

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU KURALLARININ ENERJİ PİYASALARINA ÖZGÜ KARAKTERİSTİKLERİ

(PARTICULARITIES OF EUROPEAN UNION COMPETITION RULES IN THE ENERGY MARKETS)

*Çağdaş Evrim Ergün **

ABSTRACT

The liberalization of European energy markets, particularly in the electricity and gas sectors, lead to a re-structuring of the European energy industry, thus giving rise to certain competition problems. This article aims at analyzing such competition problems and the particularities of European Union (“EU”) competition rules in the energy markets. In so doing, consideration might usefully be divided into three sections. First, a brief account will be given of the mergers that the European energy sectors witnessed following the liberalization of the European energy markets. Next, an examination will be made of the long-term energy contracts, which are vital for the energy producers as well as the consumers. Finally, consideration will be given to the competition assessment of state aids granted by the EU member states to the undertaking operating in the energy sectors.

I. Enerji Piyasası Kavramı ve Avrupa Birliği Enerji Piyasalarında Şirket Birleşmelerinin Kontrolü

Avrupa Birliği (“AB”) enerji piyasalarının serbestleşmesi neticesinde teşebbüslerin birleşmeler ve devralmalar yoluyla yeniden yapılandıkları görülmektedir. Özellikle elektrik ve gaz sektörlerindeki şirketler, birleşmeler ve devralmalar yoluyla piyasada rekabet güçlerini korumaya ve artırmaya çalışmaktadırlar. Bu serbestleşme hareketi ve neticesinde şirketlerin yeniden yapılanmaları esas itibariyle AB Elektrik¹ ve Gaz Yönergelerinin² bir sonucudur. Gerçekten de, özellikle Elektrik Yönergelerinin ardından şirket birleşmeleri büyük hız kazanmış ve 1998-1999 yıllarında elektrik sektöründe 20’den fazla dev enerji birleşmeleri

* Çakmak Avukatlık Bürosunda Stajyer Avukat ve Ankara Üniversitesi İdare Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, E-mail: c.ergun@cakmak.gen.tr

¹ 19 Aralık 1996 tarihli AB Elektrik Yönergesi 96/92; *OJ L 27, 30 Ocak 1997*. Bu Yönerge, 2003/54/EC Sayılı yeni Elektrik Yönergesi ile ilga edilmiştir.

² 22 Haziran 1998 tarihli AB Doğalgaz Yönergesi 98/30; *OJ L 204, 21 Temmuz 1998*. Bu Yönerge, 2003/55/EC Sayılı yeni Doğal Gaz Yönergesi ile ilga edilmiştir.

meydana gelmiştir.³ Örneğin, Almanya’da elektrik sektöründe faaliyet gösteren Viag ve Veba şirketlerinin birleşmeleri neticesinde Almanya’nın en büyük elektrik şirketi ortaya çıkmıştır.⁴ Ayrıca, elektrik ve gaz piyasalarını %100 oranında serbestleştirmiş olan İngiltere’de de çok sayıda dev enerji şirketleri birleşme yolunu seçmişlerdir. Bu birleşmelerden önemli bir bölümü İngiliz ve Amerikan enerji şirketleri arasında gerçekleşmiştir. Örneğin, British Energy ile Philadelphia Electric şirketleri 18 Ağustos 1997 tarihinde birleşerek AmerGen Şirketini kurmuşlardır.

Enerji şirketleri arasında esas olarak iki tür birleşmenin gerçekleştiğini görmekteyiz. Bunlardan birincisi, farklı coğrafi pazarlarda yer alan enerji şirketlerinin birleşmesidir. İkincisi ise farklı ürün pazarlarında yer alan enerji şirketleri arasında gerçekleşen birleşmelerdir. Gerçekten de, AB enerji piyasalarında, aynı coğrafi ve ürün pazarında yer alan enerji şirketlerinin birleşme yolunu çok fazla tercih etmediklerini görmekteyiz. Zira, farklı coğrafi pazarlarda yer alan enerji şirketlerinin birleşmesi ile şirketler müşteri portföylerini önemli oranda artırabilme olanağına kavuşmaktadırlar.⁵ Bu tür birleşmelere örnek olarak, Fransız elektrik şirketi EDF ile Londra Elektrik’in⁶; Preussen Elektra ile bir Hollanda şirketi olan EZH’nin⁷, ve Vattenfall ile HEW’in birleşmelerini⁸ gösterebiliriz.

Birleşmelerin rekabet kuralları ile uygunluğunu değerlendirirken, en önemli hususlardan bir tanesi, ortak pazarda birleşme neticesinde hakim durumun ortaya çıkıp çıkmadığı veya mevcut bir hakim durumun güçlenip güçlenmediğidir. Enerji piyasaları bu açıdan diğer sektörlerle oranla bir farklılık arz etmemektedir. Dolayısıyla AB Komisyonu (“Komisyon”) , birleşmelere ilişkin genel kuralları (özellikle Kurucu Anlaşmanın 81 ve 82.

³ Townsend, D., *‘Mergers and Acquisitions: Leading the Merger Pack’*, [2000] 34 Petroleum Economist

⁴ Komisyon Kararı No. M 1673, 2000 *Veba/Viag*. Viag ve Veba enerji şirketlerinin birleşmeleri bir takım sakıncalar içermekteydi. Zira, bu iki şirket Almanya’da elektrik piyasasının önemli bölümünü elinde bulunduran rakip şirketlerdi. Dolayısıyla, bu şirketler, AB Komisyonu’nun onayını alabilmek için, bünyelerindeki birçok şirketi başka şirketlere devrederek elden çıkarmayı taahhüt etmiş ve neticesinde Komisyon’dan onay alabilmiştir. Bkz. Schaub, A., *‘Competition Policy and Liberalisation of Energy Markets’*, European Utilities Circle 2000, Brüksel, 23 Kasım 2000

⁵ Cameron, P., *Competition in Energy Markets: Law and Regulations in the European Union*, Oxford Yayınları, 2002, s. 325

⁶ Komisyon Kararı No. IV/M 1346, 1999 *EDF/London Electricity*

⁷ Komisyon Kararı No. IV/M 1659, 1999 *Preussen Elektra/EZH*

⁸ Komisyon Kararı No. IV/M 1842, 2000 *Vattenfall/Hamburgische Electricitätswerke AG*

Maddeleri ile Birleşme Kontrol Tüzüğü⁹⁾ enerji piyasalarındaki şirket birleşmelerini değerlendirirken de uygulamaktadır.

Farklı coğrafi ve ürün pazarlarında yer alan enerji şirketleri arasında gerçekleşen bu birleşmelerin her ne kadar piyasaya yeni oyuncular girmesini sağlamalarından dolayı rekabete olumlu katkıları olduğu söylenebilir ise de, öğretide birçok yazar, özellikle AB enerji piyasası gibi parçalanmış yapıdaki piyasalarda bunun tersinin de söz konusu olabileceğini, yani birleşmeler neticesinde hakim durumun oluşabileceğini veya mevcut hakim durumun güçlenebileceğini belirtmektedirler.¹⁰

Birleşmelerin rekabete etkilerinin değerlendirilmesinde ilgili coğrafi ve ürün pazarlarının belirlenmesi son derece önemlidir. Şirketlerin piyasa paylarının hesaplanması açısından da ilgili pazarların tespiti bir ön şart niteliğindedir. İlgili coğrafi pazar kavramının tanımlanması, uzaklık, ulaşım masrafları, bir şirketin belirli bir bölgedeki özel veya münhasır hakları ve yerel tüketici tercihleri gibi bir takım unsurların bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir.¹¹ Enerji sektöründe ilgili coğrafi pazarı belirlerken Komisyon özellikle ithalat ve ihracattaki mevsimlik değişiklikleri, sınırötesi taşıma ücretlerini, farklı bölgelerdeki farklı hukuki düzenlemeleri ve bu kapsamda özellikle rezerv kapasite gereksinimlerini ve nihayet sınır ötesi ticaret önündeki çevre mevzuatından kaynaklanan diğer engelleri göz önünde bulundurmaktadır.¹²

Bütünleşmiş bir AB enerji piyasasının oluşturulması hedefine uygun olarak, AB’de ilgili coğrafi pazar kavramının geniş yorumlanması yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Ancak bu eğilim, Komisyonun uzun süredir izlemekte olduğu politika ile çakışmamaktadır. Gerçekten de Komisyon, genel olarak ilgili coğrafi pazar kavramını dar yorumlama eğilimindedir. Buna karşın, AB Elektrik ve Doğal Gaz Yönergelerinin Kabul edilmesi neticesinde son on yılda etkisini gösteren serbestleşmenin bir sonucu olarak, farklı üye ülkelerin enerji pazarları, ilgili coğrafi pazar kavramı içinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Öğretide de öngörüldüğü üzere, AB enerji piyasalarının serbestleşmesine paralel olarak, ilgili

⁹ Tüzük No. 1310/97, *OJ 1997 L 180/1* ile değişik Tüzük No. 4064/89, *OJ 1989 L 395/1*.

¹⁰ Bkz. örneğin Cameron, P., *a.g.e.* s. 325

¹¹ Bkz. Topluluk Rekabet Hukukunda İlgili Pazar Kavramı Hakkında Komisyon Bildirgesi, *OJ C 372/5 (1997)*; Ayrıca Bkz. Birleşmelerin Kontrolü Tüzüğü Madde 9(7).

¹² Schaub, A., *a.g.e.*

coğrafi pazar kavramı da genişleyecek ve milli sınırları aşarak tüm AB üye ülkelerinin enerji piyasalarını kapsar hale gelecektir.¹³

İlgili ürün pazarı kavramı ise, tüketiciler açısından birbirinin yerine kullanılabilme özelliğini taşıyan tüm ürünleri kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, özel koşullar altında birbirinin yerine kullanılabilme, bir ürünün ilgili olduğu ürün pazarını belirlemede en önemli kıstastır. Bu genel kural, enerji sektöründeki birleşmelerin değerlendirilmesinde de uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, Belçika’da hakim durumdaki iki enerji şirketinin birleşmelerini değerlendiren Komisyon, bu şirketlerden bir tanesinin doğalgaz, diğerinin ise elektrik piyasasında faaliyet göstermesinden dolayı, söz konusu birleşmenin rekabet açısından olumsuz bir etkisinin olmadığını belirtmiş ve bu kararına gerekçe olarak da *“bu iki enerji kaynağının birbirlerinin yerine kullanılmaya elverişliliklerinin çok düşük bir oranda olmasını”* göstermiştir.¹⁴

Komisyon, daha da ileriye giderek, elektrik piyasasının tamamının da ilgili ürün pazarı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Elektriğin münhasır kullanımı ile münhasır olmayan kullanımı kavramlarını geliştiren Komisyon, bu iki kullanım arasında ilgili ürün pazarı açısından farklılık olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre Komisyon, örneğin aydınlanma veya bazı kimyasal reaksiyonlarda elektriğin kullanılmasını münhasır bir kullanıma olarak tanımlarken, elektriğin ısınma amaçlı kullanılmasını münhasır bir kullanım olarak değerlendirmemektedir. Bu ayrımı yaparken Komisyonun faydalanmakta olduğu kriter yine “yerine kullanılabilirlik” kriteridir. Gerçekten de, ısınma amaçlı kullanılan elektriğin yerinin başka enerji kaynaklarıyla, örneğin doğalgaz ile doldurulması mümkün olabilir. Örneğin Komisyon, elektrik piyasasında faaliyet gösteren iki şirket olan Neste ve IVO’nun birleşmelerini değerlendirirken, elektriğin münhasır olan ve olmayan kullanımı arasında ayrım yaparak ilgili ürün pazarı kavramını dar yorumlama yolunu seçmiştir.¹⁵ Ancak yine de, ısınma bakımından elektrik ile doğalgaz arasında bu tür bir yerine kullanılabilirliğin her zaman söz konusu olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, Komisyon her somut olayı ayrı olarak ele almakta ve ilgili ürün pazarını bu şekilde tespit etmektedir. Gerçekten de Komisyon, potansiyel bir yerine kullanılabilirliğin mevcut olduğuna karar verdiği durumlarda

¹³ *ibid.*

¹⁴ Komisyon Kararı No IV/M.493, 1994, Distrigaz/Electrabel

¹⁵ Örneğin Komisyon Kararı No IV/M.931, 1998, Neste/IVO

bile bu yerine kullanılabilirliğin ancak uzun vadede gerçekleşebileceğini, çünkü seçilen enerji kaynağına göre farklı ekipmanların kullanılmasının gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁶

Enerji sektöründe serbestleşme öncesi tekel konumunda bulunan tedarikçi şirketlerden bir kısmı serbestleşme sonucunda doğrudan rakip haline gelmişlerdir. Bu tür eski tekel yeni rakip şirketlerin birbirleriyle birleşme yoluna gitmeleri halinde rekabet açısından olumsuz etkilerin doğması muhtemeldir. Gerçekten de, bu tür birleşmelerde şirketlerin eski hakim durumlarına kavuşmaları mümkün olabilmektedir. Komisyon bu tür birleşmeleri değerlendirirken “dinamik” bir yaklaşım sergilemektedir. Öğretide kullanıldığı ismiyle dinamik yaklaşımda Komisyon, birleşme neticesinde elde edilmesi muhtemel faydaları, piyasanın serbestleşme derecesini ve üçüncü kişilerin piyasaya girişlerinin birleşme neticesinde zorlaşıp zorlaşmayacağını dikkate almaktadır.¹⁷ Başka bir ifadeyle, dinamik yaklaşımda sadece enerji arz rekabetindeki mevcut durum değil, gelecekte oluşabilecek koşullar da göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁸

Farklı enerji kaynaklarının tedarikçisi konumundaki şirketlerin, örneğin doğal gaz ve elektrik tedarikçisi iki şirketin birleşmeleri halinde de rekabetin kısıtlanması mümkündür. Burada en önemli husus, söz konusu birleşmenin yeni firmaların piyasaya girişine engel olmamasıdır. Komisyon’un bu türden birleşmelere onay verdiği kararlara örnek olarak, Tractebel/Distrigaz¹⁹ kararını gösterebiliriz.

II. Uzun Süreli Enerji Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Uzun süreli enerji sözleşmeleri, AB enerji piyasaları açısından büyük önem arz etmektedir. Zira, AB enerji ihtiyacının çok büyük bir bölümü uzun süreli enerji sözleşmeleriyle karşılanmaktadır. Özellikle gaz arzının sağlanmasında sıkça kullanılan uzun süreli enerji sözleşmeleri esas itibarıyla iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır: Uzun süreli tüketim ve arz sözleşmeleri. Tüketim sözleşmelerinin konusunu bir gaz sahasındaki tüm

¹⁶ Schaub, A., *a.g.e.*

¹⁷ Albers, M., ‘*Energy Liberalisation and EC Competition Law*’, Paper in Fordham 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy, Ekim 2001, s. 3

¹⁸ Cameron, P., *a.g.e. s. 325*

¹⁹ AB Komisyon Kararı No. IV/M.493, 1994 *Tractebel / Distrigaz*, *OJ C 249 07/09/1994 s. 3*

ürünün satın alınması teşkil etmektedir. Arz sözleşmelerinde ise, belirli bir süre boyunca yine belirli miktarda enerjinin temin edilmesi sözleşmeye konu olmaktadır.²⁰

Uzun süreli enerji anlaşmalarının birçok faydası bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, enerji işlemlerinde son derece önemli olan istikrar unsurunun üretici ve alıcı açısından sağlanıyor olmasıdır. Enerji üretimi esas olarak üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, kurulma, plato ve gerileme dönemleridir. Bu dönemlerden yalnızca plato döneminde sabit miktarda üretim sağlanabilirken diğer dönemlerde bu istikrara ulaşılamamaktadır. Enerji piyasalarının doğasından kaynaklanan bu istikrarsızlığın olumsuz etkilerinin önlenmesi amacıyla, enerji anlaşmalarının uzun süreli olarak akdedilmeleri yoluna gidilmektedir. Bu sayede, hem alıcı açısından istikrarlı bir enerji arzı mümkün kılınmakta hem de üreticinin ürettiği enerjiyi garantili bir biçimde satması sağlanmaktadır.

Buna karşın, uzun süreli enerji sözleşmelerinin, özellikle rekabet açısından bir takım olumsuz etkileri de bulunmaktadır. Uzun süreli enerji sözleşmeleri, her ne kadar AB hukukunda *per se* yasaklanmasalar da, Kurucu Anlaşmanın 81. Maddesine aykırılık teşkil etmeleri mümkündür. Bu nedenle Komisyon, uzun süreli enerji sözleşmelerinin AB rekabet kurallarına uygunluğunu incelerken her somut olayı ayrı olarak değerlendirmektedir.

Komisyon tarafından yapılan incelemelerde uzun süreli enerji sözleşmelerinin genel olarak iki unsurunun rekabet açısından olumsuz etkilerinin olabileceği vurgulanmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme süresinin uzun olması dolayısıyla üçüncü kişilerin piyasaya girmesinin zorlaşmasıdır. Komisyon bu nedenle söz konusu enerji sözleşmelerinin süresini sınırlandırma yoluna gitmektedir. Örneğin, *Electriadde de Portugal/Pego*²¹ ve *RENT/Turbogas*²² kararlarında Komisyon sözleşmelerin süresini 15 yıla indirmiştir. Benzer bir şekilde, *ISAB Energy* davasında, 15 yıl sonra davanın yeniden incelenmesi gerektiği kararını vermiştir.²³

İkinci olarak ise, münhasır arz hükümleri olarak adlandırılan ve sadece belirli şirketlere enerji arzı yapılmasını öngören koşulları içeren uzun süreli enerji anlaşmalarının da

²⁰ Roggenkamp, M.M. (Ed.), *Energy Law in Europe: National, EU and International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2001, s. 256

²¹ *Electriadde de Portugal/Pego* [1993] *OJ C* 265/3. Sözleşme başlangıçta 28 yıllık bir süre için imzalanmıştı.

²² *RENT/Turbogas* [1996] *OJ C* 118/7

²³ *ISAB Energy* [1996] *OJ C* 138/3

rekabet açısından olumsuz etkileri bulunmaktadır. Örneğin, *Shotton*²⁴ ve *Industrial Gases*²⁵ kararlarında Komisyon, münhasır enerji arzını öngören uzun süreli sözleşmelerini AB rekabet kurallarına aykırı bulmuştur. Benzer bir şekilde AB Adalet Divanı da, *Alamelo*²⁶ davasında, Hollandalı bölgesel ve yerel elektrik sağlayıcıları arasındaki münhasır arz ve münhasır alım koşullu enerji sözleşmelerinin Kurucu Anlaşmanın 81 ve 82. Maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁷

Komisyon'un uzun süreli enerji anlaşmalarına ilişkin olarak karşı çıktığı bir diğer husus ise satın alınan enerjinin yeniden satışını engelleyen hükümlerdir. Özellikle gaz arz anlaşmalarında rastlanan bu hüküm uyarınca, satın alınan gazın bir başka ülkeye satılması yasaklanmaktadır. Somut olarak, genellikle Cezayir veya Rusya gibi büyük gaz rezervlerine sahip ülkelerden sağlanan gazın, gazı satın alan şirket tarafından başka bir şirkete satışı yasaklanmaktadır. Böylece, bir AB üyesi ülke, örneğin Cezayir'den aldığı gazı bir başka AB üyesi ülkeye satamamaktadır. Bununla amaçlanan, dünya gaz arzında önemli bir konumda bulunan Rusya ve Cezayir gibi ülkelerin karşısına kendilerinden gaz alan şirketlerin rakip olarak çıkmalarının engellenmesidir. Komisyon, uzun süreli enerji anlaşmalarında yer alan bu tür hükümlerin AB rekabet kurallarına aykırı olduğunu belirtmektedir. Komisyon'un basın sözcüsü Amelia Torres'in de belirttiği üzere, "*Komisyon'un uzun süreli enerji anlaşmalarıyla herhangi bir sorunu yoktur ve Komisyon bu tür anlaşmaların, yüksek maliyetli yatırımlar ve arz güvenliği için gerekli olduğunu kabul etmektedir. [...] Ancak, bu anlaşmalarda yer alan ve enerjinin yeniden satışını yasaklayan hükümler, AB tek pazar kurallarına aykırılık arz etmektedir.*"²⁸

Yukarıda da görüldüğü üzere, Komisyon uzun süreli enerji anlaşmalarını tamamen yasaklamamaktadır. Ancak, bu tür anlaşmaların süresinin kısalması – genellikle 15 yıla indirilmesi – ve rekabete aykırı bir takım hükümlerin anlaşmadan çıkartılması konusunda talepleri olmaktadır. Çünkü, her ne kadar rekabet açısından bir takım olumsuz etkilerinin olması muhtemel ise de, bu tür uzun süreli anlaşmalar, özellikle AB'nin zaten yüksek olan dışa bağımlılık oranının önümüzdeki yıllarda daha da artacağı düşünüldüğünde, enerji arz güvenliğinin sağlanmasında oynadıkları önemli rol nedeniyle Komisyon tarafından tamamen

²⁴ *Shotton* [1990] *OJ C 106/3*

²⁵ Rekabet Politikası Üzerine XIX. Komisyon Raporu, s. 18

²⁶ [1994] *ECR I-1477*

²⁷ Bkz. Roggenkamp, M.M. (Ed.), *a.g.e.* s. 257

²⁸ Quest Economics Database, MEED Quarterly Report, "*Maghreb Gas Projects*", 11 Temmuz 2002

yasaklanmamaktadırlar. Sonuç itibariyle, uzun süreli enerji anlaşmalarının arz güvenliği veya arz devamlılığı gibi nedenlerle Komisyon tarafından onaylanıp onaylanmayacağı sorusunun her somut anlaşma için ayrı ayrı değerlendirilmesi ve böylece somut fayda ve zararlarının incelenmesi gerekmektedir.

III. Enerji Sektöründe Yapılan Devlet Yardımlarının Rekabete Etkileri

AB üye ülkelerinde enerji sektörüne yapılan devlet yardımları, petrol rafinerilerinden²⁹ nükleer santrallere ve kömür endüstrisine³⁰ kadar neredeyse tüm enerji sektörlerini kapsamaktadır. Komisyon ve AB Adalet Divanı da devlet yardımı kavramını son derece geniş olarak değerlendirmekte ve çok farklı şekillerde yapılabileceğini Kabul etmektedir.³¹ AB Adalet Divanı'nın kararlarında, devlet yardımının sadece mali yardımlarla sınırlı olarak anlaşılması gerektiği; bir işletme için avantaj sağlayacak ve devlet kaynaklarının kullanılmasını gerektiren her türlü ekonomik katkının devlet yardımı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.³² Örneğin, *Sloman Neptune* kararında AB Adalet Divanı, “doğrudan veya dolaylı olarak devlet kaynaklarından sağlanan her türlü menfaat devlet yardımıdır” ifadesini kullanmıştır.³³ AB Adalet Divanı, bir başka kararında, sadece doğrudan devlet tarafından sağlanan yardımların değil, aynı zamanda devlet tarafından kurulmuş özel veya kamu teşebbüsleri tarafından sağlanan menfaatlerin de devlet yardımı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁴ Sonuç olarak, Komisyon ve AB Adalet Divanı kararlarında devlet yardımı kavramı, faizsiz veya düşük faizli kredilerden fiyat indirimlerine, devlet garantilerinden vergi muafiyetine veya sosyal güvenlik ödemelerinde indirime kadar çok geniş bir alanı kapsamaktadır.

AB hukukunda devlet yardımları meselesi esas itibariyle Kurucu Anlaşmanın 87-88. (Eski 92-93) Maddelerinde düzenlenmektedir. Bu konuda genel ilke, 87. Maddenin 1. fıkrasında ortaya konmaktadır. Bu fıkra hükmü uyarınca, bir üye devletin, belirli teşebbüsleri

²⁹ Örneğin, Antwerp'deki bir petrol rafinerisinin kapasitesinin artırılmasına ilişkin olarak Belçika Hükümeti tarafından yapılması planlanan devlet yardımı hakkında 22 Mart 1977 tarihli ve 77/260/EEC sayılı Komisyon Kararı, OJ 1977 L 80/23

³⁰ Kömür endüstrisine yapılan devlet yardımlarına hala kömür üretimi yapmakta olan İspanya, Almanya ve İngiltere'de rastlamaktayız. Bu devlet yardımlarına Komisyon arz güvenliği meselesi nedeniyle büyük oranda onay vermektedir. Bu konu ileride incelenecektir. Ayrıca bkz. Dipnot 45, 46 ve 47.

³¹ Bkz. Hancher, L., Ottervanger, T., Slot, P., EC State Aids, 1999

³² Roggenkamp, M.M. (Ed.), *a.g.e.* s. 248

³³ Birleştirilmiş Davalar C/72-91 ve C/73/91 *Sloman Neptune* [1993] ECR I-887

³⁴ Komisyon Kararı No. C-305/98 [1991] ECR I-1603

veya belirli malların üretimini teşvik etmek suretiyle rekabeti bozan veya bozmakla tehdit eden her türlü yardım ortak Pazar kurallarına aykırı kabul edilmektedir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, devlet yardımlarına ilişkin tedbirler esas olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlar, genel ve özel nitelikli devlet yardımlarıdır. Başka bir ifadeyle, genel nitelikli devlet yardımı olarak nitelendirilebileceğimiz ve benzer koşullardaki bütün teşebbüsleri desteklemeye yönelik yardımlar 87. Maddenin kapsamı dışında kalırken, özel nitelikte sayılan ve belirli teşebbüslerin ya da belirli malların üretiminin teşvik edilmesine yönelik yardımlar yasaklanmaktadır. Genel ve özel nitelikli devlet yardımları arasında yapılan bu ayırım, öğretide “Seçicilik (Selectivity) İlkesi” olarak adlandırılmaktadır.

Bu ilkenin enerji sektöründe de uygulamalarını görebilmekteyiz. Örneğin, İtalya devletinin enerji şirketlerine yönelik olarak 1999 yılında yaptığı bir devlet yardımını Komisyon bu ilkeye dayanarak Ortak Pazar kurallarına aykırı bulmuştur.³⁵ Zira, söz konusu devlet yardımına konu olan menfaatlerden yararlanabilecek enerji şirketleri belirlenirken, bu şirketlerin hukuki statülerine ve hissedarlık yapılarına göre bir ayırım yapılmış ve dolayısıyla yardım özel bir nitelik kazanmıştır.³⁶

87. Maddenin 1. fıkrasının bir diğer boyutu ise üye ülkeler tarafından alınan tedbirlerin rekabete etkisine ilişkindir. Söz konusu madde hükmü uyarınca, üye ülkelerin alacakları tedbirlerin piyasada rekabeti olumsuz yönde etkilememesi veya bu yönde bir tehdit oluşturmaması gerekmektedir. AB Adalet Divanının kararlarında, bir devlet yardımının rekabeti olumsuz etkileyip etkilemediği veya bu yönde bir tehdit oluşturup oluşturmadığı meselesi değerlendirilirken, söz konusu yardımı alan kişinin rakiplerine oranla piyasadaki durumunun güçlenip güçlenmediği göz önünde bulundurulmaktadır.

87. Maddenin 1. fıkrasının diğer bir önemli unsuru ise devlet yardımlarının Topluluk düzeyinde ticareti etkileyip etkilemediklerine ilişkindir. Hem 87. Maddede hem de AB Adalet Divanı'nın kararlarında açıkça belirtildiği üzere, bir devlet yardımının, 87. Madde anlamında Ortak Pazar kurallarıyla bağdaşmayan bir yardım olabilmesi için, üye devletler arasındaki ticareti etkiler nitelikte olması gerekmektedir.³⁷ Özel ve genel nitelikli devlet yardımlarına ilişkin olarak yukarıda belirtilen İtalya örneği aynı zamanda Topluluk düzeyinde etkisi olan devlet yardımlarına da örnek teşkil etmektedir. Zira, söz konusu devlet yardımı ile

³⁵ OJ 1999 C 220/14

³⁶ Roggenkamp, M.M. (Ed.), *a.g.e. s. 247*

³⁷ e.g. AB Adalet Divanı Karar No. 248/84 *Germany v Commission* [1987] ECR 4013

bir takım menfaatler sağlanmak istenen yerel kamu teşebbüslerinin, bu yardım neticesinde ihalelerde yerli veya yabancı diğer teşebbüslere oranla daha yüksek teklifler verebilmeleri ihtimali ortaya çıkmış ve dolayısıyla Komisyon üye devletler arasındaki ticaretin etkilenebileceği sonucuna varmıştır.³⁸ Burada dikkate edilmesi gereken husus, bir devlet yardımının Topluluk düzeyinde etkisinin olmamasının mutlaka hukuka uygun olacağı anlamına gelmediğidir. Buradaki Topluluk düzeyinde etkisi olması şartı, o devlet yardımının Komisyon veya AB Adalet Divanı tarafından yapılan incelemesinde önem kazanmaktadır. Bununla birlikte, üye devletin kendi iç hukuku bakımından yasaklanmış devlet yardımlarının, Topluluk düzeyinde etkileri olmasa bile iç hukukları uyarınca yasaklanacakları konusunda şüphe yoktur.

87. Maddenin 2. fıkrası, Ortak Pazar kurallarına uygun oldukları kabul edilen üç tip devlet yardımını ortaya koymaktadır. Bu yardım türleri:

(a) bireysel tüketicilere yapılan sosyal nitelikli yardımlar³⁹;

(b) doğal afetler veya olağanüstü olayların neden olduğu zararı karşılamak için yapılan yardımlar;

(c) Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Almanya'nın bölünmesinden etkilenen belirli bölgelerinin ekonomisine, bölünmenin yarattığı ekonomik zararın giderilmesi için gerekli olduğu ölçüde yapılan yardımlar.⁴⁰

Kurucu Anlaşmanın 87(3) Maddesi, 87(1)'de düzenlenen yasaklamadan muaf tutulabilecek 5 kategoriyi sıralamaktadır.⁴¹ 87. Maddenin 2. ve 3. fıkraları arasındaki fark, 2. fıkrada düzenlenen muafiyetlerin tanınmasında Komisyon'un bir takdir yetkisinin

³⁸ Bkz. Roggenkamp, M.M. (Ed.), *a.g.e.* s. 250-251

³⁹ Ancak, söz konusu yardımın, ilgili ürünlerin menşesine bağlı bir ayırım gözetilmeden yapılması gerekmektedir.

⁴⁰ Almanya'nın 1990 yılında yeniden birleşmesinin ardından Komisyon eski Federal Almanya Cumhuriyeti dahilinde yapılacak devlet yardımlarını artık Madde 87(2)(c) kapsamında değil, Madde 87(3)(a) kapsamında değerlendirmektedir. Madde 87(3)(a) ilerde incelenecektir. Bkz. Komisyon'un Rekabet Politikası üzerine Yirminci Raporu, paragraf 178.

⁴¹ Bu kategoriler, a) yaşam standardının anormal ölçüde düşük olduğu veya ciddi bir eksik istihdamın hüküm sürdüğü bölgelerin ekonomik gelişimini desteklemeye yönelik yardımlar, b) Avrupa'nın ortak çıkarına olacak önemli bir projenin gerçekleştirilmesinin teşvik edilmesi veya bir üye devlet ekonomisinde ortaya çıkan ciddi bir bozulmanın giderilmesi için yapılan yardımlar, c) ticaret koşullarını ortak çıkarlara zarar verecek ölçüde olumsuz yönde etkilemeyen ve belirli ekonomik bölgeler veya belirli ekonomik faaliyetlerin gelişimini kolaylaştırmak için yapılan yardımlar, d) ticaret koşullarını ortak çıkarlara zarar verecek ölçüde olumsuz yönde etkilemeyen ve kültürü ve mirası korumaya yönelik yapılan yardımlar, e) Komisyon'un önerisi üzerine Konsey'in nitelikli çoğunlukla alacağı kararlarla belirlenebilecek diğer yardım türleridir.

bulunmaması, buna karşın 3. fıkrada düzenlenen kategorilerde muafiyetin tanınmasının Komisyon'un takdirine bağlı olmasıdır. Örneğin, enerji tasarrufu ve enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesi konularında gerçekleştirilen projeleri Komisyon topluluk menfaatine uygun kabul ederek Madde 87(3) kapsamında görmekte ve Madde 87(1)'deki yasaklamadan muaf tutmaktadır.⁴² Burada söz konusu olan muafiyet, Madde 87(2) anlamında Komisyon'un tanımak zorunda olduğu bir muafiyet değil, aksine kendi takdir yetkisini kullanarak tanıdığı bir muafiyettir. Hem Komisyon⁴³ hem de AB Adalet Divanı⁴⁴, Madde 87(3)'te tanınan bu takdir yetkisinin dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

Kurucu Anlaşma'nın 88. Maddesi uyarınca, Komisyon, üye devletlerle işbirliği içinde bu devletlerde mevcut olan yardım sistemlerini sürekli olarak inceleyecektir. Eğer Komisyon bir devlet yardımının Ortak Pazar kurallarıyla bağdaşmadığını tespit ederse, ilgili devletin Komisyon tarafından belirlenecek süre içerisinde söz konusu yardımı kaldırmasına veya değiştirmesine karar verir. Eğer öngörülen süre içerisinde söz konusu üye devlet bu karara uymazsa, Komisyon veya ilgili herhangi bir üye devlet doğrudan AB Adalet Divanı'nda dava açabilir. 88. Maddenin son fıkrası uyarınca, bu süreç nihai bir kararla sonuçlanmadan ilgili üye devlet tasarlanan yardımı yürürlüğe koyamaz.

Komisyon, devlet yardımlarının Ortak Pazar kurallarıyla uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, yenilenebilir enerji kaynaklarının yaygınlaştırılması ve arz güvenliğinin sağlanması gibi konulara özel önem göstermektedir. Örneğin, arz güvenliğine ilişkin olarak, üye ülkelerin kömür enerjisine belli ölçülerde öncelik vermelerine izin vermektedir. Bu amaçla Komisyon, üye ülkelerin kömür sektörüne devlet yardımı yapmalarına genellikle onay vermektedir. Örneğin, 2002 yılında İspanya⁴⁵, Almanya⁴⁶ ve İngiltere'nin⁴⁷ kömür endüstrisine yapmış oldukları devlet yardımlarına Komisyon onay vermiştir.

Komisyon'un öncelik verdiği bir diğer konu ise çevre korumasına ilişkin tedbirlerdir. İlk olarak 1994 yılında Komisyon'un çıkarmış olduğu Çevre Korumasına İlişkin Devlet

⁴² Komisyon'un Rekabet Politikası Üzerine Sekizinci Raporu

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ Bkz. AB Adalet Divanı Karar No. 730/79 *Philip Morris Holland v. Commission* [1980] ECR 2690

⁴⁵ Komisyon Kararı, *OJ L 08*, 26 Mart 2002 s. 11

⁴⁶ Komisyon Kararı *OJ L 056*, 27 Şubat 2002 s. 27

⁴⁷ Komisyon Kararı *OJ L 035*, 6 Şubat 2002 s. 19

Yardımları Hakkında Rehber Kitabın⁴⁸ 1999 yılında sona eren yürürlük süresi iki kez uzatılmış ve nihayet 2001 yılında aynı konuyu düzenlemek üzere yeni bir Rehber Kitap hazırlanmıştır.⁴⁹ 2006 yılına kadar yürürlükte olan bu yeni Rehber Kitap uyarınca, üye ülkeler çevre korumasına yönelik tedbirleri desteklemek amacıyla bir takım devlet yardımları yapabilmektedirler. Bu yardımlar arasında, yatırım veya işletme yardımları ile yeşil sertifika adı verilen ve bir takım avantajlar sağlayan belgelerin verilmesi de yer almaktadır.⁵⁰

⁴⁸ *OJ C 72, 10.3.1994, s. 3*

⁴⁹ Çevre Korunmasına İlişkin Devlet Yardımları Hakkında Topluluk Rehber Kitabı *OJ C 37 2001. s. 3*

⁵⁰ 'Energy State Aid Gets New Rules', Reed Business Information Ltd. Utility Europe, 1 Şubat 2001, s. 7