tüketici ayrımının henüz ortadan kaldırılmamış ve tüketiciye istediği sağlayıcıyı seçme imkanı tanınmamıştır. Nitekim Türkiye’de serbest tüketici olma sınırı bulunmakta, başka bir ifadeyle, sadece serbest tüketiciler enerjiyi alacakları şirketleri seçebilmekte, serbest olmayan tüketicilerin böyle bir seçme hakları bulunmamaktadır. Ancak, AB’nde serbest olan ve olmayan tüm tüketicilere tedarikçilerini seçme ve pazarlık yapma hakkı verilmiştir.

RKHK'nun 6. maddesinde yer alan hakim durumun kötüye kullanılması da, genel olarak tekel veya oligopol nitelik arz eden enerji piyasalarında çokça karşılanan rekabet ihlallerindendir. Zira bu piyasalar devlet elinden özel sektöre toplu özelleştirme yoluyla satılarak geçmekte; bu şekilde faaliyet gösteren şirketler ise piyasada hakim durumda olmaktadır. Üçüncü kişilerin şebekeye erişimi de enerji piyasalarındaki rekabet sorunlarının başında gelmektedir. Bir şebekede, herhangi bir şirkete erişim imkanı verildiği takdirde, bu imkanın diğer şirketlere de aynı şekillerde verilmesi ve uygulanması gerekmektedir⁴¹⁵. Bazı enerji alanlarının doğal tekel olduğu kabul edildiğinde, bu erişim daha büyük bir önem arz etmektedir. Zira bunun sağlanamadığı piyasalarda yeni aktörler yatırım yapmak istemeyecek bu da zaten fiili yapısı itibarıyla büyük giriş engelleri olan enerji piyasalarına girişi daha da zorlaştıracaktır.

Nitekim elektrik dağıtım bölgelerinde imtiyazların tanınmasını amaçlayan ve bu alanda önemli bir girişim olan elektrik piyasalarının rekabete açılması kapsamında Rekabet Kurulu'nun, verildiği kararda öncelikle, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan şirketin elektrik enerjisinin ticaretini yapma yetkisine münhasıran sahip olmasının, piyasada tekel olma halinin kamudan alınarak özel bir şirkete devredilmesi olduğunu, bu uygulama ile rekabet unsurunun dikkate alınmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla piyasada rekabetin kurulabilmesi için ilk olarak münhasırlık koşulunun kaldırılması gerekmekte, ancak bu da yeterli görülmemektedir. Bunun dışında, rekabetin etkin olarak sağlanabilmesi için *per se* nitelik taşıyan sabit fiyat uygulamasından vazgeçilmesinin yanında, piyasanın kendine has özellikleri

⁴¹⁵ Üçüncü kişilerin şebekeye erişimi, pazarlığa tabi ve düzenlenmiş (regüle) olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Pazarlığa tabi erişimde erişim koşulları önceden belli olmamakta, taraflar yapacakları ikili anlaşmalar ile bunun koşullarına karar vermektedirler. Ancak, düzenlenmiş erişim koşulları en baştan belirlenmekte, bu şartlar kabul edildiği takdirde erişim sağlanmaktadır. Ülkemizde ise düzenlenmiş erişim sistemi benimsenmiş olup, gerekli şartları EPDK belirlemektedir.

nedeniyle bir fiyat düzenlemesine de ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlara ek olarak, imtiyaz hakkı sahibi olan şirketin, sahip olduğu şirketler yararına ve rakip şirketler zararına enerji temininde farklı uygulamalarda bulunmasını engellemek için caydırıcı unsurların olması gerektiği, hak sahibi şirketin hakim durumunu kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlerin ise yetersiz olduğu ifade edilmiştir. Bu karar elektrik piyasaları özelinde bir tespit yapmış olmakla birlikte halen yaşanmakta olan birçok soruna da ışık tutar niteliktedir.

Elektrik piyasasının yapılandırılmasına ilişkin atılan ilk adımlarda tespit edilen rekabet sorunları yukarıdaki gibi iken, doğalgaz piyasasında yaşanan rekabet sorunları ise *“uzun süreli sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan giriş engelleri, yeniden satış yasağı, ihracat yasağı, teslim yeri dışına satış yasağı, fiyatların petrol fiyatlarına endekslenmesi, üreticilerin, iletim, dağıtım ve perakende düzeyinde de güç kazanması, boru hatlarına erişim olanaklarının objektif ve ayırım yapmayan kriterlere bağlanması, serbest tüketici limitler ile depolama olanakları ve depolama erişim olanakları”* olarak sıralanmaktadır⁴¹⁶.

Enerji piyasalarındaki yasal düzenlemelere genel olarak bakıldığında, piyasaların rekabete açılması konusunda önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Nispeten yeni sayılabilecek yasal düzenlemeler ile piyasanın rekabete açılması sağlanmaya çalışılmakta, bununla birlikte, piyasanın işleyebilmesi için çeşitli usul düzenlemelerine de yer verilmektedir. Ancak, AB düzenlemelerindeki son ilerlemeler ve Avrupa piyasalarındaki aktörlerin, ulusal piyasalarımıza oranla çok daha fazla olması dikkate alındığında, tam rekabet ortamının sağlanabilmesi için önümüzde uzun bir yol olduğunu söylemek mümkündür. Enerji piyasalarındaki

⁴¹⁶ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.160.

mevcut düzenlemelerin hayata geçirilmesi ve bu piyasaların rekabete açılmasına öncülük eden girişim ise özelleştirme ile gerçekleşmiştir⁴¹⁷. Özelleştirmeyle rekabetin sağlanmasının altında yatan esas nedenler birbirlerini tamamlar nitelikte olup⁴¹⁸, rekabet kuralları, hukuki temeli oluşturacak olması nedeniyle, özelleştirmenin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmektedir⁴¹⁹. Mevzuatımızda özelleştirme ile yapılan devralmalara uygulanan rekabete ilişkin kurallar Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 1998/4 sayılı Tebliğ ile düzenlenmiştir⁴²⁰. Tebliğ ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarının gerçekleştirilecekleri devirlerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumu nezdinde bildirim yapılmasını ve bu yolla izin alınmasına ilişkin prosedürler düzenlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca, özelleştirme işlemlerinin hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurum'a ön bildirimde bulunulması gerekmekte, Kurum, yapacağı incelemede, böyle bir özelleştirmenin ilgili pazarda ne gibi sonuçlar doğuracağını, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası ne durumunda olacağını değerlendirmektedir.

İnceleme sonucunda Kurul'un görüşünün alınması zorunlu olup, ihale şartnamesinin

⁴¹⁷Özelleştirme konusunda ilk gelişmeler ise, Yap-İşlet-Devret modelinin temellerinin atıldığı 1980 sonrasında yaşanmıştır. Bu dönemde, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti konularında sermaye şirketlerinin de görev alabileceğini düzenlenen 3096 sayılı Kanun çıkarılmış, bu düzenlemenin ardından ise Yap-İşlet-Devret (YİD) modelinin temelleri oluşturulmuştur. Esas olarak bir özelleştirme yöntemi olmayan YİD, daha çok kamu hizmeti niteliğinde olan enerji üretiminin özel sermaye ile yapılıp, bu sermaye kaynağına yapılan yatırımı sübvans etmesi için belirli bir kar payı ilave ederek işletme hakkı verilmesini, belirlenen sürenin sonunda ise kurulan santralin karşılıksız olarak devlete devredilmesini öngören bir sistemdir. Yani bir anlamda mali destek yaratılmaktadır⁴¹⁷. 1994 yılında çıkarılan 3496 sayılı Kanun ile, YİD modelinin uygulanmasını teşvik etmek amacıyla vergi muafiyetleri getirilmiş, 1997 yılında ise 4283 sayılı Yap-İşlet (Yİ) Kanunu çıkarılmıştır. Bu yeni Kanun ile, termik santrallerin kurulması amaçlanmış ve YİD Kanunu'ndan farklı olarak mülkiyet devri kaldırılmıştır. 1999 yılında ise 4501 sayılı Kanun ile Anayasa değişikliği yapılmış; imtiyaz sözleşmelerinde özel hukuk hükümlerinin uygulanabileceği ve bu sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceği düzenlenmiştir.

⁴¹⁸ G. Öz, **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-1999, s.47.

⁴¹⁹ G. Öz, 1999, s.49.

⁴²⁰ 12.09.1998 tarih, 23461 sayılı Resmi Gazete. 1998/4 sayılı Tebliğ, 1998/5 sayılı Tebliğ ile değişikliğe uğramıştır. Ancak çalışmamızda Tebliğin değişikliklerin işlendiği metin dikkate alınmaktadır.

hazırlanmasında esas kabul edilmektedir⁴²¹. Bu yöntem ile özelleştirilmenin kamuoyuna bildirilmesinden önce Rekabet Kurumu’nun görüşünün alınması sağlanmakta, ancak Rekabet Kurumu’nun rolü bununla sınırlı kalmamaktadır. Ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme işlemlerinin ve ön bildirim tabi olmasa dahi Tebliğ kapsamında olan özelleştirme işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurum’dan izin almaları gerekmektedir⁴²².

Enerji sektöründe özelleştirme yoluyla yapılan ilk devirlerin başında gelen POAŞ’ın özelleştirilmesi, 30 Temmuz 1998 tarihinde gerçekleştirilmiş ve bu dönemde 1998/4 sayılı Tebliğin bulunmaması nedeniyle yoğunlaşmalara uygulanan 1997/1 sayılı genel Tebliğ uygulanmıştır⁴²³. Bu özelleştirme sonuçlandırılmadığından “*blok satış yöntemiyle*” işleme tekrar başlanılmış ve yeni başlayan bu süreçte ise 1998/4 sayılı Tebliğ hükümleri uygulanmıştır⁴²⁴. Yine 1998 yılında, TEDAŞ kapsamında yapılan toplu özelleştirmeler ile birlikte Adana, Mersin, Hatay ve Osmaniye illerini kapsayan bölgede, elektrik dağıtımı ve ticaretini yapma görevi ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak dağıtım tesislerinin işletme hakları, 30 yıl süreyle, Çukurova Elektrik A.Ş.’ne, Antalya ilini kapsayan bölgedeki aynı haklarda, yine aynı süreyle, Kepez Elektrik A.Ş.’ne devredilmiştir⁴²⁵. Bu kararda dikkat çekici olan nokta, özelleştirmenin tarafı olan teşebbüslerin bu

⁴²¹ 1998/4 sayılı Tebliğ, m. 3/1.

⁴²² 1998/4 sayılı Tebliğ, m. 5.

⁴²³ Bu kararın iptali için Danıştay’a başvurulmuştur; Danıştay 10. Dairesi; E. 1998/5649, K. 2002/846, T. 26.03.2001.

⁴²⁴ 08.03.2000 tarih ve 00-10/105-51 sayılı Rekabet Kurulu kararı; ayrıca, Danıştay 10. Dairesi, E. 2000/1776, K. 2002/4183, T. 06.11.2002.

⁴²⁵ 16.19.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)’nın mevzuatın gereklerinin yerine getirilmediği gerekçesiyle yaptığı başvuru üzerine Haziran 2003’te önce ÇEAŞ, ardından ise KEPEZ’e TMSF tarafından el konulmuştur. İki şirkete de el konulmasının ardından, Güney Kıbrıs’ta faaliyet gösteren Libananco şirketi, ÇEAŞ ve KEPEZ’in ortağı olduğunu ve el koymayla zarara uğradığını ileri sürerek Türkiye aleyhine Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi’nde, 10 milyar dolarlık bir tahkim yargılaması başlatmıştır. Tahkim yargılaması halen sürmekte olup, tamamlanmasının ardından ÇEAŞ ve KEPEZ’in tekrar özelleştirilmesi beklenmektedir.

piyasada daha önce faaliyetleri bulunmasa da, piyasa değerlendirilmesi yapılarak ileride sorun yaşanmaması ve piyasaının etkin rekabetin yapılabileceği bir zeminde şekillenmesi için dikkat edilmesi gereken ve enerji piyasalarındaki rekabet sorunları kapsamında açıklanan konuların belirlenmesidir. Kurul, kararında yaptığı bu tespitler sonucunda, devir işleminin geçerli olabilmesini belirli koşulların yerine getirilmesine bağlamış, sabit fiyat uygulaması yerine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenen fiyat aralıklarının uygulanması, alıcılar arasında ayrımcılık yapılmaması koşulları ile yetki devrinde Rekabet Kurumu’ndan izin alınmasını zorunlu tutmuştur.

Elektrik sektöründeki en kapsamlı özelleşme çalışmaları 2004 yılında başlamış ve özelleştirmenin esasları “*Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi*” ile belirlenmiştir⁴²⁶. Bu kapsamda Türkiye 21 elektrik dağıtım bölgesine ayrılmış; bunlardan Kayseri ve Civarı Elektrik T.A.Ş. özel teşebbüs tarafından işletildiğinden özelleştirme kapsamı dışında tutulmuştur⁴²⁷. 2008 yılında açılan ilk ihalelerde Başkent, Sakarya ve Meram dağıtım bölgeleri satışa çıkarılmış⁴²⁸; 2009 yılı sonunda ise Çoruh, Osmangazi ve Yeşilırmak bölgelerinin ihaleleri sonuçlandırılmıştır⁴²⁹. 2010 yılında ise, Çamlıbel, Fırat, Uludağ, Vangölü,

⁴²⁶ Yüksek Planlama Kurulu’nun 17/03/2004 tarih ve 2004/3 sayılı kararı.

⁴²⁷ Kayseri ve Civarı Elektrik T.A.Ş.’nin lisanslama süreci, 15/07/2009 tarihinde tamamlanmış, 2010 yılı için ise dağıtım ve perakende satış lisansları verilmiştir.

⁴²⁸ İlk etapta Başkent, Sakarya, İstanbul ili Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin hisseleri satışa çıkarılmış ancak Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun (08.01.2007 tarih ve 2007/01 sayılı) ihalelerin ertelenmesine karar verilmiştir. Ancak, sonrasında Başkent ve Sakarya Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin özelleştirme ihalelerine devam edilirken, İstanbul ili Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin özelleştirme ihalesinin iptal edilmesine karar verilmiştir (22.04.2008 tarih ve 2008/25 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı). ihaleler sonucunda Başkent bölgesi, Enerjisa Elektrik Dağıtım A.Ş.; Sakarya bölgesi, Akcez Enerji Yatırımları San. ve Tic. A.Ş. ve Meram bölgesi Alcen Enerji Dağ. ve Perakende Sat. Hiz. A.Ş. tarafından devralınmıştır. Hisse devir işlemleri; Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin 28/01/2009, Sakarya Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin 11/02/2009 ve Meram Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin ise 30/10/2009 tarihinde tamamlanmıştır.

⁴²⁹ Hisselerin tamamının blok satış yöntemi ile özelleştirilmesi sonucunda, Yeşilırmak bölgesi Çalık Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Çoruh bölgesi Aksa Elektrik Perakende Satış A.Ş. ve Osmangazi bölgesi Eti Gümüş A.Ş. tarafından devralınmıştır.

Akdeniz, İstanbul Anadolu Yakası, Toroslar, Trakya, Gediz, Boğaziçi, Dicle ve Aras Elektrik Dağıtım A.Ş. bölgelerinin ihale süreci tamamlanmıştır⁴³⁰. Böylece Türkiye genelindeki 21 dağıtım bölgesinden, 5 tanesi özelleştirilmiş, 13 tanesinin ihaleleri tamamlanmış, geriye kalan bölgeler için ise çalışmalar devam etmektedir.

Strateji Belgesi kapsamında, dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesinin yanında, elektrik üretim faaliyetlerinin özel sektöre geçmesi içinde önemli çalışmalar yapılmaktadır. Örneğin, 2009 yılında alınan bir karar ile üretim santrallerinin, işletme hakkı verilerek özelleştirilmesine karar verilmiştir. Buna göre, 18 adedi termik santral, 27 adedi hidroelektrik (HES) ve 56 adedi ise akarsu olmak üzere toplam 101 santral özelleştirilecektir⁴³¹. Bu santraller 19 grup halinde özelleşecek olup, verilecek olan işletme hakkı 49 yıllık bir süreyi kapsayacaktır. İhale sürecine 2 Aralık 2009 tarihinde başlanmıştır.

Doğalgaz piyasasında gerçekleşen ve devlet tekelinin özel sektöre aktarılması kapsamında sayılan serbestleşmelerden ilk olarak BOTAŞ'ın ithalat sözleşmelerinin devri dikkati çekmektedir. 4646 sayılı DGPK'nun geçici 2. maddesi uyarınca yaptığı sözleşmelerin devri kapsamında⁴³², yapılan incelemelerde, devre konu olan

⁴³⁰ Bu ihale sonuçlarına göre, Vangölü ve Fırat Elektrik Dağıtım A.Ş., AKSA Elektrik Perakende Satış A.Ş.; Çamlıbel Elektrik Dağıtım A.Ş., KOLİN İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş., LİMAK İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., Park Holding A.Ş.; İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş., MMEKA Makine İthalat İhracat A.Ş.; Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş., Yıldızlar SSS Holding; Trakya Elektrik Dağıtım A.Ş., AKSA Elektrik Perakende Satış A.Ş.; Gediz ve Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş., İş-Kaya İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-MMEKA Makine İthalat İhracat A.Ş. O.G.G.; Dicle Elektrik Dağıtım A.Ş., Karavil Dayanıklı Tüketim Malları İnş. Oto. Pet. Ürünleri Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti., Ceylan İnş. Ve Tic. A.Ş. O.G.G.; Vangölü Elektrik Dağıtım A.Ş., Aksa Elektrik Perakende Satış A.Ş.; Aras Elektrik Dağıtım A.Ş., Kiler Alışveriş Hizmetleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.; tarafından en yüksek fiyatlar verilerek ihale işlemleri tamamlanmıştır.

⁴³¹ Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 19/10/2009 tarih ve 2009/59 sayılı kararı; 24/10/2009 tarihli ve 27386 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Program içerisinde 56 adet hidroelektrik üretim santralinin özelleşmesi yer almaktayken, bu üretim santrallerinden 4 tanesinin EÜAŞ tarafından yapılması planlanan baraj ve yol yapımı içerisinde yer alacağının bildirilmesi üzerine özelleştirme işlemi dışında tutulmuşlardır.

⁴³² Yapılan devirlere ilişkin kararlar için; Shell Enerji A.Ş., 03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı Rekabet Kurulu kararı; Enerco Enerji Sanayi Ticaret A.Ş., 01.11.2007 tarih ve 07-83/1007-392 sayılı

miktarların pazarın geneliyle karşılaştırıldığında çok küçük miktarlar olduğu, ancak yapılan işlemlerin bir yoğunlaşmadan çok pazarın rekabete açılması ve asıl olarak BOTAŞ üzerinde toplanan yoğunlaşmanın azaltılması amacını taşıdıkları gerekçesiyle, söz konusu işlemlerin hepsine izin verilmiştir⁴³³. Bu işlemlerde Bosphorus Gaz Corporation A.Ş.'ye yapılan devir işleminin incelenmesi sırasında Gazprom'un gaz ihraç eden bir şirket olmasının yanında, dolaylı yoldan toptan satış pazarına da girecek olmasının hakim durumunu güçlendirip güçlendirmeyeceği tartışılmış, ancak devir işleminin tarafı olan teşebbüslerin toptan satış pazarında başka bir faaliyetlerinin bulunmaması ve yine devredilen miktarın çok küçük olması sebebiyle hakim durum yaratmayacağı, bu durumun Gazprom tarafından ileride yapılacak devralma işlemlerinde tekrar değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bunların yanında, Başkengaz Dağıtım A.Ş.'nin %80'inin özelleştirilmesi de yapılandırma kapsamına alınmıştır. MMEKA Makine İthalat Paz. ve Tic. A.Ş.'nin en yüksek bedeli teklif etmesiyle tamamlanmıştır. Ancak, MMEKA'nın ihalenin tamamlanması için gerekli olan teminatı yatıramaması nedeniyle ihale iptal edilmiştir. Bununla beraber, yine aynı ortaklığın yedi adet elektrik dağıtım bölgesinin devralınması için en yüksek teklifi vermeleri üzerine yapılan incelemede, Kurul, Boğaziçi, Gediz ve Trakya dağıtım bölgelerinin devrinde büyüklüğün aşılması halinde devralma işlemine izin

Rekabet Kurulu kararı; Bosphorus Gaz Corporation A.Ş., 11.07.2007 tarih ve 07-59/687-242 sayılı Rekabet Kurulu kararı; Avrasya Gaz A.Ş., 13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴³³ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s. 339-342. BOTAŞ'ın tarafı olduğu Doğal Gaz Alım ve Satım Sözleşmelerinin üçüncü taraflara devrine ilişkin ihale aşamasında bir grup şirket (Bosphorus Gaz Corporation A.Ş., Koç Statoil Gaz Toptan Satış A.Ş., Shell Enerji A.Ş., ve BP Doğal Gaz Ticaret A.Ş.), bu ihalenin sonuçlanması halinde devir işleminin rekabeti bozucu etki yaratmadığının tespiti için menfi tespit başvurusunda bulunmuştur. Ancak Rekabet Kurumu bu başvurular üzerine yaptığı incelemede, her ne kadar ihale ilanında belirtilen şartlar arasında ihaleye girecek olan tüzel kişilerin Rekabet Kurumu'ndan muafiyet veya menfi tespit belgesi alma zorunluluğu getirilmiş olsa da, henüz yapılmamış bir anlaşmanın ve tamamlanmamış bir işlemin tespitinin yapılamayacağına, bu tespitinin ilgili anlaşmaların imzalanmasından sonra yapılabileceğine karar vermiştir; Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.345-346; 24.02.2005 tarih ve 05-11/108-38, 109-39, 110-40,111-41, 112-42 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

verilmeyeceği gerekçesiyle bu bölgelerden ikisinin tek bir kuruluşa verilmesinin uygun olmadığı belirtilmiştir⁴³⁴.

Yukarıda yapılan genel açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türkiye enerji piyasalarının rekabete açılması son yıllarda yapılan özelleştirmelerle hız kazanmış olup, ilerlemeye devam etmektedir. Her ne kadar enerji piyasaları devlet tekeline yeni kurtuluyor olsa da, bu yolda rekabet kurallarının uygulanması, piyasalarının sağlıklı şekillenmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle gelişmelerin sonuç verebilmesi ve etkin rekabetin sağlanması ise, AB’de olduğu gibi, düzenleyici otoritelere gerekli yetkilerin verilmesi ile sağlanacaktır⁴³⁵.

III. TÜRKİYE ENERJİ PİYASALARINDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ (BİRLEŞME VE DEVRALMALAR)

Mevzuatımızda yoğunlaşmalara ilişkin temel düzenleme Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer almaktadır⁴³⁶. Kanun’un 7. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü*

⁴³⁴ 03.03.2011 tarih ve 11-12/240-77 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴³⁵ M. Eroğlu, 2009, s.142-144.

⁴³⁶ 4056 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, ‘birleşme ve devralmalar’ kavramları kullanılıyor olsa da, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nda, AB düzenlemelerinde olduğu gibi ‘yoğunlaşmalar’ kavramına yer verilmektedir. Mevcut düzenlemelerde ‘birleşme ve devralmalar’ kavramlarının kullanılmasına rağmen, çalışmamızda bütünlük arz etmesi ve ileriki tarihlerde yürürlüğe girecek Kanun Tasarısı ile AB düzenlemelerinde ‘yoğunlaşmalar’ terimi kullanılması nedeniyle, bu uygulamaya sadık kalınacaktır.

veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasak” kabul edilmektedir. Maddenin devamında yer alan “hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder” hükmüyle ise yoğunlaşmaların izne tabi olduğu açık şekilde düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile kanun koyucunun rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda olduğu gibi ex-post değil, Kanun’a aykırı bir yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesinden sonra tespitinde, pazar yapısının eski durumuna çevrilmesinin yaratacağı hukuki ve fiili zorluk gibi nedenlerle ex-ante denetimi benimsediği söylenebilmektedir⁴³⁷.

Madde hükmünde verilen açık yetki uyarınca Rekabet Kurumu, yoğunlaşmalara ilişkin tebliğler yayınlamış, açıklayıcı düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerden ilki 1997 yılında yayınlanan Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’dir⁴³⁸. Tebliğ kapsamında yoğunlaşma sayılan ve sayılmayan hallerin neler olduğu, buna bağlı olarak hangi tür birleşmelerin izin usulüne tabi olduğu ve izin alınmasında uygulanması gereken prosedür düzenlenmiştir. Her ne kadar Kanun’da yoğunlaşmaların ayrıntılarına yer verilmemiş olsa da, 1997/1 sayılı Tebliğ bu açığı kısmen de olsa doldurmaktadır. Tebliğ’de yer alan düzenlemeler büyük oranda 139/2004 sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü’yle paralel nitelik arz etmektedir. Yakın zamanda yapılan bir değişiklik ile yoğunlaşmaların kontrolü kapsamında mevzuatımızda önemli değişiklikler meydana

⁴³⁷ N. Aksoy, Ş. Yavuz, “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulu’nun Denetim Yetkisini Hukuki Niteliği ve Sınırları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt:10, Sayı:2, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2009, s.10.

⁴³⁸ 12.08.1997 tarih ve Resmi Gazete 23078 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Tebliğ 1997/2 sayılı Tebliğ 1998/2, 1998/6, 2000/2, 2006/2 sayılı Tebliğ’lerle çeşitli değişikliklere uğramıştır.

gelmiş, 2010/4 sayılı Tebliğ ile sistemde mevcut bulunan aksaklıkların giderilmesi ve başvurunun kolaylaştırılması amaçlanmıştır⁴³⁹.

2010/4 sayılı Tebliğ’de, 1997/1 sayılı Tebliğ’e benzer olarak, yoğunlaşma sayılan haller arasında, birbirinden bağımsız teşebbüslerin birleşmesi, bir teşebbüsün veya kişinin başka bir teşebbüsü devralması veya üzerinde kontrol sahibi olması ile ortak girişimler sayılmıştır⁴⁴⁰. Buna göre, ortak girişimlerin Tebliğ kapsamında sayılabilmesi için belirli bir hedefi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş, kendi işgücü ve malvarlığı bulunan, aynı zamanda bağımsız bir iktisadi varlık olması gerekmektedir⁴⁴¹. Tebliğ kapsamında kontrol kavramına yer verilmiş, bu kapsamda belirleyici erki yaratacak şekilde kontrolün el değiştirmesi ile tek ve ortak kontrol kavramları tanımda yer almıştır⁴⁴².

Tebliğ’de yoğunlaşma sayılan haller bu şekilde belirtilmesinin yanında, yine AB düzenlemeleriyle paralel olarak, Kanun’un 7. maddesi kapsamında yoğunlaşma sayılmalarına rağmen izne tabi olmayan hallerde belirlenmiştir. Buna göre; menkul kıymet işlemleri, tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri nedenlerle ve miras yoluyla gerçekleşen yoğunlaşmalar Tebliğ kapsamı dışında tutulmuştur. 2010/4 sayılı

⁴³⁹ 2010/4 sayılı Tebliğin 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmesi nedeniyle yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin açıklamalar yeni Tebliğ çerçevesinde yapılacak; yeri geldiğinde 1997/1 sayılı Tebliğ ile arasındaki farklılıklara değinilecektir.

⁴⁴⁰ 2010/4 sayılı Tebliğ’in yayınlanmasının ardından, değişikliklerin uygulamaya yansımaları kolaylaştırmak için yol göstermesi amacıyla taslak bir Kılavuz yayınlanmıştır. “Birleşme ve Devralmalarda Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz Taslağı” için http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/BD-Cozumlerine_Iliskin_Kilavuz_Taslagi.pdf.

⁴⁴¹ Ortak girişimi oluşturan taraflar veya bu taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan bir ilişkinin bulunmaması gereklidir.

⁴⁴² Buna göre, kontrol kavramı içerisinde “ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler” yer almaktadır. Ayrıca, bu haklara sahip olanlar ya da bu haklara sahip olmasalar dahi çeşitli sözleşmelerle bu nitelikteki hakları kullanmaya yetkili kılınmış veya bunları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüslerde kontrolü elde etmiş sayılmaktadırlar.

Tebliğ ile 1997/1 sayılı Tebliğ'den farklı olarak “*kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler ile diğer işlemler*” de yoğunlaşma sayılmayan haller arasına eklenmiştir. Uygulamada, aynı grup içerisinde yapılan yoğunlaşmalar, kontrolün el değiştirmemesi sebebiyle, zaten incelenmesi gereken bir işlem olarak değerlendirilmemektedir. Nitekim TÜPRAŞ'ın, AYGAZ'ın OPET üzerinde sahip olduğu %40'lık hisselerini alması işlemi, hem AYGAZ hem de TÜPRAŞ'ın Koç Holding kontrolünde olması sebebiyle bir yoğunlaşma olarak değerlendirilmemiştir⁴⁴³. Zira bir devir işlemi olmasına rağmen bu devir işlemi kontrolde bir farklılık yaratmamaktadır. TÜPRAŞ ve OPET'in dikey bütünleşme içerisinde olmaları nedeniyle rekabeti bozucu etki doğuracak nitelikte olduğu belirtilmese de, TÜPRAŞ, OPET'e satış yaparken diğer dağıtıcılara da aynı şartlarda akaryakıt satma zorunluluğunda olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁴.

2010/4 sayılı Tebliğ ile izne tabi olacak yoğunlaşmaların belirlenmesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer alan ve yoğunlaşmaların izne tabi olmaları için ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması veya toplam cirolarının 25 milyon Türk Lirası'nı aşması şartı kaldırılmıştır. Yeni düzenleme uyarınca,

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

⁴⁴³ Y. Aslan, 2008, Cilt II, s. 192; 26.12.2002 tarih ve 02-81/948-393 sayılı ve 28.04.2006 ve 06-31/380-97 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

⁴⁴⁴ Y. Aslan, 2008, Cilt II, s.193-194; 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu uyarınca rafineri şirketlerinin dağıtım şirketine sahip olabilmelerine de bir engel bulunmamaktadır.

- İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi, aştığı işlemlerin gerçekleşebilmesi için Rekabet Kurumu'ndan izin alması zorunludur⁴⁴⁵.

Bununla beraber yeni düzenlemeyle, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmaması halinde, yukarıda belirtilen eşikler aşılsa bile Kuruldan izin alınmasının gerekmediği hüküm altına alınmıştır. Cirolar için belirtilen bu eşiklerin hesabında yoğunlaşmanın taraflarını oluşturan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki payları veya ciroları hesaplanmaktadır. Ancak, bu teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği veya yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüsler üzerinde kontrol hakkına sahip olan teşebbüsler de pazar payının veya ciro hesabının tespitinde dikkate alınmaktadır⁴⁴⁶.

AB'nde olduğu gibi, Kurul ilk aşamada kendisine yapılan bildirimin⁴⁴⁷ RKHK ve Tebliğ kapsamında izne tabi bir yoğunlaşma olup olmadığına karar vermektedir. Ön bildirim olarak adlandırılan bu aşamada Kurul, ya yapılan bildirim izin verecek ya da gerekli gördüğü takdirde nihai incelemeye geçileceğine karar verecektir⁴⁴⁸. Yani, ön bildirim aşamasında yoğunlaşma işlemi yasaklanmamakta, ya

⁴⁴⁵ Maddede belirtilen eşikler, Tebliğin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yılda bir Kurul tarafından yeniden belirlenecektir.

⁴⁴⁶ Ciro hesabında bir önceki mali yıldaki net satışlar dikkate alınmakta olup, birbirleri üzerinde kontrol hakkında sahip olan teşebbüslerin kendi aralarındaki satışlar hesapta dikkate alınmamaktadır. Teşebbüslerin kısmen devri ile oluşan yoğunlaşmalarda ise devredilen kısmın cirosu esas alınmaktadır. Hem 1997/1 hem de 2010/4 sayılı Tebliğ'lerde, ciro hesabına ilişkin genel düzenlemelerin dışında, AB düzenlemelerinde olduğu gibi, mali kurumlarında cirolarının hesabında özel düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak, bu mali kuruluşlar 1997/1 sayılı Tebliğ'de bankalar, özel finans kurumları, finansal kiralama, faktöring, sigorta şirketleri ve aracı kuruluşlar şeklinde sayılmışken; 2010/4 sayılı Tebliğ'de bankalar ve katılım bankaları; finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketleri; aracı kurumlar ve portföy yönetim şirketleri; sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ve diğer mali kurumlar olmak üzere farklı başlıklar altında toplanmıştır.

⁴⁴⁷ 1997/1 sayılı Tebliğ'de olduğu gibi, 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca da, yoğunlaşmaların Kurum'a bildirimini, aynı Tebliğ'in ekinde yer alan matbu form ile gerçekleştirilmektedir.

⁴⁴⁸ Bu durumda yoğunlaşma işlemi nihai karara kadar askıda kalacak ve uygulanamayacaktır.

işleme izin verilmekte ya da nihai karar aşamasına geçilmektedir⁴⁴⁹. Kurul, yoğunlaşmanın nihai incelemeye tabi olması gerektiğine karar verirse, işlemin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya konulamayacağını taraflara bildirmektedir⁴⁵⁰.

Kurul, kendisine yapılan bildirimin, Kanun ve Tebliğ kapsamında yapılan düzenlemeler çerçevesinde izne tabi bir yoğunlaşma olduğuna karar verirse, ilgili işlemin hukuka uygun olup olmadığını inceleyecektir. Kurul bu değerlendirmeyi yaparken, çeşitli unsurlardan yararlanmaktadır. 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca, bu unsurlar; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar olarak belirlenmiştir⁴⁵¹. Bu değerlendirmeler sonucunda Kurul, bildiri yapılan yoğunlaşmanın hakim durum yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmediyine; bunun sonucunda, ülkenin tamamında veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde etkilemediği sonucuna varırsa, yoğunlaşmaya izin vermekte; hakim bir durum yarattığına veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiyine, bunun sonucunda ise ülkenin tamamında veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyen bir işlem olduğuna karar vermesi halinde ise bu yoğunlaşmaya izin vermemektedir.

Örneğin, enerji piyasalarındaki ilk özelleştirilen kurumlardan olan POAŞ, öncelikle Doğan Şirketler Grubu A.Ş. ile Türkiye İş Bankası A.Ş. tarafından

⁴⁴⁹ N. Aksoy, Ş. Yavuz, 2009, s. 14.

⁴⁵⁰ 2010/4 sayılı Tebliğ, m. 13(5). Bu durumda Kanun'un 40-59. maddeleri arasında yer alan ve Kurul'un inceleme ve araştırma usullerini içeren düzenlemeler çerçevesinde incelemesini tamamlayacaktır; RKHK, m. 10.

⁴⁵¹ 2010/4 sayılı Tebliğ, m. 13.

oluşturan bir ortak girişime satılmış, sonrasında Türkiye İş Bankası A.Ş. bu ortak girişim üzerindeki hisselerini Doğan Grubuna devretmiştir⁴⁵². Bu işlemler neticesinde devlet mülkiyetinde olan bir kuruluş özelleştirilmiş, özelleştirme sonrasında ortak kontrolle yönetilen şirkette hisse devri yapılması sonucunda tek kontrole geçilmiştir. Ancak POAŞ üzerindeki değişiklik bununla da sınırlı kalmamış, Doğan Şirketler Grubunun sahip olduğu hisselerin bir kısmı (%34) OMV Aktiengesellschaft tarafından devralınmıştır. Bu işlem sonucunda, tanınan diğer haklarında etkisiyle, tekrar tek kontrolden ortak kontrole geçilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, Doğan Şirketler Grubu ile Türkiye İş Bankası'nın oluşturduğu ortak girişimin POAŞ'ı devralması işlemi, her iki şirketin de petrol piyasasında faaliyeti olmaması nedeniyle uygun bulunmuştur. Hisselerin tamamının Doğan Şirketler Grubuna devri ise sadece kontrol yapısının değişmesine neden olması ve aynı teşebbüsler arasında gerçekleşmesi nedeniyle, yapılan işlemlerde herhangi bir yoğunlaşmanın olmadığına karar verilmiştir.

Doğalgaz piyasasında gerçekleşen yoğunlaşmalara verilebilecek en önemli örnek ise, DGPK'nun geçici 2. maddesi uyarınca BOTAS'ın taraf olduğu ithalat sözleşmelerinin devredilmesidir. Kurul devir işlemlerini izne tabi yoğunlaşma işlemleri olarak değerlendirilmiş, ancak yapılan incelemelerin her birinde, devredilen miktarların pazarın geneliyle karşılaştırıldığında çok küçük olduğu, fakat devir işlemlerinin bir yoğunlaşmadan ziyade, pazarın rekabete açılması ve asıl olarak BOTAS üzerinde toplanan yoğunlaşmanın azaltılması amacını taşıdığı gerekçesiyle işlemlere izin vermiştir⁴⁵³.

⁴⁵² Bu işlem sonrasında Doğan Şirketler Grubu'nun POAŞ üzerindeki hisseleri %88,36 olup, geriye kalan %11.64'lük kısmı ise halka açıktır.

⁴⁵³ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s. 339-342. BOTAS'ın tarafı olduğu Doğal Gaz Alım ve Satım Sözleşmelerinin üçüncü taraflara devrine ilişkin ihale aşamasında bir grup şirket (Bosphorus Gaz

Benzer olarak, Eskişehir Şehir İçi Doğal Gaz Dağıtım Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (ESGAZ) ile Bursa Şehir İçi Dağıtım Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin (BURSAGAZ) özelleştirilmesi işleminin yoğunlaşma kapsamına girdiği belirtilmiş; ancak, ihaleye başvuruda bulunan şirketlerden hiçbirinin daha önce bu pazarda faaliyet göstermemesi nedeniyle herhangi birinin ihaleyi kazanmasının piyasada bir değişikliğe yol açmayacağı gerekçesiyle işleme izin verilmiştir⁴⁵⁴. Yine, doğalgaz dağıtım pazarında faaliyet gösteren Kayseri Doğalgaz Dağıtım Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin %90 oranındaki hisselerinin Çalık Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminde de, bölgede faaliyet gösteren teşebbüsün değiştiği gerekçesiyle izin verilmiştir⁴⁵⁵.

Çalışmamızın ikinci bölümünde AB'deki uygulamalarına ayrıntılı olarak yer verildiği gibi, ülkemiz uygulamalarında da, Rekabet Kurulu, bir yoğunlaşmaya koşullu olarak izin verebilme ve bazı tedbirlerin alınmasını öngörebilme yetkisine sahip bulunmaktadır. Buna göre, Kurul, bildirimi yapılan bir yoğunlaşma işleminin hakim durum yarattığına veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiğine ve ülkenin tamamında veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde etkilediğine ilişkin

Corporation A.Ş., Koç Statoil Gaz Toptan Satış A.Ş., Shell Enerji A.Ş., ve BP Doğal Gaz Ticaret A.Ş.), bu ihalenin sonuçlanması halinde devir işleminin rekabeti bozucu etki yaratmadığının tespiti için menfi tespit başvurusunda bulunmuştur. Ancak Rekabet Kurumu bu başvurular üzerine yaptığı incelemede, her ne kadar ihale ilanında belirtilen şartlar arasında ihaleye girecek olan tüzel kişilerin Rekabet Kurumu'ndan muafiyet veya menfi tespit belgesi alma zorunluluğu getirilmiş olsa da, henüz yapılmamış bir anlaşmanın ve tamamlanmamış bir işlemin tespitinin yapılamayacağına, bu tespitinin ilgili anlaşmaların imzalanmasından sonra yapılabileceğine karar vermiştir; Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.345-346; 24.02.2005 tarih ve 05-11/108-38, 109-39, 110-40,111-41, 112-42 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

⁴⁵⁴ Y. Aslan, 2009, Cilt III, s.338; 15.01.2004 tarih ve 04-03/47-12 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴⁵⁵ 22.03.2007 tarih ve 07-27/246-81 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bunun ardından Kayserigaz üzerinde, Çalık Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Ewe Enerji ortaklık oluşturma amacıyla yapılacak devir işlemine piyasada bir yoğunlaşma yaratmadığı gerekçesiyle izin verilmiştir; 17.04.2008 tarih ve 08-29/364-119 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Sonrasında ise hem Kayserigaz, hem de Bursagaz üzerinde Çalık Enerji'nin sahip olduğu hisseler Ewe Enerji'ye devredilmiş ve ortak kontrolden tek kontrole geçiş yapılmıştır; 09.10.2008 tarih ve 08-57/919-367 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Ortak kontrolden tek kontrole geçiş ve bu işlemin bir yoğunlaşma olduğuna ilişkin en tipik örnek Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'nin, Schott Zwiesel Gkansıwerke A.G. ile ortak yönettiği Paşabahçe Schott Cam Sanayi ve ticaret A.Ş. üzerinde Scott A.G.'nin sahip olduğu hisseleri almasıdır; 18.04.2000 tarih ve 00-14/134-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

ciddi şüphelerin bulunması halinde, tarafların öngöreceği taahhütler doğrultusunda, belirli koşulların gerçekleştirilmesi kaydıyla ilgili yoğunlaşma işlemine izin verebilmektedir. Enerji piyasalarımızdaki genel yapıya bakıldığında, taraflarca taahhüt edilen ve Kurul tarafından öngörülen koşulların başında ayırıştırma uygulamaları gelmekte, uzun süreli sözleşmeler ile kapasite devri de uygulanan yöntemler arasında yer almaktadır. Kurul'un koşullu izin verme yetkisine sahip olup olmaması konusunda bazı tartışmalar bulunmakla beraber⁴⁵⁶; Danıştay 13. Dairesi verdiği kararında, yoğunlaşma taraflarını oluşturan teşebbüslerin bir taahhütte bulunması halinde Kurul'un bu taahhüt doğrultusunda işleme izin verme yetkisinin bulunduğunu; ancak teşebbüsler tarafından verilmiş herhangi bir taahhüt bulunmuyor ise RKHK'nda yer alan koşullar çerçevesinde yetkili olduğunu belirtmiştir⁴⁵⁷. Nitekim aynı görüş Avrupa Komisyonu tarafından da benimsenmiştir. Komisyon'un Koşullu İzne İlişkin Duyuru'sunda açıkça ifade edildiği gibi, işleme taraf olan teşebbüslerin taahhüt talebinde bulunmamalarına rağmen koşullu izin öngörülmesi, uygulamada sorun yaratabilecek olması nedeniyle doktrinde de eleştirilmektedir⁴⁵⁸. Yoğunlaşmanın taraflarınca getirilmeyen ve karar organı tarafından dayatılan koşullar, bunların uygulamaya geçirilmesini ve etkin sonuçlar doğurmasını engellemektedir.

Kurul tarafından verilen koşullu izin kararlarının çok köklü ve oturmuş bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, TÜPRAŞ'ın Koç-Shell ortak girişimi tarafından devralınmasına ilişkin incelemede, ortak girişimin yapısı ve

⁴⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. N. Aksoy, Ş. Yavuz, 2009, s.7-25. Yazarlar çalışmalarında “Kurulun bir yoğunlaşma işlemine ilişkin izin kararını belirli şartlara bağlanması, işlemin mevcut halinin hangi bakımlardan Kanun'un 7. maddesi açısından sakınca doğurduğu, dolayısıyla bildirilen haliyle gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığının başka bir ifadesidir. Diğer anlatımla izin verilmemesinin gerekçesi olarak yorumlanmalıdır” açıklamasında bulunmuşlardır.

⁴⁵⁷ Danıştay 13. Dairesi, 2008/1317 esas sayılı ve 13.02.2009 tarihli kararı; N. Aksoy, Ş. Yavuz, 2009, s. 9.

⁴⁵⁸ O. Şenyücel, 2009, s. 97; AB genel mahkemesi de benzer görüştedir.

hangi durumlarda ortak kontrolün oluşmuş sayılacağına ilişkin önemli tartışmalar yer almaktadır⁴⁵⁹. Ortak girişimde büyük pay sahibi Koç Holding olmasına rağmen diğer hissedar SHELL'in ise önemli veto haklarının bulunması üzerinde tartışma yaşanmıştır. Bununla beraber işlemin incelenmesinde Koç Holding'in dağıtım faaliyetinde bulunan OPET ve AYGAZ şirketlerine de sahip olmasının, TÜPRAŞ'ın hakim durumunu güçlendirebileceği, ancak Türkiye'nin petrol ithalatına uygun bir yapıya sahip olması nedeniyle bu durumun rekabeti önemli derecede etkilemeyeceğine karar verilmiştir. Bununla beraber, özelleştirme sonrasında TÜPRAŞ ile OPET'in Koç Holding ile dikey bütünleşme içerisinde olacağı; ancak, OPET'in Koç Holding ile Öztürkler ailesi tarafından ortak kontrol etmesi nedeniyle, bu bütünleşmenin sonucunda, TÜPRAŞ'ın rafınaj pazarındaki hakim durumunu güçlendirecek olması nedeniyle, İzmir rafinerisinde bulunan ve LPG ithalatı yapan tesislerinin 3 yıl boyunca dağıtım şirketlerine açılması şartı getirilmiş, bu koşulla özelleştirme işlemine izin verilmiştir⁴⁶⁰. Kurul'un bu kararı, taahhütün yerine getirip getirilmediğinin denetiminin nasıl olacağı ya da rekabeti bozucu niteliği ortadan kaldırıp kaldırmayacağının açıklamasında yetersiz kalabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁶¹.

Koşullu izne verilebilecek bir diğer örnek, TEDAŞ özelleştirilmesidir. Elektrik piyasasındaki toplu özelleştirme olan TEDAŞ'ın özelleştirilmesinde, piyasaya ilişkin genel değerlendirmeye ve sorunlara yer verildikten sonra, bu değerlendirmeler doğrultusunda işleme koşullu olarak izin vermiştir. Buna göre,

⁴⁵⁹ 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurumu Kararı.

⁴⁶⁰ 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Zira Koç Holding-Shell ortaklığı içerisinde OPET ve AYGAZ'ın da hisseleri bulunmakta olup, bu teşebbüsler ilgili yoğunlaşma işlemi kapsamında incelenen ilgili pazarlardan akaryakıt ve LPG ürünleri dağıtım pazarlarında faaliyetlerini sürdürmekte ve ithalat faaliyetleri nedeniyle TÜPRAŞ'a rafınaj pazarında rakip durumda bulunmaktadır.

⁴⁶¹ O. Şenyücel, 2009, s.98-100.

devralan şirketler, imtiyaz sözleşmelerinde yer alan münhasırlık hükmünün çıkaracak ve yerine alternatif temin kaynaklarına açık bir sistemi benimseyecek; bu doğrultuda dağıtım ve ticaret işleri birbirlerinden ayrıştırılarak, ilk beş yıl içerisinde 1MW ve üzerinde elektrik kullanan tüketicilere yönelik olarak şirketlere, talep etmeleri halinde, kendi bölgeleri dışındaki bölgelere de elektrik satış hakkı tanıyacak, bu yolla ticaret alanı kısmen de olsa rekabete açılacaktır. Bunun yanında, TEDAŞ ile imzalanan “Enerji Satış Anlaşmaları”nda düzenlenen sabit fiyat uygulaması kaldırılacak, bunun yerine Bakanlık tarafından belirlenecek fiyat aralığı içerisinde faaliyet gösterilecek ve bölgede yer alan şirketlerin bu aralık içerisinde istedikleri fiyatı uygulamalarına imkan tanınacaktır. Ayrıca eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılmayacak ve yetki devri halinde Rekabet Kurumu’nun izni alınacaktır.

Buna benzer olarak, TEAŞ’ın termik santrallerinin işletme haklarının ilgili teşebbüslere devri işleminde ise, Bakanlık ile imzalanacak olan imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki yetkilerin Hazine Müsteşarlığı’nın olumlu görüşü ve Bakanlığın onayıyla devir ve temlik edebileceğine ilişkin hükmün, bu işlemlerde Rekabet Kurulu’nun da izninin alınması koşulu getirilerek, sözleşme kapsamında değiştirilmesine karar verilmiştir⁴⁶².

Bir diğer yoğunlaşma işleminde BP Gaz A.Ş. dökme LPG satış faaliyetlerinden çekilme ve “*Alım Satım ve Müsteri Devir Sözleşmesi*” kapsamında bu alandaki hisselerinin tamamını İpragaz’a devretme kararı almıştır⁴⁶³. Rekabet Kurumu ise ilgili işlemin RKHK kapsamında bir yoğunlaşma olduğuna karar vererek

⁴⁶² 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bunların dışında POAŞ kararında da değişiklikler yapılmıştır; 18.02.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz; N. Aksoy, Ş. Yavuz, “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulu’nun Denetim Yetkisini Hukuki Niteliği ve Sınırları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt:10, Sayı:2, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2009 ve P. Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara-2003, s. 219-220.

⁴⁶³ 28.09.2006 tarih ve 06-67/901-258 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

inceleme başlatmıştır. İnceleme sonucunda, tarafların aralarında yapmış oldukları devir sözleşmesinde yer alan ve BP'nin, sözleşme çerçevesinde devredilen müşterilerle ilgili bilgileri, başka bir LPG dağıtım şirketi ile paylaşılmayacağına ve bu müşterilerle LPG işine ilişkin olarak ticari ilişki kurmayacağını içeren süresiz rekabet yasağının 2 yıl ile sınırlandırılması halinde işleme izin verilebileceğine karar vermiştir. Kararda, süresiz rekabet yasağının pazara girişi zorlaştıran bir unsur olduğu, ilgili işlemin sadece müşteri bilgilerinin devrini içerdiği ve herhangi bir know-how devrinin bulunmadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, AB Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde olduğu gibi, mevzuatımız kapsamında da, bir yoğunlaşma işlemine koşullu izin verilmesinin yanında, bu koşulların gerçekleştirilmesini öngören şart ve yükümlülükler ile yan sınırlamalar da getirilebilmektedir⁴⁶⁴.

Kurum inceleme yaparken 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında üçüncü kişilerin bilgisine başvurabilmekte, bu kişilerin savunmasını alabilmektedir⁴⁶⁵. Teşebbüslerin verdikleri bilgilerde şeffaf olmaları, tedbirlerin belirlenmesinde önem taşırken, aynı zamanda ticari sır ve mesleki gizliliklerinin de korunmasına özen gösterilmektedir. Bu kapsamda Türkiye ile AB'de yer alan düzenlemeler birbirlerine uyum göstermekte ve şeffaflık hükümleri gizlilik hakkı ile sınırlandırılmaktadır⁴⁶⁶. Her ne kadar Türk mevzuatında hangi bilgilerin gizli olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmasa da uygulamada pazar payı rakamları, bilanço, müşteri ve alıcı bilgileri gizli bilgi kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ 1997/1 sayılı Tebliğ'den farklı olarak, 2010/4 sayılı Tebliğ'de yan sınırlamaların kapsamı aşp aşmadığını belirleme yetkisi de işlem taraflarına bırakılmıştır; 2010/4 sayılı Tebliğ, m. 13.4, 13.5.

⁴⁶⁵ Bu kişiler arasında yoğunlaşma işleminin tarafları olan teşebbüslerin müşterileri, rakipleri, sağlayıcıları yanı sıra ilgili işlem ile ilgili meşru menfaatleri olduğunu gösteren diğer kişiler de yer almaktadır.

⁴⁶⁶ H. Stakheyeva, "Merger Remedies Under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance", **Rekabet Dergisi**, Cilt:10, Sayı:2, Nisan 2009, Rekabet Kurumu Yayınları, s.133.

⁴⁶⁷ H. Stakheyeva, 2009, s.134.

Bildirim yapılmaması halinde ise, yine AB düzenlemelerinde olduğu gibi, mevzuatımızda da bazı cezai hükümler öngörülmüştür. Buna göre, Kurul, kendisine bildirilmeyen yoğunlaşma işlemini öğrenmesi halinde resen inceleme başlatabilmektedir. Resen başlatılan inceleme sonucunda, yoğunlaşmanın Kanun'da yer alan düzenlemelere aykırı olmadığına karar verilmesi halinde, bildirimde bulunulmadığı gerekçesiyle sadece para cezası; aykırı olduğuna karar vermesi halinde ise para cezasının yanında, yoğunlaşmanın sona ermesine, hukuka aykırı gerçekleştirilen tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına, payların veya malvarlığının eski sahiplerine iadesine⁴⁶⁸ veya üçüncü kişilere temlik edilmesine veya devredilmesine, iadelerin, temlikin veya devir sürecinin tamamlanmasına kadar devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve diğer tedbirlere karar verilebilmektedir⁴⁶⁹. Bunun dışında, Kurul, yoğunlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi veya karar ile öngörülmüş olan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde yoğunlaşma işlemini tekrar inceleyebilmekte⁴⁷⁰, bu incelemenin sonucunda ise ilgili işlemin yasaklanmasına veya diğer yaptırımların uygulanmasına karar verilebilmektedir.

Türkiye'de yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin yukarıda yapılan açıklamaların yanında, Rekabet Kurumu tarafından yapılan değerlendirmelerin geneline bakıldığında çoğunlukla yoğunlaşmalara izin verildiği görülmektedir. Buna göre, 110 dosyada işleme izin verilirken, 84 dosyada verilen izinler koşullara

⁴⁶⁸ İade koşulları ve süresi Kurul tarafından belirlenmektedir.

⁴⁶⁹ RKHK, m. 11. İzne tabii olan ancak gerekli izin alınmadan uygulamaya konulan yoğunlaşmalar için para cezası uygulanmasında, yoğunlaşma taraflarının tüzel kişiliği olması koşuluyla, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine para cezası uygulanır ise, yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen para cezasına hükmedilebilmektedir. Şahsi olarak verilen bu para cezası, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilecek olan cezanın %10'u kadardır.

⁴⁷⁰ 1997/1 sayılı Tebliğ, m. 9; 2010/4 sayılı Tebliğ, m. 16.

bağlanmış ve sadece 1 dosya reddedilmiştir. Bunun dışındaki 31 dosya ise kapsam dışı veya eşiklerin altında olmaları sebebiyle incelemeye alınmamıştır⁴⁷¹. Bu yoğunlaşmalar 4 adet birleşme, 128 adet devralma, 12 adet ortak girişim ve 2 adette özelleştirme başlıkları altında olmak üzere toplamda 146 adet yoğunlaşma işlemi sonuçlandırılmıştır. Sonuçlandırılan bu dosyalardan (birleşme ve devralmalar, ortak girişimler ve özelleştirmeler dahil olmak üzere) 10 tanesi elektrik, doğalgaz ve su dahil olmak üzere enerji alanında, 4 tanesi ise petrol, petrokimya ve petrol ürünleri sektöründedir⁴⁷².

IV.DEĞERLENDİRME VE KARŞILAŞTIRMA

Tüm ekonomilerde önemli bir yere sahip olan enerji, ülkemizin kalkınmasının tamamlanması için geliştirilmesi gereken bir piyasadır. Ülkemizin enerji kaynakları ihtiyacını karşılamıyor olsa da, geliştirilmeye açık olup, son yıllarda transit ülke niteliği taşımaya başlamış olması, yakın zamanda daha güvenilir ve sürdürülebilir kaynaklara sahip olacağının işareti olarak gösterilebilir.

Özellikle AB enerji piyasalarındaki ortak bir pazar olma ve rekabete açılma girişimleri Türkiye'ye yansımış, enerji piyasalarının yapılandırılması çalışmalarına hız verilmiştir. Bu kapsamda kısa sürede çok önemli gelişmeler yaşanırken, sağlıklı piyasaların oluşturulması için rekabet kuralları temel araç olarak benimsenmiştir. Bu gelişmelerin başında, piyasaları düzenleyici bir kurumun oluşturulması, özelleştirme paketleriyle elektrik dağıtım şirketlerinin, hidroelektrik santrallerinin, doğalgaz dağıtım şebekelerinin özelleştirilmesi, BOTAŞ sözleşme devirlerinin yapılması,

⁴⁷¹ Rekabet Kurumu, **11. Yıllık Rapor '09**, Rekabet Kurumu Yayınları, Pulat Basımevi, Ankara-2010, s.56.

⁴⁷² Yıllık Rapor '09, s.56.

yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelinmesi, enerji verimliliği konusunda duyarlılık geliştirilmesi ve bunların gerçekleştirilmesi için düzenlemelere yer verilmesi gelmektedir. AB ile Türk mevzuatının birbirlerine uyum içerisinde olması, Türkiye'nin AB üyesi olmamasına rağmen Gümrük Birliği'nde olan tek ülke olması yanında, aday ülke olması ve üye ülkeler ile arasındaki ikili ilişkilerin gün geçtikçe artması nedeniyle ayrı bir önem taşımaktadır⁴⁷³. Ancak, hem enerji piyasalarının rekabete açılması hem de rekabet kurallarının uygulanması açısından AB düzenlemeleri ile ülkemiz mevzuatı karşılaştırıldığında halen mehzaz düzenlemelerin gerisinde kaldığı gözlenmekle birlikte; bu düzenlemelerin AB'nde olduğu gibi ülkemize aktarılmaya çalışılması iki düzen arasındaki farklılıklarıda göz önüne çıkarmaktadır.

AB ve Türkiye'deki düzenleme ve bunların uygulanması arasındaki farklılıklara bakıldığında, bunların başında AB'nin uluslararası bir yapıya sahip olması yanında, Türkiye'nin ulusal nitelik taşıması gelmektedir. Nitekim AB, belirli bir konuda karar alınabilmesi ve düzenleme yapabilmesi için üye ülkeler tarafından yetkilendirilmekte ve sadece bu yetki çerçevesinde hareket edebilmektedir. Türkiye'de ise ulusal yasama usullerine göre düzenlemeler yapılmaktadır. Bu durum çok farklı dinamikler üzerine kurul olan ve uluslararası bir yapıya sahip olan AB'ndeki düzenlemelerin Türkiye'ye aynı şekilde aktarılması veya aktarılmaya çalışılmasının uygulamada çok da sağlıklı sonuçlar doğurmayacağını göstermektedir. Nitekim AB'nde üye ülkeler arasında tek bir enerji pazarı oluşturma yolunda bir politika izlenirken, Türkiye ülke sınırları içerisinde bir pazar olup, bu pazarın serbestleşmesi ve rekabete açılması için çabalamaktadır.

⁴⁷³ H. Stakheyeva, 2009, s.116-117.

AB ve Türkiye’de yapılan düzenlemelerin nitelikleri açısından da önemli farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre, AB’nde yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin temel ve ayrıntılı düzenleme ‘tüzük’ ile yapılmış, uygulamada yönlendirici olması için çeşitli duyurulara yer verilmiştir. AB yazılı kaynakları arasında yer alan tüzükler yürürlüğe girmeleri ile üye ülkelerin iç hukuklarına etki etmekte, üye ülkeler mevzuatında kanun niteliği taşıyarak doğrudan uygulanmaktadırlar. Oysa Türkiye’de yoğunlaşmaların kontrolünü içeren temel düzenleme RKHK’nun 7. maddesinde yer alırken, bu maddede ayrıntılara yer verilmemiş, en genel anlamda rekabeti bozucu nitelikteki yoğunlaşmaların tanımı yapılmıştır. Yoğunlaşmaların kontrolünün kapsamı ile kontrol usulünün ayrıntıları, düzenleyici otorite olan Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan ‘tebliğ’ ile düzenlenmiştir. Yani, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin ayrıntılar kanun düzeyinde değil, düzenleyici işlem niteliğinde olan tebliğler ile düzenlenmiştir.

Bunların yanında, AB ile Türkiye arasında yoğunlaşmaların kontrolünde kurumsal farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin, AB’nde hem rekabet hem de enerji başlıkları için düzenleyici organ Avrupa Komisyonu olup, Komisyon üye ülkelerin seçtikleri temsilcilerden oluşan ve ulusal çıkarlar yerine AB çıkarlarını esas alarak hareket eden bir yürütme organıdır. Türkiye’de ise, rekabetin korunması konusunda Kanun’un kendisine verdiği yetki çerçevesinde kural koyma yetkisine sahip olan Rekabet Kurumu bir yanda, enerji alanında düzenleyici niteliğe sahip olan EPDK ise diğer yandadır. Üstelik kanun yapma ve bu seviyede kural koyma yetkisi ise yasama organına ait bulunmaktadır. AB’nde düzenleyici işlemler tek elden yürütülürken, Türkiye’de üç ayaklı bir yapının olması uygulamada farklı sonuçlar çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim her bir kurum kendine has dinamiklere göre çalışmaktadır.

Tüm bunların yanında AB müktesebatında yer alan kuralların ve bunların Komisyon tarafından uygulanış şekillerinin, Türkiye'nin piyasa yapısı göz önünde bulundurulmadan uygulanmaya çalışılması bazı tutarsızlıklara yol açmaktadır. Avrupa Komisyonu'ndan izin alan bazı yoğunlaşma işlemlerinde aynı zamanda Rekabet Kurulu'ndan da, aynı taahhütler kapsamında izin alındığı görülmekte, Kurul ise bu işlemlerde Komisyon'un verdiği izin doğrultusunda, detaylı inceleme yapmadan işlemi onaylamakta; bu uygulamanın ise Türkiye açısından doğru olmadığı ifade edilmektedir⁴⁷⁴. Ancak bazı durumlarda da, Rekabet Kurumu ile Avrupa Komisyonu'nun farklı tedbirler öngörmesi halinde bazı problemler çıkabilecektir⁴⁷⁵. Zira yoğunlaşmalara uygulanacak olan tedbirler konusundaki uyumsuzluk, Türkiye ile AB arasındaki işbirliğini ve uyumu zorlaştırmaktadır⁴⁷⁶. Rekabet Kurulu, şart ve yükümlülük getirmesinin temelindeki hukuki dayanak yetersizliği, bu konuda yetkili olup olmadığı ve bunların uygulanması konusundaki belirsizlik nedeniyle eleştirilmekte; çözüm önerileri arasında ise rekabet sorununun giderilebilmesi için yoğunlaşma taraflarıyla görüşmeler yapılması veya inceleme raporlarında tespit edilen sorunların yoğunlaşma taraflarına bildirerek çözüm yolları oluşturulması gösterilmektedir⁴⁷⁷.

Her ne kadar AB düzenlemeleri ile Türkiye uygulamaların amaç, kapsam ve kurumsal açıdan bazı farklılıklar taşısa da, aday ülke statüsünde ve transit ülke niteliğinde olan ülkemiz ile üye ülkeler arasındaki ticaretin gelişmesi önem taşımaktadır. Türkiye enerji piyasalarının özelleştirme yoluyla devlet elinden kurulması ile rekabete açılması sürecine bakıldığında 1998 yılından bu yana bir

⁴⁷⁴ O. Şenyücel, 2009, s. 100-102. Ancak nadir olsa da Komisyon'un rekabet ihlali öngörmediği hallerde, Kurul'un bazı şartlar öngördüğü görülmektedir; H. Stakheyeva, 2009, s.118.

⁴⁷⁵ H. Stakheyeva, 2009, s.117.

⁴⁷⁶ H. Stakheyeva, 2009, s.121.

⁴⁷⁷ N. Aksoy, Ş. Yavuz, 2009, s. 22.

değişim ve gelişimin yaşandığını söylemek mümkündür. Her ne kadar yapılması gereken çok düzenleme ve uygulama olsa da, piyasalara ilişkin ilk düzenlemelerin yapıldığı günden bu güne önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Sürecin ilk aşamalarında piyasalara daha önce bir girişin olmamasına, özelleştirme işlemlerine izin verilmesine gerekçe olarak gösterilmiş, sonrasında ise belirli şirketlerin benzer ihalelere girmeleri sonucunda ilgili pazarda hakim durumun oluşacağı düşüncesiyle ilgili yoğunlaşma işlemine izin verilmediği görülmektedir. Yani, Rekabet Kurumu, AB uygulamasına gerektiği alanlarda paralel hareket etmeli, ancak bunu yaparken iki uygulama arasındaki temel kurumsal farklılıkları, piyasaların yapılandırma amaçlarını ve piyasaların özelliklerini göz ardı etmemelidir. Dolayısıyla, AB’nde yer alan uygulamaların yol gösterici nitelik taşımasıyla birlikte, bu uygulamaların ülkemiz mevzuatına uyarlanırken belirli temellere oturtulması ve ülke piyasaları dikkate alınıp revize edilerek aktarılması gerekmektedir.

SONUÇ

Enerji, ekonomik ve sosyal olmak üzere hayatımızın her alanında etkisini göstermektedir. Enerji piyasalarındaki gelişmeler ise hem ülkelerin kalkınmalarını sağlamakta hem de toplum refahını arttırmaktadır. Sürdürülebilir ekonomilerin yaratılmasında etken rol oynayan enerji kaynakları, aynı zamanda ülke politikalarında stratejik bir öneme sahip bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, enerji piyasaları kendine has bazı özellikler taşımakta, bu nedenle kontrol edilmesi veya düzenlenmesi çok farklı ve birden fazla dinamiğin birlikte işlemesine dayanmaktadır. Ekonomilerdeki yeri ve teminindeki zorluk nedeniyle stratejik bir girdi olması sonucunda uzun yıllar devlet tekelinde kalmış ve serbest piyasalara açılmamıştır. Birçok gelişmiş ülkede dahi, bu piyasaların tam olarak rekabete açıldığını söylemek mümkün değildir. Son yıllarda küreselleşmenin ve tüketimdeki payının gittikçe artması sebebiyle rekabete açılan enerji piyasalarının serbestleşmesine ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri tartışmalarda yer bulmaktadır. Bünyesinde köklü ulusları barındıran, üye ülkelerin üzerinde bir yapıya sahip olan Avrupa Birliği ise, üye ülkeler arasında tek bir pazar oluşturulması amacıyla kurulmuş ve bu yolda önemli gelişmeler kaydetmiştir. Birliğin tek pazar oluşturması yolunda çalıştığı ve ortak bir amaçla hareket ettiği sektörlerden biri de, hayatımızın her alanında kendine bir yer bulan enerji kaynaklarının kullanımınıdır.

Tez çalışmamız kapsamında ise, AB sınırları içerisinde enerji piyasalarının serbestleşmesi yolunda araç olarak kullanılan rekabet kurallarından yoğunlaşmaların kontrolünün, piyasaların serbestleşmesi üzerindeki etkileri ve çözüm yolları incelenmeye çalışılmıştır.

AB temelinde enerji piyasalarının ele alınması, ulusal sınırlar içerisinde enerji piyasalarının rekabete açılmasından daha farklı sorunlar ortaya koymakta, bu sorunlar ise en çok piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki etkileşimlerde ortaya çıkmaktadır. Nitekim enerji kaynaklarında meydana gelen değişimler, yenilenebilir enerjiye olan yönelim, küreselleşen ve serbestleşen ticaret hayatında da yansımalar bulmakta, bu alanda faaliyet gösteren şirketler birleşme, devralma, kontrolün el değiştirmesi gibi yollarla etkileşime geçmektedir. Bu etkileşim ise her alanda olduğu gibi enerji piyasasında da rekabetçi ortamın nasıl korunacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Örneğin, bazı üye ülkeler, diğer üye ülkelerden dahi olsa, yabancı şirketlerin kendi sınırlarındaki enerji piyasalarına girmesini istememekte, bu tarz girişimlere önyargılı yaklaşmaktadır. Bu yaklaşımın rekabeti sınırlayıcı boyutlara ulaşması ise, tek bir pazarın oluşturulması hedefi doğrultusunda ilerleyen AB'ne engel olmaktadır. Bu doğrultuda alanı gittikçe genişleyen enerji piyasasında gerçekleştirilen yoğunlaşmalar, Birlik mevzuatı içerisinde önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hayatın her aşamasında varlığını gösteren enerji piyasalarının serbestleşmesi, devlet elinde olması halinde sınırlı kalabilecek teknolojik imkanların arttırılması, yeni kaynakların yaratılması ve çevreye olan etkilerinin azaltılması ile tüketici duyarlılığının sağlanması gibi birçok yan başlığı içerisinde barındırmakta, her zaman geliştirilmeye ve ilerletilmeye ihtiyaç duymaktadır. Bununla beraber, AB genelinde tek bir iletim veya dağıtım ağının olması ile bu piyasalarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin erişiminin sağlanması ve tüketicinin bunlar arasından istediğini seçebilme özgürlüğünün bulunması gibi ekonomiye yarar sağlayacak özellikleri de bulunmaktadır.

Enerji piyasalarının serbestleşmesinin ve rekabete açılmasının olumlu etkileri yanında, uygulamalardan verilen örneklerle, bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olduğu çalışmamızda bahsedilmiş ve bu sorunlar yoğunlaşmaların kontrolü temelinde ele alınmıştır.

Enerji piyasalarındaki yoğunlaşma işlemlerinin olumlu ve olumsuz özellikleri barındırmamasının temelinde piyasaların kendine has özellikleri yatmaktadır. Bunlara örnek olarak, iletim ve dağıtım aşamalarının doğal tekel olmasındaki gereklilik ile üretimi toplam tüketimini karşılamaması nedeniyle arz güvenliği sorunu gösterilebilmektedir. AB’nde gerçekleşen yoğunlaşmaların, üye ülkelerde hakim durumda olan, başka bir ifade ile tek başına piyasayı yönlendirme imkanı bulunan teşebbüsler arasında gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu durumda, AB genelinde, enerji piyasalarında yeni aktörler yaratılmamakta, ulusal sınırlar içerisinde hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini AB geneline taşıdıkları görülmektedir.

Bu sorunlardan hareketle Komisyon kararları incelendiğinde, kararlar ile ilgili yoğunlaşma işlemlerinin yarattığı rekabeti bozucu etkilerin ortadan kaldırılması için önemli bir çaba sarf edildiği görülmektedir. Kararlarda piyasaların özellikleri dikkate alınmakta, ulusal hakimiyetin Birlik boyutuna taşınması engellenmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda sadece mevcut durum değil, yoğunlaşma işlemi sonrasında ortaya çıkacak potansiyel pazar yapısı kapsamında da inceleme yapılmaktadır. Özellikle koşullu izin kapsamında verilen kararlar ile yoğunlaşma işleminin geçerli olabilmesi, işlem taraflarının kapsamlarını önemli ölçüde, hatta bazı durumlarda tamamen, değiştirecek sonuçlara bağlı tutulmaktadır. Yoğunlaşmalar Tüzüğü kapsamında yer alan ve Komisyon’a enerji alanında faaliyet gösteren ve bir

yoğunlaşma işleminin tarafı olan teşebbüslerin yapılarına dahi müdahale imkanı veren tedbirler ile enerji piyasası yapılandırılmaktadır.

Her ne kadar AB yoğunlaşmaların kontrolü sisteminde revize edilmeye ihtiyaç duyan düzenlemeler bulunsa da, bu düzenlemeler tek pazarın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmektedir. Yoğunlaşmaların kontrolü ile enerji piyasaları rekabetçi bir pazar ortamında varlığını sürdürebilmesi için şekillendirilmektedir.

Genel bir karşılaştırma yapıldığında, Türkiye'nin AB düzenlemelerini ulusal düzenlemeleri ile uygulamalarına yansıtmada geride kaldığı söylenebilmektedir. Ancak, bu yorum ile her iki sistem arasındaki temel farklılıklar göz ardı edilmektedir. Bu farklılıklar uyumlaştırma sürecinin gerisinde kalındığına ilişkin eleştirel değerlendirmeleri gereksiz kılmaktadır. Nitekim enerji piyasalarını serbestleştirme yolunda ilerleyen Türkiye'nin bu piyasalardaki yoğunlaşmaları kontrol usulü, ulusal pazar yapısına göre olmalıdır. Mevcut duruma göre revize edilmeden uygulanmaya çalışan düzenlemeler, piyasaları daha da içinden çıkmaz bir konuma sürükleyebilecek, dolaylı yoldan rekabeti bozucu etkilerin daha fazla olmasına neden olabilecektir.

Unutulmamalıdır ki, enerji piyasalarında gerçekleşecek her gelişme ülkelerin kalkınmasına hizmet edecektir. Bu doğrultuda teknolojinin verdiği imkanların en üst seviyede kullanılması, bunun sağlanabilmesi için ise rekabet kurallarının uygulanmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Ancak, bu kuralların uygulandığı sınırlar içerisinde yaratacağı etkiler dikkate alınmalı ve her koşul kendi piyasası içerisinde değerlendirilmelidir. Aksi halde, hem ülkeler üretim olanağı yüksek olan,

ancak istikrar problemi içerisinde olan ülkelere bağımlı kalacak, hem de kendine uygun olmayan bir sistemin içerisinde yer edinmeye çabalayacaktır.

Sonuç olarak, serbest rekabet ortamının yaratılması bakımında gelişen bir alan olan enerji piyasalarında yoğunlaşmaların kontrolü gelişmekte olan piyasaların, rekabet düzeni bozulmadan şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. AB’nde gelişen piyasa ihtiyaçları dikkate alınarak yeni düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çalışmalar en önemli etkilerini, bildirim mekanizmasının işletildiği yoğunlaşmaların kontrolünde göstermektedir. Komisyon tarafından yapılan değerlendirmelerde, enerji piyasalarının mevcut ve gelecekteki yapısı dikkate alınmakta, kararların verilmesinde ise etkin rekabetin sağlandığı bir pazar ortamının korunması esas alınmaktadır. Dolayısıyla, benzer düzenlemeler ülkemizde uygulamaya konulurken, piyasaların mevcut ve gelecekteki yapısı dikkate alınmalı, rekabetin korunması ve tüketici refahının sağlanması temel hedef olmalıdır.

Bu tez çalışmasında ise, AB enerji piyasalarında yoğunlaşmaların kontrolü, hukuki düzenlemeler ve uygulamaları ile Türk hukukuna yansımalarına değinilerek incelenmeye çalışılmıştır. İnceleme sonucunda, rekabet hukuku kurallarının iç pazar oluşturulması yolunda emin adımlarla ilerleyen AB ile Türkiye enerji piyasalarının yeniden yapılandırılmasında önemli bir etkiye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu yapılandırma sırasında, piyasanın daha etkin, verimli ve en az maliyetle faaliyet göstermesi amaçlanmalı, tüketici refahının sağlanması temel kriter olmalıdır.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

AKÇAY, Belgin, **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, Gülüm (ed.), Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2010.

AKÇOLLU, F. Yeşim, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 31, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2003.

AKSOY, Nazlı, **BOLATOĞLU**, Hilmi, **YAVUZ**, Şahin, “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, Rekabet Dergisi, Sayı: 25, Ocak-Şubat-Mart 2006.

AKSOY, Nazlı, **YAVUZ**, Şahin, “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulu’nun Denetim Yetkisini Hukuki niteliği ve sınırları”, Rekabet Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, Nisan 2009, s. 7-29.

ALPAY, Mustafa Okan, Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 63, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2004.

ALTUNIŞIK, Meliha Benli, ‘Avrupa Birliği’nde Petrol ve Doğalgaz Piyasalarına Yönelik Politikalar ve Türkiye Uygulamaları’, AB’nin Enerji Politikası ve Türkiye, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004.

ARAT, Tuğrul, Baykal, Sanem, ‘Avrupa Birliği Çevre Politikası Bağlamında Yenilenebilir Enerji Kaynakları ve Türkiye’, AB’nin Enerji Politikası ve Türkiye, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004.

- ARDIÇ**, İsmail Yücel, Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet, Uzmanlık Tezleri Serisi No:57, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2004.
- ARITÜRK**, Remzi Özge, Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 91, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2008.
- ASLAN**, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara-1992.
- ASLAN**, Yılmaz, Enerji Hukuku, Doğalgaz Piyasalarında Rekabet, Cilt III, Ekin Yayıncılık, Bursa-2009.
- ASLAN**, Yılmaz, Enerji Hukuku, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa-2009.
- ASLAN**, Yılmaz, Enerji Hukuku, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa-2008.
- BALDWIN** Richard, WYPLOSZ Charles, The Economics of European Integration, The McGraw Hill, 2004.
- BELLAMY&CHILD**, Common Market Law of Competition, Fourth Edition, Edited by Vivien Rose, London, Sweet&Maxwell.
- BÜLBÜL**, M. Oğuzcan, “Liberalization of the Turkish Natural Gas Market”, Rekabet Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Ocak 2010, s.7-37.
- CAMERON**, Peter (ed.), Energy Markets: Law and Regulations in the EU, Oxford University Express, 2002
- CAN**, Mustafa Erdem, Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet, Turhan Kitapevi, Ankara-2006.

- CANSEVDİ**, Hürrem (Ed.), AB'nin Enerji ve Ulaştırma Politikaları ve Türkiye'nin uyumu, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul, 2004.
- COOK**, C.J, KERSE C.S., EC Merger Control, Competition Law in Practice, Sweet&Maxwell.
- CRAG**, Paul, BURCA, De Grainne, EU Law: Text, Cases and MAterials, Oxford University Press, 2007.
- CRAİG**, Paul ve de BURCA, Grainne, EC Law Text, Cases and Materials, Clarendon Press, Oxford-1996.
- EGE**, Aylin, "Avrupa Birliği'nde Kömür ve Katı Yakıtlar", AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004.
- EGE**, Yavuz, "Avrupa Birliği'nin enerji Politikası ve Türkiye'nin Uyumu", AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004.
- ERDEM**, Ercüment, "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 2004.
- ERDEM**, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Beta Yayınları, İstanbul-2003.
- ERGÜN**, Çağdaş, Evrim, Avrupa Birliği Enerji Hukuku, Çakmak Yayınevi, Ankara-2007.
- EROĞLU**, Muzaffer, "Enerji Sektöründe Ayırıştırma Uygulamaları", Rekabet Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Ocak 2010, s.109-149.
- ERSOY**, Çiçek, Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, Sayı:16, Ekim-Kasım-Aralık 2003.

ESİN, Arif, Rekabet Hukuku, ESC Yayınları, İstanbul 1998.

GOYDER, D.G., EC Competition Law, Oxford University Press, 2004.

GOYDER, D.G., EC Competition Law, Third Edition, Oxford EC Law Library, Clarendon Press, 1998.

GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2003.

GÜNGÖRDÜ, Abdulgani, AT ve Türk Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrol Unsuru, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:45, Rekabet Kurumu Yayınları-2003.

GÜNGÖRDÜ, Abdulgani, AT ve Türk REakbet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Usulü, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 45, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2003.

GÜNGÖRDÜ, Abdülğani, KAYAR, Mehmet Akif, “AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi”, Rekabet Dergisi, Sayı: 11, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002.

GÜNUĞUR, Haluk, Avrupa Birliği’nin Hukuk Düzeni, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara-2007.

İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliği’nin Enerji ve Ulaştırma Politikaları ve Türkiye’nin Uyum, Yayın No:23, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, Aralık-2004.

İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliği’nin Rekabet Politikası ve Türkiye’nin Uyum, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul-Nisan 2002.

İNAN, Nurkut, PİKER, Mehmet B., Rekabet Hukuku, El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 439, Ekim 2007.

JONES, Christopher (ed.), EU Energy Law, Volume II, EU Competition Law and Energy Markets, Claeys&Casteels, September-2007

KARAMUSTAFAOĞLU, Mert, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 84, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2007.

KARLUK, Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta Yayınları, İstanbul-2005.

KAYA, Şerife Demet, MADAN, Zeynep, SESLİ, Evren, “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, cilt: 10, Sayı: 2, Nisan-2009, s.29-73.

KEKELEKİS, Mihalis The EC Merger Control REgulation: Rights of Defence, Kluwer Law International, 2006.

KOÇ, Ali Fuat, AT Reakbet Hukukunda Seçici Dağırım Anlaşmaları, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 68, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2005.

KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Oxford-Portland Oregon, Seventh Edition-2000.

KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 36, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2003.

MOUSSİS, Nicholas, Access to European Union, European Study Service, 2006.

MULLER-JENTSCH, Daniel, ed., The Developement of electricity Merkets in the Euro- Mediterranean Area, World Bank Technical Paper, No:491, Washington, D.C., 2001.

ÖZ, Gamze Aşçıoğlu, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Lisansüstü Tez Serisi No:4, Rekabet Kurumu Yayınları-2000.

ÖZ, Gamze, ‘Avrupa Birliği ve Türkiye’deki Elektrik Piyasalarına İktisadi ve Hukuki Bir Bakış’, AB’nin Enerji Politikası ve Türkiye, Europa Bilgi Köprüleri Programı, Mayıs-2004.

ÖZ, Gamze, ‘Rekabet Hukuku ve Politikası’, Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2010.

ÖZERCAN, Müge, Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deragülasyonu Sürecinde Perakende Satış Rekabeti, Uzmanlık Tezleri Serisi No:78, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2007.

ÖZKARABÜBER, Mustafa Mehmet, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Uzmanlık Tezleri Serisi No:47, Rekabet Kurumu Yayınları-2003.

Rekabet Kurumu, “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-1999.

SABUNCU, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 40, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara-2003.

STAKHEYEVA, Hanna, “Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance”, Rekabet Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, Nisan 2009, s. 115-151.

ŞENYÜCEL, Orçun, AT Komisyonu’nun Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Cilt:10, Sayı:2, Nisan 2009, s.73-115.

TEKİNALP/TEKİNALP, Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2000.

TUNCAY, Utku, The EU Energy Policy and the Importance of Energy in Turkey’s Accession to the EU”, Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2005.

ULU, Harun, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:54, Rekabet Kurumu Yayınları-2004.

VERLOOP, Peter (ed.), Merger Control in the EU, Kluwer Law International, Third Edition, 1999.

WHISH, Richard, Competition Law, Butterworths, 2003.

WILLIS, Peter, Introduction to EU Competition Law, London Singapore, 2005.

II. AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI

White Paper, An Energy Policy for the European Union, COM (95) 682 final, 1995, http://aei.pitt.edu/archive/00001129/01/energy_white_paper_COM_95_682.pdf, (March 20, 2005).

Communication from the Commission, Energy for the Future: Renewable Sources of Energy,

White Paper for a Community Strategy and Action Plan, COM (97) 599 final (26/11/1997)

White Paper on Energy Policy, European Commission, COM 88 174, 1988.

Commission Green Paper of 29 November 2000 Towards a European strategy for the security of supply, COM (2000) 769, final.

An Energy Policy for Europe, COM (2007) 1 final

European Commission Directorate-General for Energy and Transport (DG TREN), EU Energy in Figures 2010, Figure 2.2.3, s.13; www.ec.europa.eu/energy/publications/statistics/statistics_en.htm

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008/C 115/01, 09.05.2008

Commission Directive 2003/76/EC of 11 August 2003 amending Council Directive 70/220/EEC relating to measures to be taken against air pollution by emissions from motor vehicles

Council Decision 2003/77/EC of 1 February 2003 laying down multiannual financial guidelines for managing the assets of the ECSC in liquidation and, on completion of the liquidation, the Assets of the Research Fund for Coal and Steel

Council Decision 2003/78/EC of 1 February 2003 laying down the multiannual technical guidelines for the research programme of the Research Fund for Coal and Steel.

Council Regulation (EC) No 1407/2002 of 23 July 2002 on State aid to the coal industry

ATRG L 205, 02/08/2002

<http://www.euractiv.com/en/energy/liberalising-eu-energy-sector/article-145320>.

Directive 2009/72/EC 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 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; OJ L211/55, 14.08.2009.

Regulation No. 714/2009/EC 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; OJ L211/15, 14.08.2009.

Regulation No. 715/2009/EC of The European Parliament and of The Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005; OJ L211/36, 14.08.2009.

Regulation No. 713/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators; OJ L211/1, 14.08.2009.

<http://www.euractiv.com/en/energy/gazprom-clause-issues-russia-ultimatum-energy-operation/article-166888>

<http://www.euractiv.com/en/energy/commission-threatens-eu-power-giants/article-160804>

Regulation (EC) No. 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, OJ L 211/15, 14.08.2009.

Regulation (EC) No. 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for Access to the network for cross-border exchanges in natural gas and repealing Regulation (EC) No. 1775/2005, OJ L 211/36, 14.08.2009

Regulation No. 713/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators; OJ L211/1, 14.08.2009.

Directive 2005/89/EC of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment.

Council Directive 2004/67/EC of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply

Report on Progress in Creation the Internal Gas and Electricity Market, 11.03.2010, COM(2010)84 final.

Report on Progress in Creation the Internal Gas and Electricity Market, 11.03.2009, COM(2009)115 final.

Council Directive 2009/71/Euratom of 24 July 2009 establishing a Community Framework for the nuclear safety of nuclear installations; OJ L172/18, 02.07.2009.

Green Paper, A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, COM (2006)105 final

Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market

Beyaz Kitap, 18 Haziran 1998 ATRG C210 6 Temmuz 1998.

Commission Green Paper, 22 June 2005, “Energy Efficiency- or Doing More With Less”, COM(2005)265 final.

Directive [2002/91/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 on the energy performance of buildings.

Directive [2004/8/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 on the promotion of cogeneration based on a useful heat demand in the internal energy market and amending Directive [92/42/EEC](#).

Directive [2005/32/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 6 July 2005 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-using products and amending Council Directive [92/42/EEC](#)

Directives [96/57/EC](#) and 2000/55/EC of the European Parliament and of the Council [OJ L 191 of 22.7.2005].

Directive 2006/32/EC of the European Parliament and the Council of 5 April 2006 on energy end-use efficiency and energy services and repealing Council Directive 93/76/EC.

Communication from the Commission of 19 October 2006 entitled: Action Plan for Energy Efficiency: Realising the Potential, COM(2006) 545.

Green Paper, A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, COM (2006)105 final, s.12,13.

Report From the commission to the Council and the European Parliament on State of liberalisation of the energy markets, COM (1998) 212 Final.

III.AVRUPA KOMİSYONU KARARLARI

Case No. COMP/M.1137 - EXXON / SHELL

Case No. COMP/M.1315 - ENW / EASTERN

Case No. COMP/M.1321 - VERBUND / KELAG / PORR / OMV PROTERRA /
SIEMENS / KRV

Case No. COMP/M.1346 - EDF / LONDON ELECTRICITY

Case No. COMP/M.1383 - EXXON / MOBIL

Case No. COMP/M.1386 - VIAG / ALGROUP

Case No. COMP/M.1557 - EDF / LOUIS DREYFUS

Case No. COMP/M.1628 - TOTALFINA / ELF AQUITAINE

Case No. COMP/M.1642 - ELF AQUITAINE / TOTALFINA

Case No. COMP/M.1673 - VEBA / VIAG

Case No. COMP/M.1747 - TELEKOM AUSTRIA / LIBRO

Case No. COMP/M.1751 - SHELL / BASF / JV - PROJECT NICOLE

Case No. COMP/M.1795 - VODAFONE AIRTOUCH / MANNESMANN

Case No. COMP/M.1853 - EDF / ENBW

Case No. COMP/M.1914 - TXU / HIDROELECTRICA

Case No. COMP/M.2220 - GENERAL ELECTRIC / HONEYWELL

Case No. COMP/M.2389 - SHELL / DEA

Case No. COMP/M.2533 - BP / E.ON

Case No. COMP/M.2684 - EnBW / EDP / CAJASTUR / HIDROCANTABRICO

Case No. COMP/M.269 - SHELL / MONTECATINI

Case No. COMP/M.2822 - ENBW / ENI / GVS

Case No. COMP/M.2947 - VERBUND / ENERGIE ALLIANZ

Case No. COMP/M.3003 - ELECTRABEL / ENERGIA ITALIANA /
INTERPOWER

Case No. COMP/M.3410 - TOTAL / GAZ DE FRANCE

Case No. COMP/M.3440 - ENI / EDP / GDP

Case No. COMP/M.3637 - TOTAL / SASOL / JV

Case No. COMP/M.3696 - E.ON / MOL

Case No. COMP/M.3868 - DONG / ELSAM / ENERGI E2

Case No. COMP/M.418 - TRACTEBEL / DISTRIGAZ

Case No. COMP/M.4180 - GAZ DE FRANCE / SUEZ

Case No. COMP/M.4685 - ENEL / ACCIONA / ENDESA

Case No. COMP/M.4799 - OMV / MOL

Case No. COMP/M.4994 - ELECTRABEL / COMPAGNIE NATIONALE DU
RHONE

Case No. COMP/M.5224 - EDF / BRITISH ENERGY

Case No. COMP/M.5496 - VATTENFALL / NUON

Case No. COMP/M.5549 - EDF / SEGEBEL

Case No. COMP/M.852 - BASF / SHELL

Case No. COMP/M.942 - VEBA / DEGUSSA

IV.REKABET KURULU KARARLARI

08.03.2000 tarih ve 00-10/105-51 sayılı Rekabet Kurulu kararı

21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurulu kararı

18.04.2000 tarih ve 00-14/134-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.02.2006 tarih, 06-08/103-29 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.03.2007 tarih ve 07-27/246-81 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.04.2008 tarih ve 08-29/364-119 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
09.10.2008 tarih ve 08-57/919-367 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
01.11.2007 tarih ve 07-83/1007-392 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
11.07.2007 tarih ve 07-59/687-242 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
28.09.2006 tarih ve 06-67/901-258 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
18.02.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
03.03.2011 tarih ve 11-12/240-77 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

V. DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 10. Dairesi; E. 1998/5649, K. 2002/846, T. 26.03.2001.

Danıştay 10. Dairesi, E. 2000/1776, K. 2002/4183, T. 06.11.2002.

ÖZET

Enerji, ülke sanayisinden, evsel tüketimdeki yerine kadar hayatımızın her alanında önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, enerji piyasalarındaki gelişmeler hem ülke ekonomilerini, hem de sosyal yaşam seviyesini doğrudan etkilemektedir. Sürdürülebilir ekonomilerin yaratılmasında ve gelişmesinde stratejik bir öneme sahip bulunması yanında, kendine has özellikler taşıması, enerji piyasalarının uzun yıllar devlet tekelinde kalmasına neden olmuştur. Küreselleşmenin ve tüketimindeki payının artmasıyla rekabete açılan enerji piyasaları, Avrupa Birliği'nin tek bir pazar olma yolunda ilerlediği sektörler arasında yer almaktadır. Enerji piyasaları gibi devlet tekelinde olan ve kendine has özellikleri bulunan piyasaların serbestleşmesinde rekabet hukuku uygulamaları çok önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle, tek bir pazar olmaya çalışan, üye ülkeler arası ilişkilerin önemli dengelere bağlı olduğu AB enerji piyasaları, yoğunlaşmaların kontrolü temelinde ele alınmış; AB üyeliği yolunda ilerleyen Türkiye'nin enerji politikalarına, yoğunlaşmaların kontrolü düzenlemelerine ve bu düzenlemelerin uygulamaya yansımalarına yer verilerek mevcut piyasa yapısına ışık tutabilmek amaçlanmıştır.

ABSTRACT

Energy has a very important role from countries industries to private consumptions. Thus, improvements on energy markets directly effect not only country's economics but also social life of the consumers. Despite the strategic importance of creating and developing sustainable economies, due to their particular characteristics, energy markets have been controlled by the monopoly of the governments. Open competition of markets together with globalization and increase in consumption led the energy markets to become a single market of the European Union among other sectors. Competition law has a very important role during and after the privatization of the markets like energy, which are government monopolies with particular characteristics. Energy markets, which play an important role in between the relations of the member states, try to unite and become a solitary more powerful energy market of EU. Therefore, in this research EU energy markets are undertaken from the perspective of the control of the concentrations and the energy markets of Turkey, a progressing candidate of EU, are enlightened the existing structure of the markets by focusing on the arrangements of the control of concentrations and the effects of these arrangements to the execution to energy markets.