

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN ENERJİ PAZARINDA VERDİĞİ REKABET HUKUKU KARARLARININ BEH KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Burçak TATLI*

ÖZET

Avrupa Rekabet Hukuku'nun modernleşmesi ile başka bir deyişle 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile Avrupa Komisyonu'na rekabet soruşturmalarını hem ihlal kararları hem de taahhüt kararları ile sonuçlandırma yetkisi verilmiştir. Bu yetki ile donatılmış Avrupa Komisyonu'nun enerji pazarında vermiş olduğu Rekabet Hukuku kararları incelenecek olursa görülecektir ki rekabet soruşturmalarının büyük bir kısmı taahhüt mekanizması işletilerek sonuçlandırılmıştır. Bu türlü bir gelenek oluşturulmasının yararları olmakla birlikte ortaya çıkabilecek olumsuzluklar da göz ardı edilemez. Taahhüt kararları hiç kuşkusuz zamandan ve maddi kaynaklardan tasarruf zemini oluştururken uygulanan taahhütlerin kapsam ve içerikleri ve ortaya çıkardıkları sonuçlar özellikle yeni rekabete açılan enerji pazarı gibi pazarlarda hukuki şeffaflığın ortadan kaybolmasına sebep olabilir niteliktedir. Bu nedenle taahhüt mekanizmasının sıklıkla kullanılması ve uygulanan taahhütlerin yapısı ve kapsamı doktrin tarafından hararetle tartışılan konular arasında varlığını sürdürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği Rekabet Hukuku, İhlal Kararları, Taahhüt Kararları, Avrupa Komisyonu Kararları, BEH Kararı

THE ASSESSMENT OF THE EUROPEAN COMMISSION'S DECISIONS GIVEN WITHIN THE EUROPEAN ENERGY MARKETS IN THE LIGHT OF BEH DECISION

ABSTRACT

With the modernisation of European Competition Law, the European Commission has been given a discretion to finalise competition investigations either with prohibition decisions or commitment decisions. If one looks at the antitrust related decisions of the European Commission given within the European energy markets, it would be seen that most of the decisions are concluded through commitment-based antitrust enforcement. This trend adopted by the European Commission may have advantages such as the efficient and swift resolution of competition problems. Yet, on the other hand, it may cause some problems namely uncertainty of law. In this

* Öğr. Gör. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi. burcaktatli@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16.12.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06.02.2017

regard, it is still important for the doctrine to discuss the frequently application of commitment decisions as well as the effects of them within recently liberalised markets such as energy.

Keywords: *European Competition Law, Prohibition Decisions, Commitment Decisions, European Commission's Decisions, BEH Decision*

GİRİŞ

Avrupa'da Rekabet Hukuku kuralları Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşmanın (ABİDA) 101. ve 102. maddelerinde düzenlenmiş olmasına rağmen bu kuralların nasıl uygulanacağı Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük'te belirtilmektedir.¹ Bu Tüzüğe göre, Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon) tarafından başlatılan ve yürütölen rekabet soruşturmaları iki şekilde karara bağlanabilir. Komisyon isterse 7. maddede belirtilen ihlal kararı isterse 9. maddede belirtilen taahhüt kararı ile soruşturmayı sonlandırma yetkisine sahiptir.²

Komisyon'un Rekabet Hukuku'na ilişkin kararları incelenecek olursa taahhüt mekanizmasının 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesinden evvel gayri resmi bir şekilde uygulama alanı bulduğu göze çarpacaktır.³ Bu hukuki eksiklik 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile giderilmiş, 9. madde ile taahhüt mekanizması hukuki olarak varlık kazanmıştır.⁴ Taahhüt mekanizması

¹ Council Regulation 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

² Komisyon'un rekabet soruşturmasını hangi yolu izleyerek sonlandıracağı ile ilgili olarak seçim serbestisi mevcuttur. Başka bir deyişle soruşturma konusu teşebbüs taahhüt yolunu talep etse dahi Komisyon soruşturmayı ihlal kararı ile sonlandırabilir.

³ Örneğin; Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31; Jahrhundertvertrag (IV/33.151) and VIK-GVSt (IV/33.997) Commission Decision 93/126/EEC [1992] OJ L 50/14; Electricidade de Portugal/Pego (IV/34.598) Commission Decision 93/C 265/03 30 [1993]; REN/Turbogas (IV/E-3/35.485) Commission Decision 96/C 118/05 [1996]; Isab Energy (IV/E-3/35.698) Commission Decision 96/C 138/03 [1996]

⁴ 1/2003 sayılı Tüzükten önce mevcut olan 17/62 sayılı Tüzük döneminde de taahhüt mekanizması işletilmekte ve fakat şeffaf olmayan bir uygulama ortaya konduğundan eleştirilere sebep olmaktaydı. 17/62 sayılı Tüzükte taahhüt mekanizmasını düzenleyen belirli bir madde olmamasına rağmen, taraflar gayri resmi bir şekilde anlaşarak taahhütlerin hayata geçirilmesini sağlıyorlardı. Fakat bu durum hem uygulamada belirsizliğe neden oluyor hem de taahhütlere uyulmadığı takdirde idari para cezası verilemediği için Komisyon'un elini

oluşturulurken nadiren uygulanacağı öngörülmüş fakat uygulamada tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır.⁵ Tüzüğün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Mayıs 2004 tarihinden beri otuz dört taahhüt kararı verilirken sadece yirmi yedi ihlal kararı verilmiştir.⁶ Enerji pazarına ilişkin verilen kararlarda da benzer bir manzara söz konusudur. Bu noktada, bu makalede öncelikli olarak taahhüt mekanizmasının işleyişine değinilecek, taahhüt kararlarının sıklıkla kullanılmasının neden ve sonuçları tartışılacak, sonrasında da Komisyon'un enerji pazarında en son verdiği taahhüt kararı olan BEH kararı⁷ ışığında taahhüt kararlarının enerji pazarında doğurduğu sonuçlar değerlendirilecektir.

I. AVRUPA KOMİSYONU'NUN REKABET İHLALLERİNİ SORUŞTURMA USULLERİ

Daha önce belirtildiği gibi, 1/2003 sayılı Tüzüğe göre Komisyon rekabet soruşturmalarını iki farklı şekilde sonlandırabilir. Komisyon'un uygulayabileceği ilk yöntem Tüzüğün 7. maddesinde düzenlenmekte olan ihlal kararları, diğer yöntem ise Tüzüğün 9. maddesinde düzenlenen taahhüt kararlarıdır.

A. İHLAL KARARLARI

1/2003 sayılı Tüzüğün 7. maddesine göre, Komisyon, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku hükümlerinin ihlalini tespit ederse, ihlalin varlığını kesinleştirmek suretiyle, bu ihlallerin sona erdirilmesine karar verebilir. Komisyon uygun bulduğu durumlarda ihlallerin sona erdirilmesini sağlamak için soruşturma konusu teşebbüslerden davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerin hayata geçirilmesini talep edebilir. Davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerle birlikte Komisyon'un para cezası uygulama yetkisi mevcuttur.⁸

İhlal kararlarında yapısal ve/veya davranışsal tedbirlerin uygulanmasına karar verilirken mutlaka orantılılık ilkesi⁹ göz önünde bulundurulmalıdır. Bu

güçsüzlendiriyordu. Yeni düzenleme ile hem taahhüt mekanizması resmi bir zemine oturtuldu hem de taahhütlere uyulmaması halinde ilgili teşebbüse para cezası verilebilir hale geldi.

⁵ John Temple LANG, 'Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law' in Barry HAWK (ed.), **Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy**, Juris Publishing, Inc., 2006, s. 270

⁶ Kartel kararları hariç. İstatistiki bilgiler Avrupa Komisyo'nun internet sayfasından elde edilmiştir. (http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result, erişim: 08.12.2016)

⁷ BEH Electricity (Case AT.39767)

⁸ Uygulanacak idari para cezası 1/2003 sayılı Tüzüğün 23.maddesinde düzenlenmiştir.

⁹ Orantılılık ilkesine göre, Avrupa Birliği kurumları tarafından alınan tedbirler elde edilmek

ilkeye göre, uygulanacak tedbirler mevcut ihlali ortadan kaldırmannn ötesine geçemez. Yine aynı ilke yapısal tedbirlerin ancak davranışsal tedbirlerin teşebbüse daha fazla külfet doğuracağı veya aynı sonucu doğuracak davranışsal tedbir bulunmaması halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, adı geçen Tüzük, orantılılık ilkesini kuvvetlendirecek şekilde, yapısal tedbirlerin ancak rekabet ihlalinin teşebbüsün yapısından kaynaklanması ve sürekli olarak devam etme riskinin mevcut olması hallerinde uygulanabileceğini belirtmektedir.¹⁰ Uygulamada bu duruma en uygun örneklerden biri olarak dikey bütünleşik yapıda ve hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları zorunlu unsur niteliğindeki varlıkların rakipleri tarafından kullanılmasını engellemesi olarak gösterilmektedir. Bu gibi hallerde dikey bütünleşik yapının ortadan kaldırılmasını sağlayacak yapısal değişiklerin uygulanmasına Komisyon tarafından karar verildiği görülmektedir.¹¹

B. TAAHHÜT KARARLARI

1/2003 sayılı Tüzüğün 9. maddesine göre; Komisyon, rekabet soruşturması açılmasına neden olacak olası ihlallerin teşebbüslerin önerdiği taahhütler vesilesiyle ortadan kaldırılması halinde, ihlal kararı vermek yerine, soruşturmayı taahhüt yolu ile kapatabilir. Tüzüğün 13. paragrafı, Komisyon'un taahhüt kararı verebilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir. Öncelikle, Komisyon'un rekabet ihlalinin varlığından şüphe etmesi ve bu şüpheyeye yönelik rekabet soruşturması başlatması gerekmektedir. Soruşturmanın başlatıldığının bilgisini alan teşebbüsün ilgili ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik taahhütleri Komisyon'a bildirmesi ve son olarak Komisyon'un taahhütlerin ihlalleri ortadan kaldıracığına kanaat getirerek bu taahhütlerin uygulanmasına karar vermesi koşulu aranmaktadır. Buna göre, taahhüt mekanizmasının başlatılması aşamasında aranan şart ilgili teşebbüsün taahhüt ileri sürmesi ve bu taahhütlerin soruşturma konusu ihlali ortadan kaldıracak nitelikte olmasıdır. Bununla birlikte Komisyon'a taahhüt mekanizmasını işletme noktasında geniş bir yetki tanınmıştır. Salt taahhüt

istenen amaca uygun olmalıdır. İlkenin temel amacı Komisyon dâhil tüm Avrupa Birliği kurumlarının adil bir şekilde hareket etmesini sağlamaktır. Avrupa Adalet Divanına göre orantılılık ilkesi üç kademeli testten geçirilerek uygulanabilir: (i) uygunluk testi, (ii) daha az sınırlayıcı alternatifinin bulunup bulunmaması testi, (iii) orantılılık testi. Francis JACOBS, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law' in Evelyn ELLİS (ed.), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Hart Publishing, 1999, s. 270

¹⁰ 1/2003 sayılı Tüzük , para. 12.

¹¹ RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); ENI (Case COMP/39315)

ileri sürülmesi soruşturmanın taahhüt kararı ile sonuçlandırılacağı anlamına gelmemektedir. Komisyon taahhüt ileri sürülmüş olsa bile soruşturmayı ihlal kararı ile sonlandırabilir.¹²

Taahhüt mekanizmasının usul hukuku açısından nasıl uygulanacağı hem verilen kararlar ile hem de Komisyon'un çalışma metinleri ile ortaya konmaya çalışılmıştır.¹³ Buna göre, hakkında rekabet soruşturması başlatıldığı Komisyon tarafından ilgili teşebbüse bildirilir. İlgili teşebbüs, soruşturmanın taahhüt mekanizması ile sonlandırılması için taahhüt ileri sürmeye hazır olduğunu Komisyon'a bildirir. Teşebbüssün bu beyanından sonra, Komisyon, soruşturmaya sebep olan olası rekabet ihlallerini açıklamak ve potansiyel taahhütleri tartışmak üzere, teşebbüsü (*State of Play meeting*) toplantıya davet eder. Toplantı sonucunda Komisyon ilgili teşebbüssün ihlali ortadan kaldıracak nitelikte taahhütler ileri süreceğine dair kanaat oluşturursa soruşturma ile ilgili "ön değerlendirme raporu" (*Preliminary Assessment*) yazar.¹⁴ Ön değerlendirme raporu Komisyon'un belirlediği olası ihlali ortaya koyan ana konuları içerir. İlgili teşebbüs ön değerlendirme raporunu temel alarak bir ay içerisinde taahhütlerini oluşturur.¹⁵

Komisyon ileri sürülen taahhütleri olası ihlalleri ortadan kaldırması açısından yeterli bulursa üçüncü kişilerin görüşlerini almak için taahhütleri ilan eder. Bu sürece "pazar testi" (*market test*) adı verilmektedir.¹⁶ Pazar

¹² John Temple LANG 'Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspect of a new kind of Competition Decision' **European Commission Law Review**, Vol.24, 2003, s. 350

Örneğin, taahhütler soruşturmanın ileri aşamasında ortaya konmuşsa Komisyon kısa sürede ve daha az soruşturma ile dosyayı kapatma şansı sona erdiği için taahhütleri kabul etmeyiip soruşturmayı ihlal kararı ile bitirebilir.

¹³ Commission, 'Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU' (Commitment Decision), Bölüm 16, 2012, s. 7; Commission, Competition Policy Brief, 'To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments' (2014) Issue 3

¹⁴ Ön değerlendirme raporu genelde ihlal şüphesini ve bu şüpheyi doğuran davranışları kapsar. Ön değerlendirme raporu Soruşturma Raporu (*The Subject of Objections*) gibi ihlali ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaz. Alison JONES ve Brenda SUFRİN, **EU Competition Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.1189

¹⁵ Fakat uygulamada görülmektedir ki, ön inceleme yazısı yazılmadan önce taraflar uygulanan taahhütler konusunda anlaşmaya varabiliyorlar. Komisyon'un Coca-Cola kararında (Case COMP/A.39116/B2) ön inceleme yazısını 15.Ekim.2004 tarihinde alan teşebbüs dört gün sonra yazıya cevaben oluşturduğu taahhütleri ileri sürmüştür. Soruşturmanın kapsamı düşünülecek olursa taahhütlerin bu kadar kısa sürede oluşturulamayacağı, ön inceleme yazısının yazılmasından evvel taraflar arasında taahhütler konusunda anlaşmaya varıldığı açıktır.

¹⁶ Bu uygulama 1/2003 sayılı Tüzüğün 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Komisyon

testinin amacı taahhütlerin menfaati bulunan üçüncü kişiler tarafından değerlendirilmesini ve tartışmaya açılmasını sağlamaktır. Fakat Komisyon pazar testinin sonucu ile bağlı değildir. Görüş bildiren üçüncü kişilerin görüşü olumsuz olsa dahi Komisyon taahhütleri bağlayıcı kılabilir. Bununla birlikte pazar testinin işaret ettiği yönde taahhütler üzerinde değişiklikler yapılabilir.¹⁷

Taahhüt mekanizmasının uygulanma şekli, ilgili teşebbüslerin taahhütleri belirleme konusunda özgür oldukları sonucuna ulaşılmasına sebep olsa da, Komisyon'un 2012 yılında taahhüt mekanizmasının uygulanması ile ilgili olarak yayınladığı çalışma metni Komisyon'un taahhütlerin nasıl olması gerektiği veya nasıl değiştirilmesi gerektiği konusunda öneride bulunabileceğini açıkça ortaya koymuştur.¹⁸ Komisyon ile teşebbüslerin pazarlık güçleri karşılaştırılacak olursa Komisyon'un teşebbüsler karşısında daha kuvvetli bir konuma sahip olacağı ortadadır. Dolayısıyla taahhüt mekanizması işletilirken uygulanacak yapısal ve/veya davranışsal taahhütlerin belirlenmesinde ilgili teşebbüsler kadar Komisyon'un da belirleyici rolü olduğu söylenebilir. Taahhüt mekanizmasının bu özelliği taahhütlerin ilgili pazarın aksayan yönlerini ortadan kaldırmaya vesile olacak şekilde oluşturulmasını sağlayabilir. Bu durum ise, taahhütlerin ihlal konusundan ziyade ilgili pazarın işleyişine göre belirlenmesine, dolayısıyla hukuksal bir belirsizliğe sebep olacaktır.

Taahhüt kararlarının usul hukuku açısından uygulanması ile ilgili yeterli açıklama yapılmasına rağmen, kararların maddi hukuk açısından nasıl oluşturulacağıyla ilgili yeterli ve kapsamlı bir metin kaleme alınmamıştır. Bu durum, hangi ihlaller karşısında taahhüt ya da ihlal kararı verileceği, hangi ihlaller karşısında hangi taahhütlerin uygulanacağı gibi soruları cevapsız bırakmakta ve belirsizliklerin oluşmasına sebep olmaktadır. Komisyon oluşturduğu ve özet olarak nitelendirilebilecek çalışma metni¹⁹ ile belirsizliği gidermeye çalışsa da uygulamada hukuki muğlaklık devam etmektedir.

taahhüt kararı vermeden önce soruşturma dosyasının özetini ve ileri sürülen taahhütleri yayınlar. Menfaati olan üçüncü kişiler bir aydan kısa olmamak üzere Komisyon'un belirlediği zaman dilimi içerisinde soruşturma ve taahhütlerle ilgili görüşlerini Komisyon'a bildirirler.

¹⁷ Commission, 'Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU' (Commitment Decision), Bölüm 16, 2012, s. 7

¹⁸ a.g.e., s.7

¹⁹ Commission, Competition Policy Brief, 'To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments' (2014) Issue 3

Çalışma metnine göre, Komisyon para cezası vermeyi planlıyor ise taahhüt kararı vermemelidir.²⁰ Fakat uygulamada hangi hallerde para cezası verileceğine ilişkin bir kesinlik bulunmamaktadır. Hatta benzer ihlallerin mevcut olduğu dosyalarda farklı rekabet kararları ortaya çıkmıştır. Komisyon Telefónica kararında²¹ fiyat sıkıştırması yoluyla sahip olduğu hâkim durumu kötüye kullanan İspanyol telekomünikasyon şirketine para cezası verirken, benzer şekilde rekabet ihlaline sebep olan RWE enerji şirketine para cezası uygulamamış, yapısal değişiklikleri bağlayıcı kılarak soruşturmayı taahhüt yolu ile sona erdirmiştir.²² Buradaki gibi benzer ihlallere verilen farklı kararlar kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Ayrıca, aynı metinde, ihlal ile ilgili emsal oluşturulmasına ihtiyaç duyuluyorsa taahhüt kararı yerine ihlal kararı verilmelidir denilmesine rağmen, Komisyon, Google soruşturmasını,²³ soruşturmaya neden olan sanal reklamcılık faaliyetleri ekonomik araştırmaya ve analize muhtaç bir alan olmasına karşın taahhüt yolu ile kapatacak gibi gözükmektedir.

Ayrıca Komisyon çalışma metninde rekabet ihlalinin ihlale sebep olan davranışın sona ermesiyle ortadan kalkacağı durumlarda (*cease-and-resist-order*) ihlal kararı verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Zira bu halde ileri sürülebilecek tek taahhüt ihlale konu olan davranışın sona erdirilmesidir. Fakat enerji pazarında verilen kararlarda tersi bir durumla karşılaşmaktadır. Komisyon'un Gazprom, ENI, OMV ve E.ON Ruhrgas enerji şirketleri arasında imzalanan uzun dönemli doğalgaz satım sözleşmeleri ile ilgili başlattığı rekabet soruşturmalarında ihlal konusu davranış sözleşmelerdeki "bölgesel sınırlandırma" (*territorial restriction*), "önalım hakkı" (*right of first refusal*) gibi rekabet ihlali doğuran hükümlerdir.²⁴ Bu soruşturmalarda

²⁰ Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken husus, 1/2003 sayılı Tüzüğün, Komisyon'un idari para cezası uygulama niyetinde olduğu soruşturmalarda taahhüt kararı veremeyeceğini vurgulamasıdır. Tüzüğün bu ifadesi dar anlamda yorumlanmalı ve kartel soruşturmalarında taahhüt kararı verilemeyeceği şekilde anlaşılmalıdır. Aksi halde taahhüt mekanizmasının işletilebileceği alanlar ekseriyetle daralacaktır. Zira hâkim durumun kullanılması hallerinde de para cezası uygulanabilir. Bakınız: Haluk ARI / Esin AYGÜN / Gökşin KEKEVİ, 'Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma' (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Di%C4%9Fer+Etkinlik/halukari.pdf>, erişim: 09.12.2016)

²¹ Wanadoo España vs. Telefónica (Case COMP/38.784) Commission Decision

²² RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402) Commission Decision

²³ Google (Case Comp/C-3/39740)

²⁴ ENI/Gazprom (Case COMP/37011) [2003]; Commission, 'Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses' IP/03/1345; OMV/Gazprom (Case COMP/38085) [2005]; Commission, 'Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom' IP/05/195; E.ON Ruhrgas/

ihlal konusu davranış cease-and-resist-order ile sona erdirilebilecekken Komisyon ihlal kararı vermek yerine taahhüt kararı vermiş, üstelik uygulanan taahhütler ihlal konusu olan davranışın çok ötesine geçmiştir. ENI ve OMV doğalgaz iletim hatlarının kapasitesini arttırmayı, bu hatların daha verimli ve şeffaf kullanılmasını sağlamayı ve atıl kalan hat kapasitesini ikincil pazarda diğer enerji şirketlerine açmayı taahhüt etmişlerdir. Verilen bu taahhütlerin ihlal konusu sözleşme hükümlerinden daha çok enerji pazarı regülasyonu ile ilgili olduğu açıktır. Komisyon tarafından bağlayıcı kılınan bu taahhütler, Avrupa Birliği eski Rekabet Komiseri Kroes'in ifade ettiği gibi, taahhüt mekanizmasının elektrik ve doğalgaz pazarlarının liberalleşmesinin hızlandırılması için kullanıldığını açıkça ortaya konmuştur.²⁵

Taahhüt kararlarıyla ilgili bir diğer önemli nokta ise Komisyon'un ihlalin kesin olarak var olup olmadığı ile ilgili bir karar vermesine hatta bu yönde bir araştırma yapmasına gerek olmamasıdır. Zira taahhüt mekanizmasının amacı ihlali ortaya çıkarmak değil, ihlal şüphesinin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.²⁶ Taahhüt mekanizması bu yönüyle eleştiriye açıktır. Bu durum, ilgili pazarda hangi davranışların ihlal olarak belirtilebileceğinin önünü kapamakta ve piyasada rol alan oyuncular için emsal oluşmasına engel olmaktadır.

Yukarıda ortaya konan belirsizliklere rağmen, taahhüt mekanizmasının, ihlal kararlarına nispetle daha fazla uygulanması bu mekanizmanın hem Komisyon hem de teşebbüsler açısından bir takım avantajlar ortaya koyduğunu göstermektedir. Aşağıda bu avantajlara yer verilecektir.

a. Taahhüt Kararlarının Teşebbüsler Açısından Ortaya Koyduğu Avantajlar

Taahhüt mekanizmasının işletilmesiyle birlikte teşebbüsler açısından doğabilecek menfaatlerden ilki idari para cezasının uygulanamayacak olmasıdır. Kesinleşmiş bir ihlal kararı olmadığından Komisyon söz konusu teşebbüsler hakkında idari para cezasının uygulanmasına karar veremez.

Gazprom (Case COMP/38307) [2005]; Commission, 'Competition: Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom' IP/05/710

Bu hükümlere göre doğalgaz alıcısı olan ENI, OMV ve E.ON Ruhrgas satın aldıkları doğalgazı başka Avrupa ülkelerine satamayacak ve doğalgaz sağlayıcısı olan Gazprom İtalya Avusturya ve Almanya da yukarıda adı geçen teşebbüslere sormadan üçüncü enerji şirketlerine doğalgaz satışı yapamayacak.

²⁵ Commission, 'Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom' IP/05/195

²⁶ JONES ve SUFRİN, a.g.e., s. 1081

1/2003 sayılı Tüzüğün ilgili hükümlerinden hareketle, taahhüt mekanizmasını işletmeye karar veren Komisyon'un soruşturmayı herhangi bir para cezası olmadan sonlandırması gerekmektedir. Fakat bu durum bağlayıcı kılınan taahhütlerin ilgili teşebbüsler tarafından uygulanmaması halinde uygulanacak para cezasını ortadan kaldırmaz. Komisyon tarafından karara bağlanan taahhütler teşebbüsler tarafından hayata geçirilmezse Komisyon teşebbüs hakkında yıllık gayri safi gelirin %10'una kadar idari para cezası uygulanmasına karar verebilir.²⁷

Taahhüt mekanizmasının teşebbüsler açısından ortaya çıkardığı bir diğer yarar ise ihlal kararları sonrasında tüketicilerin veya diğer teşebbüslerin ilgili teşebbüs hakkında açabilecekleri tazminat davalarının önünün kesilmesidir. Taahhütlerin uygulanması halinde Komisyon ihlal kararı veremeyeceği için, ihlal kararını takip eden tazminat davaları da açılmayacaktır. Dolayısıyla, teşebbüslerin taahhüt mekanizmasını stratejik bir şekilde hem idari para cezasından hem de takip eden tazminat davalarından kaçmak için kullanma riski göz ardı edilmemelidir.

1/2003 sayılı Tüzüğün taahhüt mekanizması işletilebilmesi için teşebbüsler tarafından sunulabilecek taahhütlerle ilgili bir sınırlandırma getirmemesi, ayrıca Komisyon'un taahhütleri kabul etme yetkisini orantılılık ilkesi ile sınırlandırmaması bu riski kuvvetlendirmektedir.²⁸ Tüzüğün 9. maddesine göre, verilen kararlarda hem davranışsal hem de yapısal taahhütler orantılılık ilkesi tam uygulanmadan bağlayıcı kılınabilir. Bahsi geçen bu durum Avrupa Adalet Divanı'nın Alrosa kararında tartışılmıştır.²⁹ Bu karar

²⁷ 1/2003 sayılı Tüzüğün 23. maddesi.

²⁸ 1/2003 sayılı Tüzük 7.maddesinde ihlal kararlarını düzenlemektedir. 1/2003 sayılı Tüzüğün 7. maddesine göre, Komisyon, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Hükümlerinin ihlalini tespit ederse bu ihlallerin sona erdirilmesine karar verebilir. Komisyon uygun bulunduğu durumlarda ihlallerin sona erdirilmesini sağlamak için soruşturma konusu teşebbüslerin davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerin hayata geçirmelerini talep edebilir. Davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerle birlikte Komisyon'un para cezası uygulama hakkı da mevcuttur. Komisyon tedbirlerin uygulanmasına karar verirken mutlaka orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmamak zorundadır. Bu ilkeye göre; uygulanacak tedbirler, mevcut ihlali ortadan kaldırmanın ötesine geçemez. Yine aynı ilke yapısal tedbirlerin ancak davranışsal tedbirlerin teşebbüse daha fazla külfet doğuracağı veya aynı sonucu doğuracak davranışsal tedbir bulunmaması halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, adı geçen Tüzük, orantılılık ilkesini daha da kuvvetlendirecek şekilde, yapısal tedbirlerin ancak rekabet ihlalinin teşebbüsün yapısından kaynaklanması ve sürekli olarak devam etme riskinin mevcut olması hallerinde uygulanabileceğini belirtmektedir.

²⁹ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949. Bu dosyada Komisyon dünyanın en büyük iki elmas şirketi arasında - De Beers (tedarikçi firma) ve Alrosa (elmas üreticisi) - imzalanan ve yüksek miktarda ham elmas alışına ilişkin olan

ile birlikte Komisyon tarafından uygulanacak taahhütlerin orantılılığı ile ilgili bir içtihat olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Kararda belirtildiği şekliyle, Komisyon taahhüt kararı verirken, ihlal kararlarında olduğu gibi sıkı bir orantılılık incelemesi yapmak mecburiyetinde değildir. Bu durum, taahhüt mekanizmasının soruşturmaları hızlı bir şekilde sonlandırma amacı ve taahhütlerin ilgili teşebbüsler tarafından teklif ediliyor olduğundan kaynaklanmaktadır. Komisyon tarafından dikkate alınması gereken unsur taahhütlerin olası ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ve teklif edilen taahhütlerden en az külfet doğuran taahhüdün bağlayıcı kılınmasıdır. Komisyon'un, ihlal kararı vermiş olsa idi, uygulayacağı yapısal ve davranışsal tedbirleri kıstas olarak ele alıp, ileri sürülen taahhütlerle ilgili olarak orantılılık değerlendirmesi yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Avrupa Adalet Divanı'na göre, taahhüt mekanizmasının yapısı gereği, taahhütte bulunan teşebbüsler taahhüt ettikleri tedbirlerin ihlal kararlarında uygulanacak tedbirlerin ötesinde olabileceğini öngörmekte ve buna katlanmaktadır. Sonuç olarak, Alrosa kararı ile birlikte, taahhüt mekanizmasının işletilmesi halinde Komisyon'un daha hafif bir orantılılık incelemesi yapmasının yeterli olacağı Avrupa Adalet Divanı tarafından ortaya konmuştur.³⁰ Bu durum hiç şüphesiz Komisyon açısından da taahhüt mekanizmasını daha elverişli hale getirmektedir. Zira Komisyon'un iş yükü azalmakta daha hafif bir orantılılık incelesi yapmak suretiyle soruşturmayı sonlandırma yetkisi tanınmaktadır.

sözleşmeleri hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve şirketler hakkında rekabet soruşturması başlatmıştır. Taraflar soruşturma raporunu aldıktan sonra, 1/2003 sayılı Tüzüğün 9.maddesini takiben, sözleşmelerin hacmini daraltıcı taahhütleri ileri sürmüşlerdir. Taahhütlerin yetersiz olacağına dair kanaat oluşması üzerine De Beers 2009 yılından itibaren Alrosa'dan ham elmas almayacağı taahhüdünde bulunmuş, bu taahhüdün Komisyon tarafından taraflar üzerinde bağlayıcı kılınmasından sonra dosya kapatılmıştır. Alrosa karardan etkilenen taraf sıfatına sahip olması nedeniyle karar hakkında ilk derece mahkemesinde (General Court) dava ağmıştır. Alrosa'ya göre, Komisyon'un verdiği taahhüt kararı ile orantılılık ilkesi ve savunma hakkı çiğnenmiş ve sözleşme yapma özgürlüğu ortadan kaldırılmıştır. İlk derece mahkemesi Alrosa'yı haklı bularak taahhüt kararını iptal etmiştir (Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007). İlk derece mahkemesine göre ister ihlal kararı ister taahhüt kararı verilmiş olsun, Komisyon orantılılık ilkesini işletmek zorundadır. Mahkeme kararında taahhütlerin gönüllü olarak sunulmasının Komisyon'un yeterlilik ve gereklilik incelemesi yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını, daha az kısıtlayıcı tedbir olup olmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, ilk derece mahkemesinin bu görüşüne iki mekanizma arasındaki temelsel farklılıkları göz önüne alarak itiraz etmiş ve teşebbüslerin taahhüt sunarken 9.maddenin uygulanmasını tercih ettiklerini dolayısıyla aşırıya kağan tedbirleri uygulamak zorunda kalacaklarını baştan kabul ettiklerini belirtmiştir. Komisyon, ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurmuş ve dosya Avrupa Adalet Divanı'na gönderilmiştir.

³⁰ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949

b. Taahhüt Kararlarının Komisyon Açısından Ortaya Koyduğu Avantajlar

Taahhüt kararlarının Komisyon açısından sağladığı temel yararlar daha kısa sürede daha az işgücü ile yargısal denetime tabii olmadan rekabet ihlallerinin ortadan kaldırılması ve teşebbüs davranışlarının şekillendirilmesini sağlamaktır. Taahhüt mekanizması, soruşturmaların daha kısa ve ihlal kararlarına nispetle daha yüzeysel yapılması sebebiyle, zamandan ve maddi kaynaklardan tasarruf sağlar. Bu durum ise kaynakların daha verimli kullanılmasına ve/veya başka soruşturmalara aktarılmasına fırsat verir. Ayrıca, soruşturma konusu rekabet ihlali karmaşık ekonomik analizlerin yapılmasını gerekli kılıyorsa Komisyon ihlal kararı vermek yerine taahhüt mekanizmasını işletmeyi tercih edebilir. Özellikle, hâkim durumu ve hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini ekonomik temellere dayandırıp ortaya koyma zorunluluğu,³¹ Komisyon'u ihlal kararı vermek yerine taahhüt kararı vererek iş yükünü hafifletme eğilimine sokabilir. Bu durumun örneklerini ihlalin ekonomik teorilerden ziyade gözlemsel bulgularla ispatlanması hallerinde görmek daha olasıdır.³²

Taahhüt kararlarının Komisyon açısından sağladığı bir diğer yarar ise taahhüt kararlarının üst derece mahkemesine gidip temyiz incelemesinden geçme ihtimalinin ihlal kararlarına nispetle çok düşük olmasıdır.³³ Yukarıda bahsi geçen Alrosa kararında, taahhüt kararlarının temyiz incelemesi ancak Komisyon taahhütleri çok açık bir şekilde herhangi bir temele dayandırmadan bağlayıcı kılınmışsa mümkündür denilmektedir.³⁴ Buradan hareketle Komisyon, ihlal kararlarının iptal edilme riskini bertaraf etme amacıyla soruşturmaları taahhüt kararı ile sonlandırma eğiliminde olabilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra bakmamız gereken nokta taahhüt mekanizmasının rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak yanında, özellikle regüle edilen pazarlarda pazarın aksayan yönlerini düzeltmek amacıyla kullanılıp kullanılmadığıdır.

³¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009) OJ C45/7

³² Lang, a.g.e., s. 305

³³ Fırat CENGİZ, 'Judicial Review and the Rule of the Law in the EU Competition Law Regime after Alrosa' **European Competition Journal**, Vol.7, 2011, s. 150; Heike Schweitzer, 'Judicial Review in EU Competition Law' in I. Lianos and D. Geradin (eds.), **Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure**, Edward Elgar, 2013, s. 491

³⁴ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949, para.63

II. TAAHHÜTKARARLARI REKABETE AÇILAN PAZARLARIN DÜZENLENMESİ AMACI İLE KULLANILABİLİR Mİ?

Avrupa Birliği bünyesinde enerji pazarlarının liberalleşme süreci 1990ların ortasında birinci enerji paketinin yürürlüğe girmesi ile başlamıştır.³⁵ Bu süreç içerisinde günümüze kadar üç ayrı enerji paketi uygulama alanı bulmuştur.³⁶ Enerji pazarlarının liberalleşmesi ve regüle edilmesi ile elde edilmek istenen amaç uygun fiyatlara enerji tedariki güvenliğini sağlayarak tüketicinin korunmasını gerçekleştirmektir. Bu amaca ulaşmanın temel yolu ise enerji pazarlarının rekabete açılması ve Avrupa'da tek enerji pazarı entegrasyonunu sağlamaktır.³⁷ Bu noktada devreye yukarıda bahsedilen enerji paketleri ile uygulama alanı bulan regülatif düzenleyici kurallar girmektedir. Regülatif düzenleyici kuralların genel olarak hedefi ilgili pazarların rekabete açılmasını, rekabet ortamının devamlılığı ve gelişimini sağlamak amacıyla pazarda rol oynayan oyuncuların yapılarını ve davranışlarını ve ayrıca pazar işleyişini düzenlemektir.³⁸ Enerji pazarında bu amaca yönelik olarak oluşturulmuş en önemli regülatif düzenleyici kurallar:

- (i) çoğunlukla devlet kontrolünde ve dikey bütünselik yapıda olan elektrik ve doğalgaz şirketleri ayrıştıran,
- (ii) elektrik ve doğalgaz pazarlarında rol alan oyuncular arasında eşitliği kuvvetlendiren,
- (iii) elektrik ve doğalgazın ülkeler arasında taşınmasını sağlayan uluslararası iletim hatlarını enerji şirketlerinin erişimine açan,
- (iv) iletim hatlarının daha verimli ve şeffaf bir şekilde işletilmesini hedefleyen kurallar olarak sayılabilir.

³⁵ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity [1996] OJ L 27/20
Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas [1998] OJ L 204/1

³⁶ İkinci enerji paketi: Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity
Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas

³⁷ Commission, "DG Competition Report on Enerjy Sector Inquiry", SEC(2006) 1724, s.4

³⁸ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC [2009] OJ L 211/55; Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC [2009] OJ L 211/94

Aynı pazarda regülatif düzenleyici kurallarla birlikte Rekabet Hukuku kuralları da uygulanmaktadır. Pazardaki mevcut rekabetin korunması ve geliştirilmesi noktasında regülatif düzenleyici kurallar ve Rekabet Hukuku kuralları arasında tamamlayıcı bir işbirliği yaratılması gerekir.³⁹ Fakat regülatif düzenleyici kuralların üye ülkeler tarafından tam olarak uygulanmaması ve dolayısıyla ilgili pazarlarda istenilen rekabet seviyesine ulaşılmaması Rekabet Hukuku kararlarının regülatif etki doğurmak amacı ile kullanılmasına sebep olmuştur.⁴⁰ Bu durum özellikle taahhüt mekanizmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte en üst seviyeye ulaşmıştır. Komisyon'un verdiği Rekabet Hukuku kararları bu tezi doğrular niteliktedir.⁴¹

1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesinden yani 1 Mayıs 2004 tarihinden beri Avrupa enerji pazarına ilişkin olarak başlatılmış rekabet soruşturmalarından sadece iki tanesi ihlal kararı⁴² geri kalan on bir tanesi taahhüt kararıyla⁴³ sonlandırılmıştır.⁴⁴ Elbette sadece karar sayılarına dayanarak taahhütlerin ve taahhüt mekanizmasının pazarları regüle etmek amacı ile kullanılabileceği sonucu çıkarılamaz.⁴⁵ Bu sonuca varabilmek için kararların içeriklerine ve uygulanan taahhütlerin niteliklerine de bakmak gerekir. Enerji pazarında verilen taahhüt kararlarında uygulanan taahhütler

³⁹ Damien GERADİN ve J. Gregory SİDAK, 'European and American Approach to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications', S. K. Majumdar, I. Vogelsang, and M. E. Cave (eds.) **Handbook of Telecommunications Economics**, Vol II Elsevire B.V. 2005

⁴⁰ Adrien De HAUTECLOCQUE ve Kim TALUS, 'Capacity to Compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks' in B. DELVAUX, M. HUNT and K. TALUS (eds.), **EU Energy Law and Policy Issues** Vol.3 Intersentia 2011, s. 233; Kim TALUS, **Vertical Natural Gas Transmission Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**, Wolters Kluwer 2011, s. 175

⁴¹ HAUTECLOCQUE ve TALUS, a.g.e., s.235

⁴² GDF/ENEL & GDF/ENI (Case COMP/38662); Romanian Power Exchange/OPCOM (Case. AT 39984) Commission Decision C (2014) 1342 final [2014]

⁴³ Distrigaz (Case COMP/37966); E.ON-German Electricity Wholesale Market (Case COMP/39388); E.ON-German Electricity Balancing Market (Case COMP/39389); RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); GDF Foreclosure (Case COMP/39316); EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386); SvK-Swedish Interconnector Case COMP/39351); E.ON Gas Foreclosure (Case COMP/39317); ENI (Case COMP/39315); CEZ (Case COMP/39727); BEH Electricity (Case COMP/39767)

⁴⁴ İstatistiki bilgiler kartel dışı rekabet soruşturmalarını kapsamaktadır.

⁴⁵ Taahhüt mekanizmasının enerji pazarında bu kadar sık kullanılmasının tek sebebi pazarı regüle etme amacı olamaz şüphesiz. Taahhüt mekanizmasının uygulanmasının sağladığı kolaylık, enerji pazarındaki teknik unsurların (üretim hemen yapılması, iletim ve dağıtım hatları kapasitelerinin evleviyetle paylaşılması ve kullanılması gibi) ve ticari ilişkilerin çabuk şekillenmesi gerekliliği gibi durumlar taahhüt mekanizmasının işletilme sıklığını arttırmıştır.

derinlemesine incelendiğinde taahhütlerin regülatif düzenleyici kurallar ile benzerlik gösterdiği, ayrıca taahhütler ile Komisyon'un pazarın rekabete açılmasına engel olan özelliklerini törpülediği dikkat çekici noktalar olarak karşımıza çıkacaktır. Örneğin; pek çok soruşturmada soruşturma konusu ihlaller olagelen enerji satım sözleşmelerinden ve/veya enerji iletim ve dağıtım hattı kapasitelerinin kullanılış şeklinden doğan pazara giriş engelleri olarak belirtilmiştir.⁴⁶ Taahhüt mekanizması Komisyon'a ilgili firmalarla anlaşıp gerek şirketlerin kendi üretim/iletim/dağıtım iştiraklerini elden çıkarmaları (yapısal değişiklik)⁴⁷, gerek kendi iletim/dağıtım hatlarını başka firmalara kullanıma açmaları (davranışsal değişiklik)⁴⁸ ve gerekse yaptıkları enerji alımı sözleşmelerinde değişiklikler yapmaları (sözleşme süre ve kapasitelerini kısaltma-davranışsal değişiklik)⁴⁹ suretiyle bu engeli aşma becerisi kazandırmıştır. Oysaki sayılan bu tedbirlerin hepsi regülatif düzenleyici kuralların kapsamı altındadır.

Bu noktada rekabet soruşturmaları sonucunda uygulanacak olan tedbirlerin doğurduğu etkilerden de bahsetmek gerekir. Uygulanacak tedbirlerin etkisi söz konusu ihlale göre değişebilir. Örneğin soruşturma konusu ihlal teşebbüsler arasında yapılan sözleşmelerden kaynaklanıyorsa, yani 101. madde ihlali söz konusu ise, sözleşmenin uygulanmaması veya sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi/kaldırılması gibi davranışsal tedbirler uygulanacaktır. Eğer ihlal hâkim durumun kötüye kullanılmasından kaynaklanıyorsa, yani 102. madde ihlali söz konusu ise, uygulanacak tedbirlerin daha çok regülatif etki yaratması beklenecektir. Zira 102. maddenin kapsamına giren ihlallerin içeriği regülatif düzenleyici kuralların uygulama alanı bulduğu alanlarla benzeşmektedir.⁵⁰ Fakat Komisyon'un enerji pazarına ilişkin verdiği

⁴⁶ Jean-Michel GLACHANT ve Adrien De HAUTECLOCQUE, 'Long-Term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy not Crazy', **EUI Working Papers-Robert Schuman Centre for Advance Studies** 2009 (<http://www.eprg.group.cam.ac.uk/working-paper-eprg0919/>, erişim: 21 Nisan 2011), p. 2

⁴⁷ RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); ENI (Case COMP/39315); Swedish Interconnectors (Case COMP/39351); CEZ (Case AT/39727) Commission Decision C(2013) 1997 final

⁴⁸ Gaz de France (Case COMP/39316); E.ON Gas (Case COMP/39317) Commission Decision C (2010) 2863 final

⁴⁹ Distrigaz (Case COMP/B-1/37966); EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386)

⁵⁰ Mesela zorunlu unsurun rakip teşebbüslere sağlanmaması, fiyat sıkıştırması gibi hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamına giren ihlaller, iletim hatlarının üçüncü kişilerin kullanımına açılmasının düzenlenmesi veya fiyatların regüle edilmesi gibi regülatif kurallar tarafından da düzenlenen konulardır. Bkz. Niamh DUNNE, 'Commitment Decisions in EU

DUC/DONG kararında⁵¹ tersi bir uygulama ortaya çıkmıştır. Kararda DONG doğalgaz şirketi ile teşebbüs birliği DUC arasında yapılan ve ihlale konu olan sözleşme hükümlerinin değiştirilmesinin yanı sıra soruşturma konusu ihlale ilgisi olmayan ve fakat DONG enerji şirketinin işletmesi altında bulunan iletim hatlarına diğer enerji şirketleri menfaatine erişim hakkı sağlanması ile ilgili tedbirler de uygulanmıştır. Dolayısıyla Komisyon'un, ihlal konusu dışında dahi olsa, enerji pazarında pazarın regüle edilmesini sağlayacak tedbirleri uygulama şansını elinden kaçırmayacağını söylemek mümkündür.

Sonuç olarak rekabet soruşturmaları neticesinde hayata geçirilen taahhütler hem rekabetin oluşmasını engelleyen unsurları ortadan kaldırmış hem de regülatif düzenleyici kurallara paralellik gösterdikleri için pazarın düzenlenmesine yardımcı olmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu'nun enerji pazarına ilişkin olarak verdiği en son taahhüt kararı da benzer özellik göstermektedir. Bu karar aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN BEH KARARI

2012 yılının son ayı, Komisyon, dikey bütünlük ve kamu kontrolünde olan Bulgaristan Enerji Holdingi (BEH-Bulgarian Enerji Holding) hakkında, hâkim durumun kötüye kullanılması gerekçesi ile rekabet soruşturması başlatmıştır. Komisyon'a göre, BEH Bulgaristan elektrik toptan satış pazarında⁵² yaptığı uzun dönemli elektrik satım sözleşmeleri ile "bölgesel sınırlandırma" (*territorial restriction*) getirmiş ve elektrik alıcılarının tekrar satış özgürlüklerini sınırlandırarak rekabetin oluşumunu engellemiştir. Uzun dönemli satım sözleşmeleri hükümlerine göre, BEH tarafından satılan elektrik ya sadece Bulgaristan içinde ya da sadece Bulgaristan dışında satılabilir. Komisyon, uzun dönemli enerji satım sözleşmesinde belirtilen bu hükmün uygulanması halinde Bulgaristan ile diğer üye ülkeler arasında suni bir ticaret engeli yaratılarak Avrupa elektrik pazarının işleyişinin ve tek pazar entegrasyonu amacının etkileneceğini belirtmiştir.⁵³

Soruşturma raporunu alan BEH, Komisyon'un belirttiği olası rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak için bir takım taahhütler ileri sürmüştür. Buna göre; bölgesel sınırlandırma maddeleri sözleşmelerden çıkarılacak, BEH

Competition Law', *Journal of Competition Law and Economics* Vol.6(3) 2014, s. 414

⁵¹ DONG/DUC (Case COMP 38187)

⁵² Komisyon somut olayda ürün pazarını regüle edilen fiyatların uygulandığı elektrik toptan satış pazarı ve pazarlık yolu ile fiyatların belirlendiği elektrik toptan satış pazarı olarak ikiye ayırarak tanımlamıştır. Bakınız, BEH Electricity (Case COMP/39767) para. (33-35)

⁵³ BEH Electricity (Case COMP/39767) para. (49-60)

kurulum aşamasında bağımsız üçüncü bir partiden bilgi ve teknik destek olarak yeni bir enerji borsası oluşturacak, enerji borsasının bağımsızlığını sağlamak için borsanın kontrolünü Bulgaristan Maliye Bakanlığı'na devredecek ve son olarak beş yıl boyunca gün öncesi elektrik piyasasına önceden belirtilmiş miktarlarda elektrik sağlayacak ve sağlanan bu elektrik borsa üzerinden diğer enerji şirketlerine satılacaktır. Komisyon'un kararında yapılan açıklamaya göre, bu taahhütlerin amacı elektrik toptan satış pazarında şeffaflığı oluşturarak Bulgaristan ile komşu üye ülkeler arasındaki entegrasyonu kuvvetlendirmek, enerji borsasında likiditeyi arttırmak ve gün öncesi elektrik piyasasına satılan elektriğin enerji borsasında alıcı bulmasını sağlayarak uzun dönemli satım sözleşmelerinde ortaya konan bölgesel sınırlandırmaları engellemektir.

Komisyon'un değerlendirmesine göre uygulanan taahhütlerin hepsi ihlal şüphesini ve bir daha oluşmasını engelleyeceğinden orantılılık ilkesini tatmin eder niteliktedir.⁵⁴ Fakat pazarın regüle edilen bir pazar olması göz önüne alınırsa uygulanan taahhütlerin regülasyonu destekler nitelikte olduğu daha net bir şekilde su yüzüne çıkacaktır. Enerji borsasının kurulması, borsa üzerinden elektrik satışı yapılması, borsanın bağımsızlığının artması adına Bulgaristan Maliye Bakanlığı bünyesine bağlanması gibi taahhütler aslında düzenleyici regülatif kuralların uygulama alanı bulduğu konulardır. Bu özelliklerinden dolayı, Komisyon'un verdiği bu son karar taahhüt mekanizmasının rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak yanında market regülasyonunu desteklemek amacıyla da işletildiğini göstermektedir.

Komisyon'un enerji pazarındaki bu tutumu pazardaki hukuksal şeffaflığı ve kesinliği ortadan kaldırması dolayısıyla eleştirilebilir. Hukuksal şeffaflığın ortadan kalkması rekabet kuralları ile regülatif düzenleyici kurallar arasındaki ilişkiyi zedeleyebilir.⁵⁵ Ayrıca, pazardaki hukuki belirsizliğin

⁵⁴ Bakınız, BEH Electricity (Case AT/39767) para.106-148

⁵⁵ Nicholas ECONOMIDES, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction', **NET Institute Working Paper** 2004 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386626, erişim; 7.2.2013), s. 215; Damien GERADIN / Robert O'DONOGHUE, 'The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications' **Journal of Competition Law & Economics**, Vol.1(2), 2005, s. 154; Giorgio MONTI, 'Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law', **The Competition Law Review**, Vol.4(2), 2008, s. 215; Martin HELLWIG, 'Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries', **Max Planck for Research on Collective Goods Bonn 2008/29**, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275285, erişim, 5.2.2013) s. 123; Pablo Ibanez COLOMO, 'On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory' **Yearbook of European Law**, Vol.29, 2010, s. 265; Javier TAPIA / Despoina MANTZARI, 'The Regulation/Competition Interaction' in D. Geradin and I. Lianos (eds.) **Research Handbook on**

yatırımcının pazardan uzaklaşmasına sebep olabileceği ortadadır.⁵⁶ Buna göre, enerji pazarına yatırımın, yatırımcının uzun dönemli olarak hukuksal uygulamaları öngörebilmesi ile destekleneceği, bu nedenle Komisyon'un rekabet soruşturmaları ile pazar regülasyonunu kuvvetlendirici tedbirler almasının pazara yapılacak yatırımları olumsuz şekilde etkileyebileceği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, Komisyon'un enerji üretim tesislerine veya iletim hatlarına yapılan yeni yatırımları hukuka uygunluk sebebi (*objective justification*) olarak gördüğü ve bu hallerde Rekabet Hukuku hükümlerini uygulamadığı göz ardı edilmemelidir.⁵⁷

Sonuç olarak, öyle gözükmektedir ki, taahhüt mekanizması, enerji pazarı özelinde, rekabet ihlallerinin engellenmesi yanında regülatif düzenleyici kuralların tam uygulanmamasından kaynaklanan eksikliklerin giderilmesi amacıyla kullanılmaya devam edecek ve bu durum Avrupa Birliği bünyesinde mevcut bir problem olarak doktrin tarafından çok kere tartışılacaktır.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nde 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile rekabet soruşturmaları taahhüt yolu ile sonuçlandırılmaya başlanmıştır. Taahhüt mekanizmasının Birlik bünyesine dâhil edilmesinden beri doktrin tarafından sıklıkla tartışmaya açıldığını söylemek mümkündür. Taahhüt kararlarının Komisyon ve soruşturma konusu teşebbüsler için sağladığı faydalar yanında taahhüt kararı verirken Komisyon'un sahip olduğu geniş yetkiler, orantılılık ilkesinin uygulanması şekli ve uygulanan taahhütlerin içerikleri bu tartışmaları daha da alevlendirecek gibi gözükmektedir. Taahhütlerin özellikle enerji gibi yeni regüle edilen pazarlarda pazar regülasyonunu kuvvetlendirecek özelliklere sahip olması hukuki şeffaflığı ortadan kaldırmaya yönelik sonuçlar doğurabilir. Bu durum başta pazar oyuncuları için belirsizlik yaratmakta, sonrasında ise pazara girecek yatırımcıları uzaklaştırma riski taşımaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında, bu makale öncelikli olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda taahhüt mekanizmasının özelliklerini, taahhüt

European Competition Law: Substantive Aspects, Edward-Elgar 2013, s. 588

⁵⁶ Adrien DE HAUTECLOCQUE / Leigh HANCHER, 'Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice', **EUI Working Papers RSCAS 2010/01**, 2010 (<http://ideas.repec.org/a/sen/journal/v11y2010i3p307-335.html>, erişim, 16.2.2013), s. 12; Adrien DE HAUTECLOCQUE, **Market Building through Antitrust: Long-term Contract Regulation in EU Electricity Markets**, Edward Elgar Publishing Limited, Londra 2013

⁵⁷ Bakınız ilgili Komisyon kararları Synergen (Case COMP/37732); Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31

kararlarının hem Avrupa Birliği Komisyonu hem de ilgili teŖebbüsler için doğuracağı sonuçları incelemiŖ, daha sonra uygulanan taahhütlerin ilgili pazarları regüle etme amacıyla kullanılması durumunu tartıŖmaya açmıŖtır. Bu tartıŖmaları takiben, makale Avrupa Komisyonu'nun enerji pazarında en son vermiŖ olduğu taahhüt kararı olan BEH Kararını incelemiŖtir.

KAYNAKÇA

ARI, Haluk / AYGÜN, Esin / KEKEVİ, GökŖin, 'Rekabet Hukukunda Taahhüt ve UzlaŖma', (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Di%C4%9Fer+Etkinlik/halukari.pdf>, eriŖim: 09.12.2016)

CENGİZ, Fırat, 'Judicial Review and the Rule of the Law in the EU Competition Law Regime after *Alrosa*' **European Competition Journal**, Vol.7, 2011s. 150-175

COLOMO, Pablo Ibanez, 'On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory' **Yearbook of European Law**, Vol. 29, 2010, s. 265-283

DE HAUTECLOCQUE, Adrien, **Market Building through Antitrust: Long-term Contract Regulation in EU Electricity Markets**, Edward Elgar Publishing Limited, Londra, 2013

DE HAUTECLOCQUE, Adrien / HANCHER, Leigh, 'Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice' **EU Working Papers RSCAS 2010/01**, 2010 (<http://ideas.repec.org/a/sen/journal/v11y2010i3p307-335.html>, eriŖim: 16.02.2013), s. 12-25

DE HAUTECLOCQUE, Adrien / TALUS, Kim, 'Capacity to Compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks' in B. DELVAUX, M. HUNT K. TALUS, **Vertical Natural Gas Transmission Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**, Wolters Kluwer, 2011, s. 175

DUNNE, Niamh, 'Commitment Decisions in EU Competition Law', **Journal of Competition Law and Economics** Vol.6(3) 2014, s. 414

ECONOMIDES, Nicholas, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction' (2004) **NET Institute Working Paper** (<http://papers.ssrn>.

com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386626, erişim: 07.02.2013) s. 04-23

GERADIN, Damien / O'DONOGHUE, Robert, 'The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications', **Journal of Competition Law & Economics**, Vol.1(2), 2005s. 360-388

GERADIN, Damien / SIDAK, J. Gregory, 'European and American Approach to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications', S. K. Majumdar, I. Vogelsang, and M. E. Cave (eds.) **Handbook of Telecommunications Economics**, Vol. II (Elsevire B.V. 2005)

GLACHANT Jean-Michel / DE HAUTECLOCQUE, Adrien, 'Long-Term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy not Crazy', **EUI Working Papers-Robert Schuman Centre for Advance Studies** 2009 (<http://www.eprg.group.cam.ac.uk/working-paper-eprg0919/>, erişim: 21 Nisan 2011) , p. 2

HELLWIG, Martin, 'Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries' (2008) **Max Planck for Research on Collective Goods Bonn 2008/29** (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275285, erişim: 05.02.2013)

JACOBS, Francis, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law' in Evelyn ELLIS (ed.), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe** Hart Publishing 1999, s. 270

JONES, Alison / SUFRİN, Brenda, **EU Competition Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 1081

MONTI , Giorgio, 'Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law' **The Competition Law Review**, Vol.4(2), 2008, s. 130-143

LANG, John Temple, 'Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law' in Barry Hawk (ed.), **Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy**, Juris Publishing, Inc., 2006, s. 265-324

LANG, John Temple, 'Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspect of a new kind of Competition Decision' **European Commission Law Review**, Vol.24, 2003, 347, s. 350

SCHWEITZER, Heike, 'Judicial Review in EU Competition Law' in I. Lianos and D. Geradin (eds.), **Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure** Edward Elgar, 2013, s. 491-516

TAPIA, Javier/MANTZARI, Despoina, 'The Regulation/Competition Interaction' in D. Geradin and I. Lianos (eds.) **Research Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects**, Edward-Elgar, 2013, s. 588-605

TALUS, Kim (eds.), "EU Energy Law and Policy Issues" Vol.3 **Intersentia** 2011 s. 233

Avrupa Komisyonu Kararları

Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31

Jahrhundertvertrag (IV/33.151) and VIK-GVSt (IV/33.997) Commission Decision 93/126/EEC [1992] OJ L 50/14;

Electricidade de Portugal/Pego (IV/34.598) Commission Decision 93/C 265/03 30 [1993]

REN/Turbogas (IV/E-3/35.485) Commission Decision 96/C 118/05 [1996]

Isab Energy (IV/E-3/35.698) Commission Decision 96/C 138/03 [1996]

Synergen (Case COMP/37732) [2002]

GDF/ENEL & GDF/ENI (Case COMP/38662) [2004]

DONG/DUC (Case COMP 38187) [2005]

Distrigaz (Case COMP/37966) [2007]

Wanadoo España vs. Telefónica (Case COMP/38.784) Commission Decision [2007]

E.ON-German Electricity Wholesale Market (Case COMP/39388) & E.ON-German Electricity Balancing Market (Case COMP/39389) [2008]

GDF Foreclosure (Case COMP/39316) [2009]

RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402) [2009]

EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386) [2010]

E.ON Gas Foreclosure (Case COMP/39317) Commission Decision C(2010) 2863 final

ENI (Case COMP/39315) [2010]

Swedish Interconnectors (Case COMP/39351) [2010]

CEZ (Case AT/39727) Commission Decision C(2013) 1997 final [2013]

Google (Case Comp/C-3/39740) [2014]

Romanian Power Exchange/OPCOM (Case.AT 39984) Commission Decision C (2014) 1342 final BEH Electricity (Case AT.39767) [2015]

Avrupa Adalet Divanı Kararı

Case C-441/07 P *Alrosa Company Ltd v Commission* [2010] ECR I-5949

Mevzuat

Commission, “DG Competition Report on Energy Sector Inquiry”, SEC(2006) 1724, s.4

Commission, ‘Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU’ (Commitment Decision) (2012), Bölüm 16, s. 7

Commission, Competition Policy Brief, ‘To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments’ (2014) Issue 3

Council Regulation 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009) OJ C45/7

